

EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú

CÉSAR OCHOA CARDICH

EL ESTADO SOCIAL EN
LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Evolución, interpretación y proyección
garantista en el Perú



PALESTRA

Palestra Editores

Lima — 2020

<p>348.6 032</p>	<p>Ochoa Cardich, César El estado social en la constitución de 1993. Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú / César Ochoa Cardich; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2020. 408 p.; 14.5 x 20.5 cm. D.L. 2020-06906 ISBN: 978-612-325-144-4 1. Jurisprudencia sociológica 2. Derecho constitucional 3. Aspectos jurídicos</p>
----------------------	--

EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú
CÉSAR OCHOA CARDICH

Palestra Editores: primera edición, noviembre 2020
primera edición Digital, noviembre 2020

© CÉSAR OCHOA CARDICH

© 2020: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:
Grández Gráficos S.R.L.
Mz. E, Lt. 15 Urb. Santa Rosa - Los Olivos
Noviembre, 2020

DIAGRAMACIÓN Y DIGITALIZACIÓN:
Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N.º 2020-06906

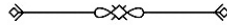
ISBN: 9786123251444
ISBN Digital: 9786123251536

Tiraje: 500 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

*A Elsa Caballero Linares,
mi esposa por su apoyo y dedicación
para la realización de este trabajo.*



*A la memoria de Luis Ortega Álvarez,
jurista y profesor español que nos decía a sus alumnos en la ciudad de
Toledo en el año 2002, que él nos enseñaba:
“¡Estado Social!... ¡Estado Social! ... ¡Estado Social! ...”.*

*A los magistrados,
en actividad y en el retiro, para quienes el derecho ha sido y es un
instrumento para la realización de la justicia y el cambio social.*

Naturalmente, ningún derecho podrá resultar adecuado a la justicia y, por eso, hay una historia del derecho, por eso los derechos del hombre evolucionan, por eso hay una determinación interminable y una perfectibilidad sin fin de lo jurídico, precisamente porque la llamada de la justicia es infinita.

Jacques Derrida

Hoy la legalidad tomada en serio, la legalidad como estrategia y práctica coherente, constituye más que nunca el poder de los sin poder. Podría incluso afirmarse lo siguiente: la revolución no ha amado nunca la legalidad, pero una política de legalidad es hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables (y sin prejuizar si no habría que desear que sea también la última) por ser previa a cualquier otra.

Paolo Flores D' Arcais

CONTENIDO

PRÓLOGO	15
CAPÍTULO PRIMERO	
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	23
I. Antecedentes en el pensamiento socialista democrático	23
II. La Constitución alemana de Weimar de 1919	30
III. La formulación del Estado Social por Heller.....	35
IV. La doctrina de la procura existencial.....	37
V. La cláusula del Estado Social desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949	40
VI. El debate doctrinario sobre la Cláusula del Estado Social y sus proyecciones en la doctrina y jurisprudencia constitucional	43
VII. El constitucionalismo social europeo de la posguerra (1946-1978)	49
7.1. Los derechos sociales en el preámbulo de la Constitución francesa de 1946.....	49
7.2. La Constitución italiana de 1947: paradigma de la igualdad sustantiva.....	51
7.3. La definición de la República laica, democrática y social en la Constitución francesa de 1958	54

CONTENIDO

7.4. La transición al socialismo en la Constitución portuguesa de 1976.....	54
7.5. El Estado Social en la Constitución española de 1978	56
VIII. El constitucionalismo social en América Latina en el siglo XX.....	59
8.1. La primera constitución social: La Constitución mexicana de 1917	59
8.2. El constitucionalismo social en las constituciones latinoamericanas (1934-1949).....	63
8.3. La consolidación del constitucionalismo social latinoamericano (1961-1994)	68
IX. Nueva ola de constitucionalismo social latinoamericano (1999-2009).....	76
X. Los derechos económicos, sociales y culturales en los tratados internacionales de derechos humanos (1999-2009).....	81
XI. Proyecciones del Estado Social en el siglo XXI y la postpandemia.....	91
Conclusiones del capítulo primero	97

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ESTADO SOCIAL EN EL RÉGIMEN

CONSTITUCIONAL PERUANO	103
I. El constitucionalismo social emergente en la Constitución peruana de 1920	103
II. Las garantías sociales en la Constitución peruana de 1933.....	108
III. El Estado Social y su dimensión axiológica en la Constitución de 1979	112
IV. Los derechos sociales fundamentales y el régimen económico en la Constitución peruana de 1979.....	116
4.1. Los derechos sociales fundamentales en la Constitución de 1979	116
4.2. El régimen económico de la Constitución de 1979: la economía social de mercado	121
V. La deconstrucción del Estado Social en la Constitución peruana de 1993	124
5.1. Introducción.....	124
5.2. La restricción de los derechos sociales fundamentales	126

CONTENIDO

5.3. El régimen económico neoliberal	129	
Conclusiones del capítulo segundo	132	
CAPÍTULO TERCERO		
EL ROL ACTIVISTA DEL JUEZ EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL		139
I. Introducción: la necesidad de reconstrucción de la Cláusula del Estado Social	139	
II. Los paradigmas del neoconstitucionalismo y del garantismo para el activismo judicial	147	
2.1. El uso alternativo del derecho.....	147	
2.2. La metamorfosis hacia el garantismo	151	
2.3. El paradigma del neoconstitucionalismo	155	
III. El rol del juez en la interpretación constitucional	159	
3.1. La legitimidad democrática del juez.....	159	
3.2. El principio de proporcionalidad.....	161	
3.3. El activismo del juez mediante la interpretación constitucional.....	163	
Conclusiones del capítulo tercero	169	
CAPÍTULO CUARTO		
LOS VALORES SUPERIORES COMO CLAVES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....		171
I. Introducción	171	
II. El valor superior de la dignidad humana	178	
III. El valor superior de la justicia y su dimensión social.....	185	
IV. El valor superior de la libertad y la autonomía personal.....	190	
V. El valor superior de la igualdad sustancial o material	198	
VI. El valor superior de la solidaridad.....	203	
VII. La seguridad jurídica ¿un valor superior?	208	
VIII. La unidad de la Constitución como clave de la interpretación constitucional	210	
Conclusiones del capítulo cuarto	217	

CONTENIDO

CAPÍTULO QUINTO	
LA INTERPRETACIÓN INNOVATIVA DE LA CONSTITUCIÓN SOCIO-ECONÓMICA	
221	
I. El orden público económico.....	221
II. La restitución de la función social del derecho de propiedad y de la libertad de empresa.....	223
III. La interpretación innovativa de la libertad de contrato	232
3.1. Los valores superiores de la solidaridad y de la igualdad como límites a la libertad de contrato	232
3.2. El orden público como límite a la libertad de contrato	237
3.3. La unidad de la Constitución en la interpretación de la libertad de contrato	238
IV. El principio de subsidiariedad en el marco de los fines del Estado Social	240
V. El valor superior de la igualdad sustancial y el régimen de libertad de competencia	245
VI. Los servicios públicos como deberes del Estado Social.....	248
6.1. Introducción: la procura existencial y los servicios públicos	248
6.2. La noción formal del servicio público.....	251
6.3. La noción funcional del servicio público	256
6.4. La educación como derecho social fundamental y servicio público	258
6.5. La salud como derecho social fundamental y como servicio público	262
VII. El orden público económico y la prohibición de concentración de los medios de comunicación	270
VIII. La tutela del derecho de propiedad de los pueblos originarios	280
8.1. Estado Social y Estado Multicultural	280
8.2. El Convenio 169 de la OIT y el derecho a consulta previa	283
8.3. La jurisprudencia innovativa de la Corte IDH y la peruana.....	286
IX. El valor superior de la solidaridad y la potestad tributaria del Estado.....	291
Conclusiones del capítulo quinto	296

CONTENIDO

CAPÍTULO SEXTO	
LA INTERPRETACIÓN INNOVATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DEL TRABAJO311	
I.	La cláusula del Estado Social y la tutela en serio de los derechos sociales fundamentales sociales311
II.	El derecho al trabajo: protección al derecho al trabajo y contra el despido arbitrario320
III.	El principio de indemnidad de los derechos del trabajador330
IV.	El orden público social331
V.	El derecho fundamental a la igualdad en la relación laboral333
VI.	El derecho social fundamental de la libertad sindical337
VII.	El derecho social fundamental a la negociación colectiva345
VIII.	El derecho social fundamental de huelga.....352
IX.	La remuneración como derecho fundamental y la remuneración mínima vital355
X.	El derecho fundamental a la seguridad social y a las pensiones.....359
	Conclusiones del capítulo sexto363
CAPÍTULO SÉPTIMO	
LA PROYECCIÓN GARANTISTA DEL ESTADO SOCIAL EN LA TUTELA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES373	
I.	El derecho social al matrimonio igualitario y a formar una familia.....373
II.	El derecho social a la vivienda379
III.	El derecho social al agua potable383
	Conclusiones del capítulo séptimo384
	CONCLUSIONES GENERALES389
	BIBLIOGRAFÍA.....391

PRÓLOGO

El pensamiento socialista democrático ha sido una de las principales fuentes del origen y desarrollo del Estado Social. En la cristalización del concepto del Estado Social, se debe destacar el aporte del jurista alemán Hermann Heller, quien diferenció el Estado de Derecho —liberal y burgués— del nuevo Estado Social de Derecho. De acuerdo con esta premisa, el primero atiende solamente a la vertiente formal del principio de igualdad de derechos (la igualdad ante la ley, al margen que no haya una situación de igualdad para disfrutar los derechos), mientras que el segundo atiende a la igualdad en sentido material. En otras palabras, se enfoca en las relaciones sociales de poder, en corregir las desigualdades, lo cual garantizaría que los débiles socialmente cuenten, efectivamente, con una libertad y una protección judicial equivalentes a los socialmente privilegiados.

En la definición de la Cláusula del Estado Social, se debe destacar el aporte del derecho comparado. Así, la idea de que la Constitución es un instrumento de transformación de las relaciones socioeconómicas emerge con la Constitución italiana de 1947, la cual establece en su artículo 3 el principio de igualdad sustantiva o material que da testimonio “de una democracia siempre de frontera, móvil, nunca realizada del todo y definida como meta que se mueve” (Predieri). El Estado Social, aunque no explícitamente proclamado, está de hecho formulado en el precitado párrafo

3.2 del artículo 3 de la Constitución de 1947. En Alemania, el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn (1949) declara en su párrafo 1 que la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social. En Francia, el artículo 2 de la Constitución de 1958 proclama que Francia es una República indivisible, laica, democrática y *social*. De este modo, incorpora la Cláusula del Estado Social en la definición de la República.

En España, el párrafo 1. 1 del artículo 1 de la Constitución española de 1978 proclama que: “España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho* que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la *justicia*, la igualdad y el respeto al pluralismo político”. Asimismo, en la doctrina se afirma sobre la eficacia jurídica de la Cláusula del Estado Social que: (i) afirma la fijación teleológica del Estado social; (ii) goza del valor interpretativo del resto del ordenamiento; (iii) constituye un parámetro de constitucionalidad.

En América Latina, se debe resaltar a la Constitución mexicana de 1917, la primera Constitución social del mundo, la cual introduce conceptos como la propiedad originaria de la Nación sobre tierras y aguas, el derecho de propiedad bajo las modalidades del interés público, la protección de los recursos naturales y los derechos sociales de los trabajadores.

La primera Constitución peruana que asume el constitucionalismo social fue la de 1920, la cual incluyó el Título IV de “Garantías Sociales” y estuvo influida por la Constitución mexicana de 1917. Esta podría ser calificada como un hito histórico de reestructuración del Estado, pero en realidad, fue el instrumento de legitimación de la dictadura modernizante del *Oncenio* de Leguía (1919-1930), por lo que constituyó una promesa incumplida.

En las últimas décadas del siglo XX, se debe resaltar los principales avances del constitucionalismo social latinoamericano, bajo la influencia del neoconstitucionalismo de la Constitución española de 1978. Salvo la excepción regresiva y autoritaria de la Constitución neoliberal chilena de 1980.

En esa dirección, la Constitución peruana de 1979 constituyó el texto fundamental emblemático en materia de constitucionalismo social.

En primer lugar, se debe destacar que el Preámbulo de la Constitución de 1979 asumió explícitamente los valores superiores que inspiran al Estado Social de Derecho. Como muestra de ello, en el artículo 79, declaró que el Perú es una República *democrática y social*, independiente y soberana, *basada en el trabajo*. Asimismo, por primera vez en nuestra historia constitucional, se dedicó un capítulo a la protección de la familia: el Capítulo II (“De la Familia”) del Título I (“Derechos y Deberes fundamentales de la persona”).

Se dedicó el Capítulo III del precitado Título I a la “seguridad social, salud y bienestar”. En la dirección de un Estado Social que garantice la procura existencial, el artículo 18 declaró que el Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de las personas y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. De este modo, la Constitución peruana de 1979 fue la primera de las constituciones latinoamericanas en reconocer el derecho fundamental a la vivienda. Por otro lado, el Capítulo IV del Título I fue dedicado a “la educación, la ciencia y la cultura”. Se previó en el artículo 21 el derecho a la educación y a la cultura como inherente a la persona humana y se declaró que la educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad, lo cual se inspira en los principios de la *democracia social*. Una disposición muy relevante de este capítulo fue la del artículo 39, ya que previó que, en cada ejercicio, se destine para la educación no menos de veinte por ciento de los recursos del presupuesto del Gobierno central. Con relación a los derechos del trabajo, la Constitución de 1979 dedicó el Capítulo V a la regulación “Del Trabajo”, lo cual permitió configurar la constitucionalización del trabajo. Dicho capítulo inicia con la declaración de que el Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza (artículo 42) y se precisa que este es un derecho y un deber social. Luego, en su segundo párrafo, se declara que en toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores, o que desconozca o rebaje su dignidad. En otras palabras, se declara el principio protector del trabajo: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato”. De esta forma,

los derechos individuales y colectivos del trabajo fueron consagrados extensamente.

En el Perú, la primera Constitución en dedicar un Título al sistema económico fue la Carta de 1979. En ella, se abre con la declaración de principios del artículo 110, la cual afirmaba que “el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana”.

Por su parte, el mantenimiento de la Cláusula del Estado Social que se haya en la Constitución de 1993, en el artículo 43, declaraba que “la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”. Sin embargo, esta no fue una concesión progresista de la mayoría del denominado Congreso Constituyente Democrático. Además, como todo Estado es social, si por social se entiende lo atinente a la sociedad, no le atribuyeron ninguna vocación de transformación de las relaciones socioeconómicas ni de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

En rigor, no se puede afirmar que se trate de un texto fundamental sin una dimensión axiológica. Si bien la voluntad de sus autores fue la de minimizar dicha dimensión, la huella de la Carta de 1979 subyace en la Constitución de 1993. Nuestra tesis justamente propone el rescate y la potenciación de los valores superiores que explícita e implícitamente contiene la Constitución de 1993, más allá del dogma original de sus autores que petrificaría el paradigma del neoliberalismo conservador y autoritario de los años 90 del siglo XX.

Para los defensores del *status quo* dominante, habría que aclarar que la Constitución de 1993 contiene un régimen económico pétreo en las tesis originales de sus autores. De este modo, se identifica al régimen económico constitucional con el modelo económico vigente desde 1990, al que se atribuye el crecimiento económico al extremo de difundirse, como sentido común, la idea de que la finalidad suprema de la Constitución Económica es facilitar y tutelar la inversión nacional y extranjera. La Constitución de 1993 encarna el nuevo *paradigma del neoliberalismo* y ha sido en su origen un texto de *deconstrucción* de la Cláusula del Estado Social, como sostenemos en una de las hipótesis centrales del presente trabajo.

En la doctrina nacional, se ha resaltado la antinomia entre la Cláusula del Estado Social del artículo 43 de la Constitución de 1993 (“La República Social”) y la opción explícita de consagrar un régimen económico neoliberal en el Título III. Sin perjuicio de ello, es relevante el rol del Tribunal Constitucional del Perú cuya interpretación del concepto de “economía social de mercado” evidencia el intento por superar la abismal contradicción de los desarrollos jurisprudenciales que son susceptibles de armonizar con la definición estructural de nuestro incipiente Estado de Derecho como *Estado Social*. A nuestro juicio, en el Perú, la naturaleza contradictoria de la Constitución de 1993 facilita el rol de interpretación del juez constitucional, ya que la acción del legislador puede ayudar a desarrollar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hemos denominado a este proceso iniciado por el Tribunal Constitucional del Perú, mediante su jurisprudencia innovativa como la reconstrucción del significado de la Cláusula del Estado Social que debe ser orientada a desarrollar un sistema de garantías para el logro del constitucionalismo de la igualdad.

Con esa finalidad hemos asumido los aportes de dos paradigmas actuales: el neoconstitucionalismo y el garantismo. Así, el juez constitucional mediante la reconstrucción del significado de la Cláusula del Estado Social de Derecho, la aplicará para la tutela garantista de los sectores más débiles y excluidos de la sociedad. La hoja de ruta del juez constitucional debe encontrarla en los valores superiores de la Norma Suprema, que —como los conceptos morales del principialismo— lo guíen para la *tutela efectiva y en serio* de los derechos económicos, sociales y culturales, que a su vez es una finalidad del garantismo.

La Cláusula del Estado Social incorporada en la Constitución peruana de 1979 fue minimizada por el constituyente de 1993 en un proceso que hemos denominado de *deconstrucción* para convertirla en una fórmula retórica. Esto se realizó mediante la eliminación de la función social de la propiedad y de la empresa, así como de la reformulación y —en gran medida— minimización de los derechos sociales fundamentales.

No obstante, con el restablecimiento de la institucionalidad democrática en el siglo XXI, en un proceso progresivo e innovativo

de desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional del Perú ha recuperado el sentido subyacente de la Cláusula del Estado Social en materia de derechos económicos, sociales y culturales, así como en el régimen económico. Este proceso de reconstrucción de la Cláusula del Estado Social debe ser profundizado por el juez constitucional mediante la interpretación de los valores superiores positivizados explícita e implícitamente en la Norma Suprema, en los tratados internacionales de derechos humanos y, también, con la aplicación del Principio de unidad de la Constitución. En ese marco y dirección, proponemos que especialmente la judicatura constitucional debe cumplir un rol garantista de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales y de la función social del derecho de propiedad, así como de la libertad de contrato y de empresa.

En la actualidad, la pandemia del coronavirus, como señala John Gray, marca un punto de inflexión en la historia y el fin del capitalismo neoliberal. En el Perú, se ha pagado un alto precio con la pandemia, entre otras razones, por no haberse reducido en el decenio anterior el déficit social en públicos servicios sanitarios, lo cual ha costado decenas de miles de fallecidos, entre ellos miembros del sacrificado personal médico y sanitario.

El Estado Empírico —como denominó Basadre al Estado peruano en la guerra con Chile— se ha manifestado nuevamente en toda su disfuncionalidad, por ejemplo, en la falta de servicios sanitarios, de personal de salud debidamente protegido, de unidades de cuidados intensivos, de ventiladores, de oxígeno y de pruebas moleculares para la detección del virus.

El Estado Empírico ha evidenciado sus falencias en el fracaso en la ejecución de la entrega del Bono Familiar Universal, al no existir en el Estado Peruano una base de datos actualizada sobre necesidades de los hogares peruanos de extrema pobreza. De esta forma, no se ha llegado aún de manera universal a los más pobres.

Así, una de las manifestaciones del *constitucionalismo de la igualdad* deber ser una renta básica universal. A nuestro juicio, debido a la quiebra del capitalismo en su modelo neoliberal, a nivel mundial resurgirá

el Estado de Bienestar en los países desarrollados y en América Latina. A su vez, el derrumbe del paradigma del Consenso de Washington reafirmará la necesidad de su efectiva edificación mediante el aumento de la presión tributaria y mayor gasto público —con cláusulas constitucionales de asignación presupuestal determinada— para asegurar la tutela efectiva de los derechos sociales fundamentales, como propone el constitucionalismo de la igualdad. En el Perú, además, es imperativa una reforma de la Constitución en el capítulo de los derechos sociales y en el régimen económico y financiero.

Finalmente, cabe citar a Ferrajoli quien, comentando el eslogan *otro mundo es posible*, señaló que “es verdad que la economía, el derecho, la política y la cultura y el propio sentido común son construcciones sociales, de las que todos tenemos una parte de responsabilidad”.

Lima, octubre de 2020
César Ochoa Cardich

CAPÍTULO PRIMERO

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

I. ANTECEDENTES EN EL PENSAMIENTO SOCIALISTA DEMOCRÁTICO

El Estado Social tiene como antecedentes a la obra del socialista jacobino Louis Blanc, autor de *Organisation du Travail*, como producto de la Revolución de París de 1848, quien sostenía la idea del derecho al trabajo como un derecho fundamental¹. Blanc defendió el papel del Estado en la tutela de los derechos de los trabajadores por la vía parlamentaria². Blanc asumía una concepción jacobina de los derechos

¹ Abendroth, Wolfgang (1986) “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”. En: W. Abendroth, E. Forssthoff y K. Doehring. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 15. Hay quienes sostienen que el precursor del Estado Social fue L. Von Stein, en su libro *Geschichte der sozialen Bewegung* (1921). Lorenz Von Stein fue un crítico del socialismo y del comunismo porque constituían una amenaza de revolución social. Cfr. Hobsbawm, Eric (2011) *Como cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011*. Barcelona: Crítica, p. 53.

² Gonzales Amuchastegui, Jesús (2014) “Louis Blanc y la concepción socialista jacobina de los derechos humanos”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo III: Siglo XIX, Vol. II, Libro II. Capítulo XXX-

humanos. Así se le considera un precursor de la República democrática y social, que con el tiempo se ha convertido en el objetivo fundamental del socialismo de finales del siglo XX y principios del siglo XXI³.

Así, Ferdinand Lassalle (1825-1864)⁴, fundador en 1863 de la Asociación General Alemana de Trabajadores, pensador socialdemócrata desarrolló la idea hegeliana del Estado. En la socialdemocracia clásica predominó una visión pro-estatal que está en la génesis del concepto de Estado Social. Lassalle afirmaba las siguientes tesis:

- (i) El Estado es más que un instrumento de dominación de clase; es también una institución destinada a satisfacer necesidades sociales, cuya significación en favor de unos y otros estratos de la sociedad cambia históricamente.
- (ii) El Estado no es un enemigo radical, sino en todo caso, circunstancial, de la clase obrera; es más bien la institución por mediante la cual la clase obrera puede ir obteniendo la satisfacción de sus reivindicaciones y en cuyo marco tiene lugar el movimiento hacia el socialismo.
- (iii) La clase obrera no tiene interés en un Estado débil, sino en un Estado fuerte, eficaz y rico, capaz de llevar a cabo las funciones sociales y económicas que debe y puede asumir.
- (iv) La lucha no es contra el Estado, *sino por el Estado y en el Estado* corresponde a la capacidad de disciplina y organización de la clase obrera hacer que el Estado desarrolle políticas a su favor.

VII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 940.

³ Peces-Barba Gregorio (2014) “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo III: Siglo XIX, Vol. I, Libro II. Capítulo XXVIII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 461.

⁴ Lassalle es muy citado por su conferencia de abril de 1862 “¿*Qué es una Constitución?*” en la que afirma que una Constitución es la “suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”, que se extienden “*en una hoja de papel*”.

- (v) En oposición a la actitud de plena ruptura cultural, política y económica que considera a la democracia política como una forma de dominación de clase no sustancialmente distinta de cualquier otra, la tendencia a que nos referimos considera a tal forma política como algo valioso en sí mismo y definitivamente adquirido en el curso de la civilización, bajo cuyos supuestos y dentro de cuyo marco ha de realizarse —por acción de los partidos y organizaciones obreras— el paso a la democracia social, libre de dominación de clases y de la coerción económica, de tal manera que los declarado abstracta y formalmente adquiera un contenido real⁵.

Karl Kautsky (1854-1938) considerado la figura teórica del marxismo durante el periodo de la Segunda Internacional⁶ —quien fue un marxista ortodoxo— sin embargo, aceptaba que un Estado democrático puede ser orientado en beneficio de las clases trabajadoras:

(...) el Estado democrático moderno se distingue de las anteriores especies de Estado en que la utilización del aparato estatal para los objetivos de la clase explotadora no pertenece a su esencia, no está indisolublemente articulado con él. Por el contrario, el Estado democrático no está institucionalmente orientado a ser órgano de una minoría, como lo han sido los Estados hasta ahora, sino que se orienta a ser el órgano de la mayoría de la población y, por tanto, de las clases trabajadoras. Que sea el órgano de una minoría explotadora no radica en la condición del Estado, sino en la condición de las clases trabajadoras, en su desunión, ignorancia, dependencia e incapacidad de lucha, que son, un resultado de las condiciones bajo las que viven⁷.

⁵ García Pelayo, Manuel (1991) *Obras Completas*. Tomo II. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 1650.

⁶ Kolakowski, L. (1982) *Las principales corrientes del marxismo. II La edad de oro*. Madrid, 1982, p.37.

⁷ Kautsky Karl (1927) *Die materialistische Geschichtsauffassung*. Tomo II, p. 599. Citado por García Pelayo, Manuel (1991) *Obras Completas*. Tomo II, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit. p. 1651.

Kautsky fue un pensador que polemizó con Lenin y asumió la compatibilidad del socialismo con la democracia⁸:

O sea, que la democracia y el socialismo no se diferencian en la que una sea un medio y el otro el fin; ambos son medios para el mismo fin.

La diferencia entre ambos está en otra cosa. El socialismo como medio para la liberación del proletariado sin democracia resulta inimaginable (...) Por socialismo moderno no entendemos solo organización social de la producción, sino también organización democrática de la sociedad. Por consiguiente, para nosotros el socialismo está indisolublemente ligado a la democracia. No hay socialismo sin democracia⁹.

Salvadori ha resumido las diferencias entre Kautsky y Lenin:

Lo que para Kautsky significaba la palabra democracia está claro: la pluralidad de partidos, las libertades civiles y políticas para todos, el sufragio universal, la realidad de la mayoría, la existencia de medios de control sobre la acción del gobierno y del sistema parlamentario; en una palabra, todo lo que para Lenin constituía el 'liberalismo vulgar' de Kautsky¹⁰.

⁸ Hobsbawm, Eric (2011) *Como cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011*. Barcelona: Crítica, pp. 22-23: "(...) Pero deberíamos rechazar también la idea que hay una aguda diferencia entre un marxismo 'correcto' y un marxismo 'incorrecto'. Su forma de investigar podía producir diferentes resultados y perspectivas políticas. De hecho, así sucedió con el propio Marx, que imaginaba una posible transición política al poder en Gran Bretaña y los Países Bajos, y la posible evolución de la comunidad rural rusa al socialismo. Kautsky e incluso Bernstein fueron herederos de Marx tanto (o si se prefiere, tan poco) como Plekhanov y Lenin (...)".

⁹ Kautsky, Karl (1976) *La dictadura del proletariado*. Madrid: Ayuso, p. 17.

¹⁰ Salvadori, M.L., (1976) La concepción del proceso revolucionario en Karl Kautsky (1891-1922)". En VV. AA., *Historia del marxismo contemporáneo*. Barcelona: Avance, p. 124. Citado por Fernández García, Eusebio (2014) "Los derechos humanos en el socialismo de la Segunda Internacional" En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo III: Siglo XIX, Vol. II, Libro I, Capítulo XVII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 1000.

Eduard Bernstein (1850-1932) fue más allá que Kautsky. Influidor por el socialismo de la Sociedad Fabiana británica¹¹ defendía una socialdemocracia reformista contraria a la dictadura del proletariado y que compatibilizara el socialismo con el liberalismo (*Socialliberalismus*)¹². Asimismo, Bernstein defiende el rol del Estado en el socialismo frente al marxismo-engelsianismo que preconizaba su extinción:

(...) unos tratan de transformar al Estado existente, según determinados principios, para hacer una palanca de la reforma de la sociedad hasta cuando esto adquiere conclusivamente un carácter completamente socialista, mientras los otros intentan quitar completamente el Estado, de romperlo en una serie de comunidades completamente independientes o de grupos libres, a quien debe corresponder la libertad de organizarse y de ligarse según el humor y la necesidad¹³.

Bernstein es uno de los primeros pensadores socialistas que asume que al Estado hay que conquistarlo por la vía del sufragio para reformarlo desde dentro:

La socialdemocracia no puede ansiar ni confiar en el cercano derrumbe del sistema económico existente si lo piensa como producto de una espantosa gran crisis comercial. Lo que ella debe hacer, y ésta es una buena tarea a largo plazo es organizar políticamente a la clase obrera y formarla para la democracia y la lucha en el Estado por todas las reformas conducentes

¹¹ Hobsbawm, Eric (2011) *Como cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011*, p. 225. En su obra citada, p. 19 señala que los fabianos Sidney y Beatrice Webb “pronosticaban una transformación gradual del capitalismo hacia el socialismo a través de una serie de reformas irreversibles y acumulativas”.

¹² Fariñas Dulce, María José (2014) “El origen de los derechos de los trabajadores: las Internacionales Obreras” En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo III: Siglo XIX, Vol. II, Libro I, Capítulo III. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 398.

¹³ Bernstein E. (1896-1897) Probleme des Sozialismus. En: Die Neue Zeit, 2, p.100. Citado por Kelsen Hans (1985) *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 165.

a elevar a la clase obrera y a transformar al Estado en el sentido de la democracia¹⁴.

El acierto histórico de Bernstein consistió en ser el mayor “revisionista”¹⁵ del marxismo a partir de su libro “Las premisas del socialismo y las tareas de la socialdemocracia” (1889). Fernández García señala que, para Bernstein, “el principal objetivo del socialismo es el fortalecimiento de la democracia”. Su conversión en una democracia plena y real. Así, para llegar a la realización del socialismo son necesarios, además del desarrollo económico y el ejercicio de sus derechos

¹⁴ Citado por Peces-Barba, Gregorio (2014) “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica, cit., p. 462. Como señala Hobsbawm, E. (2011) *Como cambiar al mundo*. Barcelona: Crítica, pp. 19-20: “La socialdemocracia modificó el marxismo de modo distinto, bien posponiendo la construcción de una economía socialista, bien, de modo más positivo, concibiendo diferentes formas de economía mixta. El hecho de que los partidos socialdemócratas se comprometieron a crear una economía totalmente socialista implicaba cierta reflexión sobre el tema. El pensamiento más interesante provino de pensadores no marxianos como los fabianos Sidney y Beatrice Webb, que pronosticaron una transformación gradual del capitalismo hacia el socialismo a través de una serie de reformas irreversibles y acumulativas, dotando así de pensamiento político a la forma institucional del socialismo, aunque no a sus operaciones económicas. El principal revisionista marxiano, Eduard Bernstein, afinó el problema insistiendo en que el movimiento reformista lo era todo y que el objetivo final no tenía realidad práctica. De hecho, la mayoría de los partidos socialdemócratas que se convirtieron en partidos de gobierno después de la primera guerra mundial se conformaron con la política revisionista, dejando que la economía capitalista operase para satisfacer las exigencias del trabajo (...)”.

¹⁵ Bernstein, E. (1966) *Socialismo teórico y socialismo práctico*. Buenos Aires: Editorial Claridad, pp. 49-50 afirmó que: “No podemos ni desarrollar la teoría marxista sino comenzamos por someterla a crítica (...) Este examen había llegado a ser necesario. Marx, me parece, ha escrito en alguna parte ‘el amante de Moor no debe morir sino de la mano de Moor’. La doctrina marxista comporta insuficiencias. Se les puede corregir, con la condición de reconocerlas, y el marxismo no tendrá que sufrir por ello, al contrario. Que se me permita retomar aquí la boutade de Lassalle: sin duda nos apercebimos entonces de que es finalmente Marx quien tiene razón contra Marx”. Citado por Fernández García, Eusebio (2014) “Los derechos humanos en el socialismo de la Segunda Internacional”, cit., p. 1019.

políticos, un grado mínimo de madurez intelectual y cultural en la clase trabajadora¹⁶.

Heinrich Cunow (1862-1937) sostiene que la tesis de la extinción del Estado, aunque propuesta por Marx, no es una auténtica parte integrante de su pensamiento, sino algo agregado artificialmente y que es contradictoria de sus propias tesis:

(...) es una hipótesis contradictoria respecto a su propio punto de vista sociológico y construida a partir de un revolucionarismo semiutópico y anárquico, de la eliminación o disolución improvisada del Estado, una hipótesis que absolutamente no constituye una parte integrante de la doctrina marxista del Estado y que, además, ha sido en parte abandonada por Marx mismo con su sucesiva corrección del Manifiesto comunista. Ciertamente el Estado que Marx tenía delante de sus ojos desaparecerá; pero la nueva fase de desarrollo no consistirá, como Marx supone, en el hecho de que el Estado capitalista, habiendo transferido sus funciones a la sociedad, se disuelve en ésta, sino en el hecho de que en su puesto entra, sobre la base de un nuevo Estado, mayormente desarrollado: el Estado económico y administrativo socialista¹⁷.

Karl Renner (1870-1950) afirmaba que el Estado creado por la burguesía para su dominación se convirtió en un instrumento para los objetivos de la clase trabajadora:

La economía sirve siempre más exclusivamente a la clase de los capitalistas, el Estado, siempre más prevalentemente al proletariado¹⁸.

Finalmente, en este periodo se debe destacar que Marx en la *Crítica del Programa de Gotha*¹⁹ (1875) proclamaba que: “El trabajo era la fuente

¹⁶ Cfr. Fernández García, Eusebio (2014) “Los derechos humanos en el socialismo de la Segunda Internacional”, cit., pp. 1016-1026.

¹⁷ Cunow H. (1920-1921) Die Marxsche Geschichts-Gesellschafts und Staatstheorie, Tomo II, p.315. Citado por Kelsen Hans (1985) *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 269.

¹⁸ Renner K. (1917) *Marxismus, Krieg und Internationale*, p. 26 y sigs. Citado por Kelsen Hans (1985) *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, cit., p. 171.

¹⁹ En el Congreso de Gotha (1875) se unificaron los dos partidos socialistas alemanes: la Unión General de Trabajadores Alemanes de Lassalle y el Partido Obrero

de toda riqueza y de toda cultura...La liberación del trabajo requiere la transformación del medio de trabajo en bien colectivo de la sociedad”. Kautsky asumía que la dictadura revolucionaria del proletariado no debía entenderse como “una forma de gobierno, sino de un *estado de cosas* que tendría que presentarse necesariamente en todas partes donde el proletariado hubiese conquistado el poder político” (cursiva agregada). No se trataba de la dictadura de un partido no de una minoría como en el leninismo²⁰.

En base a estos antecedentes, asumimos que la principal —aun cuando no exclusiva— fuente doctrinaria del origen del Estado Social ha sido el pensamiento del socialismo democrático. Sin embargo, es recién con el jurista alemán Hermann Heller (1891-1933) que se cristaliza la formación del concepto del Estado Social.

II. LA CONSTITUCIÓN ALEMANA DE WEIMAR DE 1919

Como cuestión previa se debe subrayar la importancia de la historia constitucional para la comprensión del texto constitucional. Esta afirmación es válida para descifrar el origen histórico del Estado Social. Compartimos las ideas de Böckenförde quien sostiene:

La Historia Constitucional pertenece, en mi opinión, tanto al Derecho Constitucional como a la Historia. Es una rama de las Ciencias de la Historia y del Derecho Constitucional. Ello se debe a que la Historia Constitucional es una condición necesaria para la plena comprensión del vigente Derecho Constitucional. No se puede desvincular éste de sus presupuestos y condiciones históricos, a no ser que se quiera crear una forma ilusoria de Derecho Constitucional. De ahí que también sea parte de este último, pero sin concluir su totalidad. Esa es la diferencia entre la Historia de los textos constitucionales y la Historia Constitucional. Si

Socialdemócrata de Bebel y Liebknecht, donde se elaboró un programa común, que fue duramente criticado por Marx por sus concesiones a las tesis de Lassalle. Cfr. Fernández García, Eusebio (2014) “Los derechos humanos en el socialismo de la Segunda Internacional”, cit., p. 989-990.

²⁰ Kautsky, K., op. ult. cit., p. 36.

por Constitución se entiende, como yo hago, el *fundamento político-social de una época*, aquélla tiene que trascender los textos constitucionales y su interpretación. Sería empobrecedor que limitase su alcance a ellos, sino que debo fijarme también en el contexto y ver qué efectos tiene el texto constitucional, y ahí están también sus presupuestos²¹ (cursiva agregada).

Este mismo autor afirma que el Estado liberal no pudo dar respuesta a la cuestión social que él mismo provocó²².

En ese contexto histórico, la Constitución de alemana de Weimar (1919), surge como consecuencia de la caída de la monarquía y la instauración de la República, bajo el gobierno provisional de Ebert. La Asamblea Constituyente estuvo hegemonizada por el Partido Socialdemócrata, que constituyó una mayoría con los progresistas y Zentrum, denominada *Coalición de Weimar*. León Barandiarán fue preciso al señalar que condensó la ideología política y social de la época encarnada por la socialdemocracia²³.

Courtis resalta que la Constitución de Weimar fue “la primera manifestación completa de constitucionalismo social en el continente europeo y ejemplo paradigmático del no siempre sencillo intento de reflejar en una constitución un papel en el que el Estado concilia reivindicaciones políticas en tensión”²⁴.

²¹ Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (2004) “La Constitución: entre la historia y el derecho”. Entrevista con E. W. Böckenförde (realizada por B. Alaez Corral). En *Historia Constitucional* (revista electrónica), núm. 5. Disponible en: <http://hc.rediris.es/05/indice.html>

²² Citado por Melo López, Luis Emilio, en la presentación de Petit Guerra, Luis (2015) *El Estado Social. Los contenidos constitucionales de los derechos sociales*. Caracas: Editorial jurídica venezolana/Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, p. 20.

²³ León Barandiarán, José (1930) *La Constitución alemana de 1919*. Lima: Impr. Minerva, p. 11.

²⁴ Courtis, Christian (2014) “Los derechos económicos, sociales y culturales”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXIX. Madrid: Editorial Dykinson/

Con precisión, Izquierdo la conceptúa como “la que contiene en forma más explícita el derecho al trabajo y a una existencia humana digna”²⁵.

Así, fue la primera en regular la *vida económica* (la Sección V de la Segunda parte). Courtis destaca como uno de sus principales aportes al constitucionalismo mundial, el capítulo dedicado a la *vida económica* (Capítulo V de la Segunda Parte): “(...) Los quince artículos contenidos en ese capítulo abundan en mandatos materiales y normas de fin, destinadas a conciliar la economía de mercado con finalidades sociales a partir de un papel rector del Estado”²⁶.

El Capítulo V empezaba con el artículo 151 que para Heller expresaba el principio ético fundamental del socialismo²⁷:

La vida económica debe ser organizada conforme a los principios de justicia y teniendo asegurar a todos existencia digna del hombre. En estos límites la libertad económica del individuo debe ser respetada.

Asimismo, es histórico el artículo 153 que declaró: “La propiedad *obliga*. Su uso ha de constituir un servicio para el *bien general*” (cursiva agregada). Reconoce el derecho de propiedad, pero agrega: “...cuyo contenido y límites fijarán las leyes”. Es histórico por el giro que confiere al derecho de propiedad el artículo 153 que la garantiza, pero incorpora su función social.

En el artículo 155 preveía el control público de la distribución y utilización del suelo:

Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 1546.

²⁵ Izquierdo, Guillermo (1934) *La Racionalización de la democracia. Un estudio de las nuevas constitucionales*. Santiago de Chile: Imprenta Minerva, p. 36. Citado por Petit Guerra, Luis (2015) *El Estado Social. Los contenidos constitucionales de los derechos sociales*. Caracas: Editorial jurídica Venezolana/Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, p.93.

²⁶ *Ibidem*, p. 1547.

²⁷ Citado por Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, p. 53.

El cultivo y explotación es un deber de su propietario para con la comunidad. El incremento del valor que se obtenga sin emplear trabajo o capital en el mismo quedará a beneficio de la comunidad.

El artículo 156 habilitó al Estado para la *socialización* de actividades económicas en los siguientes términos:

El Reich puede en virtud de ley, previa indemnización, y aplicando análogicamente las normas en vigor para la expropiación, transformar en propiedad colectiva la propiedad de empresas privadas susceptibles de socialización. Puede participar por sí o atribuir a los Länder o a los Municipios la participación en la administración en empresas o sociedades económicas, o bien garantizarse de otro modo una influencia prevalente en ellas.

El Reich puede, además, en caso de urgente necesidad, establecida mediante ley, colocar en régimen de explotación común empresas y sociedades sobre la base de la autogestión y con el propósito de asegurar la colaboración de todos los factores de la producción, dando participación en la administración a patronos y obreros, y ordenar la producción, creación, distribución, empleo, fijación de precios, así como la importación y exportación de bienes, según reglas de utilidad general.

Las cooperativas de producción y de consumo y sus asociaciones serán integradas en la economía colectiva a petición propia y respetando sus estatutos y carácter peculiar.

Esta disposición inspiró el artículo 122 de la Constitución de la Ciudad Libre de Dánzig, de 11 de mayo de 1922, que declaró que las empresas privadas podrán, mediante indemnización, ser convertidas en propiedad pública por una ley especial cuando lo requiera el bien común.

Es relevante el antecedente histórico de la Carta de Weimar por ser la primera que declaró el compromiso del Estado de organizar un sistema de seguros, con la participación democrática de los asegurados, para la conservación de la salud y de la capacidad de trabajo, la protección de la maternidad y la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, de la invalidez y de los accidentes. En el párrafo final del artículo 163 reconoció de manera implícita el derecho a un seguro de desempleo.

Dispuso la obligación del Estado de conferir “protección particular” al trabajo y uniformizar el derecho obrero. Reconoció el derecho de coalición sindical en el artículo 162. Destaca en aquella época la declaración —con pretensiones universales²⁸— en el sentido que: “El Reich intervendrá a favor de una reglamentación internacional del trabajo que tienda a asegurar a la clase obrera del mundo entero un mínimo general de derechos sociales”.

Una de las primeras constituciones en las que influyó fue en una monárquica: la del Reino Servio-Croata-Esloveno, de 28 de junio de 1921, que en su artículo 23 proclamó el principio protector del trabajo por el Estado.

Asimismo, reconoció el derecho a la negociación colectiva sobre salarios y condiciones de trabajo, marcando una ruptura con la concepción liberal de la contratación.

Se resalta como una de sus disposiciones más relevantes y avanzadas la creación de los consejos obreros, de distrito y del Reich, como instrumentos de democracia económica²⁹.

Solo en el siglo XX, a partir del constitucionalismo mexicano de 1917 y de la Constitución alemana de Weimar (1919), los derechos sociales adquirieron el mismo estatuto teórico y constitucional que los derechos civiles, es decir a ser derechos fundamentales o a formar parte del léxico *derechos*³⁰. Empero, debemos anotar que en el umbral del constitucionalismo social en Alemania se debatía si los derechos sociales reconocidos por la Carta de Weimar eran vinculantes o constituían meras normas programáticas³¹. Así, según el jurista al servicio del fascismo ale-

²⁸ Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 100.

²⁹ Blancas Bustamante, Carlos (2007) *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 37-38.

³⁰ Espinoza de los Monteros, Javier (2013) “La semántica de los derechos sociales y su inserción en la constitución democrática”. En: Espinoza de los Monteros, J. y J. Ordóñez. *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 97.

³¹ Espinoza de los Monteros, Javier (2013) “La semántica de los derechos sociales y su inserción en la constitución democrática”, cit., p. 104.

mán Carl Schmitt (1888-1985), solo en un Estado socialista los derechos sociales podían ser vinculantes y, en consecuencia, la Constitución de Weimar no era un texto fundamental con mandatos para el legislador, sino solo como programas que éste podría o no desarrollar a su criterio³².

Por su parte, Sotelo afirma que la Constitución de Weimar diseña propiamente un Estado de Bienestar, aunque a partir de los años veinte se hable de Estado Social para referirse a aquel³³. Para este autor —crítico del Estado Social— este parte de la idea que el capitalismo, dejado a su libre desarrollo, genera un orden social tan injusto, que el Estado debe intervenir en la fase de la producción, corrigiendo y remodelando el sistema económico desde principios de justicia³⁴.

III. LA FORMULACIÓN DEL ESTADO SOCIAL POR HELLER

Lucas Verdú precisa que el *Sozialer Rechtsstaat* es una feliz expresión que denomina a una realidad ya recogida en las constituciones euro-

³² Schmitt, Carl (1973) “Grundrechte und Grundpflichten”. En: Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlín, p. 212 y sigs. Citado por Bernal Pulido, Carlos (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 362. Como señala Heller, H. (1942) *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica: México, p. 25, Schmitt dio cobertura ideológica al fascismo “estableciendo, como categoría fundamental de lo político, la oposición amigo-enemigo, que debe estimarse ‘como algo existencialmente distinto y extraño’”.

³³ Para Martínez de Esteruelas, Cruz (2000) *La agonía del Estado ¿Un nuevo orden mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales -en opinión que compartimos- “(...) el Estado de Bienestar sería la versión inglesa del Estado Social en cuanto ‘al Estado que le corresponde proveer a los ciudadanos’. Por consiguiente, se conoce como *Estado de Bienestar* el que nace producto del *Welfare State*, cuyos exponentes el fabianismo, encuentra soporte en Keynes —en orden del pensamiento económico- y en Beveridge —en orden de la acción política”. Citado por Petit Guerra, Luis Alberto, op. cit. pp. 118-119.

³⁴ Sotelo, Ignacio (2002) “Crisis del Estado y Crisis de la Democracia”. En: AA. VV. *La democracia constitucional*. Estudios homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente. Vol. I. Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 170-171. Citado por Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 115.

peas desde la Carta de Weimar³⁵. La formulación de la idea del Estado Social emerge con el trabajo publicado en 1929 por Hermann Heller (1891-1933) titulado *Rechststaat als Diktatur?* (¿Estado de Derecho o Dictadura?). Como los ideólogos socialdemócratas, Heller rechazaba que el Estado tenía un rol transitorio en la construcción de la sociedad socialista:

Y es que no se acierta a ver que, de esta forma, el socialismo seguirá siendo siempre una idea abstracta. Pues sin el Estado es absolutamente inconcebible economía social alguna, mucho menos una economía socialista³⁶.

Heller tuvo el mérito de demostrar que el verdadero contenido de la Constitución de Weimar debía ser caracterizado por una fórmula de democracia social en la forma de Estado de Derecho, y que era misión de la ciencia jurídica y de la clase trabajadora, actuar en ese sentido³⁷.

Para Heller la diferencia entre el Estado de Derecho —liberal y burgués— y el nuevo Estado social de derecho radicaría en que el primero solo atiende a la vertiente formal del principio de igualdad de derechos (la igualdad ante la ley, al margen que no haya una situación de igualdad para disfrutar los derechos) mientras que el segundo atiende a la igualdad en sentido material, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalentes a los socialmente privilegiados³⁸. Heller preconiza una democracia social que convierta en jurídico-público el orden jurí-

³⁵ Lucas Verdú, Pablo (1955) *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*. Madrid: Acta Salmanticensia, p. 68.

³⁶ Heller, Hermann (1931) *Sozialismus und Nation*. Berlin: E. Rowolht. Citado por Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, p. 53.

³⁷ Abendroth, Wolfgnag (1986) “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”. En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 20.

³⁸ Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, pp. 29-30.

dico privado del trabajo y la propiedad privada³⁹. Siguiendo a Lassalle tenía una confianza plena en el Estado inspirada en lo que denominaba la “*democracia social*”⁴⁰.

En ese sentido, Heller identifica a la democracia con el socialismo:

El núcleo de las ideas políticas del socialismo (...) es sistemáticamente idéntico al núcleo de las ideas políticas de la democracia social. En oposición a la democracia liberal, que legitima la gobernación política ‘por la parte mejor del pueblo’, a saber, por la ‘inteligencia y la propiedad’, la democracia social reconoce solo al pueblo, en su totalidad socialmente solidario, como fundamento justificativo del Gobierno⁴¹.

En esa dirección, Abendroth concluye que: “La pérdida del objetivo de transformación de la sociedad en un sentido democrático y social amenaza con verse acompañada de la pérdida de los derechos garantizados por la Constitución”⁴².

IV. LA DOCTRINA DE LA PROCURA EXISTENCIAL

Según la doctrina del Estado Social, la persona es un sujeto titular de necesidades básicas que deben ser atendidas. Así, Tugendat afirma que para definir los derechos tiene la persona “solo puede ser fundamental el concepto de necesidad”⁴³.

Así, a partir de las necesidades se desarrolla históricamente un proceso en el cual hay tres momentos lógicos:

³⁹ Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., p. 54.

⁴⁰ Heller Hermann (1985) *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Editorial, p. 316.

⁴¹ Heller, Hermann (1985) “Las ideas socialistas”. En: *Escritos Políticos*, p. 303. Citado por Carmona Cuenca, E. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., p. 54.

⁴² Abendroth, Wolfgnag (1986) “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”. En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 42.

⁴³ Tugendhat E. (1997) *Lecciones de Ética*. Barcelona: Gedisa, p. 344 y sigts. Citado por Bernal Pulido, Carlos (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 350.

- (i) Convicción que la carencia de ciertos bienes es incompatible con la dignidad humana.
- (ii) El destinatario de las nuevas expectativas de los ciudadanos es el Estado.
- (iii) Las nuevas expectativas de los ciudadanos aspiran expresarse en forma de derechos⁴⁴.

Un concepto relevante asociado al Estado Social es el de *Procura Existencial* (*Daseinvorsorge*) acuñado por Ernst Forsthoff en 1938⁴⁵. Forsthoff sostiene que la procura existencial incluye tres misiones fundamentales:

- (i) La garantía de una relación adecuada de salarios y precios, lo que supone el derecho al trabajo y una remuneración equitativa del mismo.
- (ii) La regulación de la demanda, de la producción y del consumo.
- (iii) La aportación de prestaciones, de las cuales depende el hombre de un modo perentorio⁴⁶.

Para Forsthoff la procura existencial mediante prestaciones sociales es una nota distintiva del Estado Social como parte de su función de distribución de la riqueza⁴⁷. Sin embargo, este autor —que asumió una oposición a la constitucionalización del Estado Social— interpreta a la procura existencial desde el statu quo respectivo. Por ejemplo, dada una prestación concreta ofrecida a la generalidad, cualquiera que esté dentro del supuesto de hecho de la norma puede pretender ser beneficiario de

⁴⁴ Contreras Peláez, Francisco José (1996) *Defensa del Estado Social*. Universidad de Sevilla, p. 24.

⁴⁵ Este autor —a partir de 1953— minimiza la Cláusula del Estado Social. Cfr. Forsthoff, Ernst (1967) *Sociedad Industrial y Administración Pública*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, pp. 14 a 106.

⁴⁶ Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., p. 60.

⁴⁷ Forsthoff, Ernst (1986) “Problemas constitucionales del Estado Social”. En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 48-49.

aquella. Empero no implicaría un deber de la Administración de realizar determinadas prestaciones sociales⁴⁸.

En España, García Pelayo, asume que uno de los caracteres del Estado Social es la procura existencial. Si bien considera que las medidas concretas de la procura existencial pueden ser cambiantes según el contexto, considera que incluyen:

- (i) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana y la civilización.
- (ii) La seguridad de los distintos aspectos vitales en la seguridad nacional.
- (iii) La realización de una serie de prestaciones sociales como: a) la fijación de un salario vital mínimo, revisable de acuerdo con la coyuntura económica nacional; b) La procura de un puesto de trabajo para todo ciudadano útil para lo cual debe desarrollarse una política de pleno empleo; c) La atención de los que están incapacitados para el trabajo temporal o permanentemente; d) El acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población mediante la justa distribución de ingresos de acuerdo con la coyuntura económica, el creciente acceso a bienes culturales, y la expansión y el perfeccionamiento de los servicios sociales, principalmente el sistema de seguros⁴⁹.

⁴⁸ Forsthoff, Ernst (1967) *Sociedad Industrial y Administración Pública*. cit. p.25.

⁴⁹ García Pelayo, Manuel (1991) *Obras Completas*. Tomo II, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit. pp. 1606-1607. Cabe anotar que la doctrina alemana de la procura existencial ha sido recogida por el Tribunal Constitucional del Perú, en la STC N° 0008-2003-AI/TC, “*Caso Roberto Nesta*”, de 11 de noviembre de 2003 en el fundamento 11 en el que se afirma que no es posible la libertad sino el Estado Social no garantiza la procura existencial: “El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley, antes bien, *pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real* (García Pelayo, Manuel (1980) *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza, p. 26, lo que supone la existencia de un conjunto de principios

V. LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL DESDE LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949

Después de la caída del fascismo alemán, en el periodo de posguerra se promulga en Alemania la Ley Fundamental de Bonn (1949) que positiviza en los artículos 20.1 y 28.1 a la Cláusula del Estado Social:

Artículo 20

1) La República Federal de Alemania es un Estado Federal, *democrático y social*".

(...)

Artículo 28

1) El orden constitucional en los *Länder* debe responder a los principios de Estado de Derecho republicano, *democrático y social*, en el sentido de esta Constitución (...).

En la doctrina, hay quienes sostienen —como resume Carmona— que la Ley Fundamental de Bonn “no contiene ninguna norma que desarrolle tal principio, por lo que resulta difícil concretar su verdadero alcance y significación”. Agrega que renunció a dar forma a los derechos sociales para que no sean calificados como normas programáticas como ocurrió con la Constitución de Weimar⁵⁰. Empero, o, mediante el valor superior de la dignidad humana previsto en el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, se terminó de introducir la protección de los derechos sociales fundamentales, como lo ha asumido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

La tesis de Carmona es válida en materia de derechos sociales, pero no en lo atinente a las relaciones socio-económicas, por cuanto el artículo 15 de la Ley Fundamental de Bonn desarrolla el principio del Estado Social como instrumento de *socialización* de los medios de producción:

que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones” (cursiva agregada).

⁵⁰ Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, p. 62.

Con fines de socialización y mediante una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización, a tierra y el suelo, las riquezas naturales y los medios de producción podrán ser convertidos en propiedad colectiva o en otras formas de economía colectiva.

Asimismo, el artículo 14 regula el derecho de propiedad en los términos *weimarianos*:

Artículo 14

- 1) La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes.
- 2) La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general.
- 3) La expropiación solo es lícita por causas de interés general. Podrá ser efectuada únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y monto de la indemnización. *La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y los de los afectados*⁵¹. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios (cursiva agregada).

En el periodo de posguerra en Alemania, los partidos socialistas formulan reivindicaciones de modificación de las estructuras sociales, como también los sindicatos cristianos. Así, en el *Ahler Program* de la CDU —democrristiana— de 1947 se propone la reestructuración de la economía con el derecho de cogestión de los trabajadores en las empresas y la socialización de gran parte de los medios de producción⁵².

En ese contexto, Hans Peter Ipsen en 1949 sostuvo en una conferencia titulada “Sobre la Ley Fundamental” la siguiente tesis sobre la Cláusula del Estado Social:

⁵¹ Nótese que la disposición no exige indemnización equivalente al valor del bien expropiado, de modo que la socialización procuraba “eliminar el poder económico que somete la mayoría de los ciudadanos a la voluntad del económicamente poderoso. Esto no se consigue si se le devuelve de otra forma lo que se le quita con la socialización” Cfr. Abendroth, Wolfgnag (1986) “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”. En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*, cit. pp. 26-27.

⁵² *Ibidem*, p. 23.

- (i) La Constitución ha adoptado una decisión a favor del Estado Social que debe implicar predisposición y responsabilidad, tarea y competencia del Estado para la configuración del orden social.
- (ii) Es determinante de una función social, de los derechos fundamentales.
- (iii) Si bien la proclamación del Estado como de Derecho representa una limitación de la función social, resulta imperativa una interpretación del mismo acorde con dicha función, allí donde se viable⁵³.

En esa dirección, Ipsen mantuvo la tesis de que la habilitación para socializar los medios de producción de la Ley Fundamental de Bonn era más que una autorización, sino que constituía un mandato en el marco de los artículos 20 y 28 que contienen la Cláusula del Estado Social⁵⁴.

Empero, la interpretación socializante de la Ley Fundamental de Bonn se modifica con el restablecimiento del orden social anterior a 1945, a partir de 1951 como resultado de la influencia de la autoridad estadounidense de ocupación y la política económica liberal del gobierno de Adenauer. Como consecuencia de este proceso gira la interpretación constitucional que asume que la Ley Fundamental de Bonn es un texto constitucional que postula una estructura socio-económica neocapitalista⁵⁵.

De otro lado, el aporte doctrinario de Ipsen es destacable por sostener que la opción por el Estado Social es una *fijación teleológica del*

⁵³ Ipsen, Hans Peter (1950) Über das Grundgesetz. Rede, gehalten anlässlich des Beginns des neuen Amtsjahres des Rektors der Universität Hamburg am 17 november 1949. Hamburgo. Editorial de la Universidad de Hamburgo, p. 19 y 25. Citado por Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., pp. 34-35.

⁵⁴ Ipsen, Hans Peter (1954) Ungeschriebenes Verfassungsrecht-Enteignung und Sozialisierung. En: Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtler. Berlín, Heft 10. Citado por Abendroth, Wolfngag (1986) "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político". En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*, cit. p. 26.

⁵⁵ Abendroth, Wolfngag (1986) "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político". En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*, cit. pp. 26-28.

Estado (Staatszielbestimmungen): se traduce en una vinculación directa para todos los poderes públicos, no solo para el legislativo, en toda aplicación del derecho, sea por los tribunales o por la Administración. Así, su actuación está sujeta a la obligación de configurar la sociedad con un contenido social y en ningún caso pueden aplicar el Derecho en sentido contrario⁵⁶.

VI. EL DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL Y SUS PROYECCIONES EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Dentro del nuevo contexto, Forsthoff sostiene en 1953 que la Cláusula del Estado Social Constitución es una mera fórmula retórica sin contenido concreto y siguiendo la crítica de Carl Schmitt a la Constitución de Weimar, carecía de relevancia jurídica⁵⁷. Así, Forsthoff asumió la tesis de Grewe quien ya en 1949 afirmaba que el principio del Estado Social no era más que un *substanzloser Blankettbegriff*, es decir un concepto en blanco “noción vacía carente de sustancia”⁵⁸. En su giro conservador de defensa del statu quo y de minimización del Estado Social, Forsthoff afirma que:

La fórmula de ‘Estado Social de Derecho no es un concepto jurídico en el sentido de que designe una categoría especial del Estado de Derecho, con características específicas y contenido material propio. De esta fórmula no pueden deducirse derechos ni deberes concretos ni instituciones (como la coestión)⁵⁹.

⁵⁶ Citado por González Moreno, Beatriz (2002) *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Universidad de Vigo/Civitas: Madrid, p. 56.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 28-29.

⁵⁸ Grewe (1949) *Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes*, DTZ, p. 349. Citado por Forsthoff E. (1986) “Problemas constitucionales del Estado Social”. En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 92.

⁵⁹ Forsthoff, Ernst (1986) “Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho”. En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 97.

Se abre en 1953 el debate entre Forsthoff y Otto Bachof sobre las proyecciones de la Cláusula del Estado Social. En suma, la tesis de Forsthoff afirma que:

- (i) La declaración constitucional del Estado Social es una determinación teleológica, dirigida al legislador, destinada a operar en el margen de libertad de apreciación y configuración social propio de éste, y vinculante a la hora de la interpretación de las leyes.
- (ii) El Estado Social y el Estado de Derecho no son mezclables en el plano constitucional. El ámbito propio de desarrollo del Estado Social es el de la Ley y la Administración. El Estado Social es la denominación tipológica de un Estado, que comprende la Constitución, la legislación y la ley no es un concepto jurídico.
- (iii) Esta afirmación no minimiza la significación de los componentes sociales del ordenamiento. La relación dialéctica entre el Estado de Derecho y Estado Social es fructífera, siendo tarea de la doctrina y la jurisprudencia velar porque cada uno reciba lo suyo⁶⁰.

Bachof sostuvo que el Estado Social de Derecho es un *sistema de equilibrio* entre los dos principios (Social y de Derecho). Así afirmó que:

- (i) El Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn es un Estado dirigido a la realización y aseguramiento de la justicia.
- (ii) La declaración del Estado Social significa apoderamiento de y mandato al Estado para la configuración del orden social. Este mandato, en cuanto a su contenido, tiene por objeto la consecución y conservación de la justicia social y la ayuda, en caso de necesidad social, a través de la procura existencial.
- (iii) En todo caso, los derechos fundamentales han de ser interpretados a la luz del principio del Estado social, especialmente el proclamado en el artículo 3 (principio de igualdad).

⁶⁰ Forsthoff, Ernst (1968) *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, en la obra colectiva *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Darmstadt: Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 197 y sigs. Citado por Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., pp. 37-38.

- (iv) El apoderamiento y el mandato en orden a la configuración social están dirigidos primariamente al legislador. Para la Administración y la Justicia son directrices de apreciación e interpretación.
- (v) El Estado de Derecho y el Estado Social son realizables y están realizados en parte en el plano constitucional y en parte en el plano del ordenamiento infraconstitucional. Para el Estado de Derecho el punto de gravedad radica en la Constitución, mientras que para el Estado Social se sitúa en el infraconstitucional.
- (vi) Los principios del Estado de Derecho y Estado Social solo en medida limitada son autónomos e independientes.
- (vii) No puede establecerse una relación de jerarquía entre libertad y vinculación social, sino solo entre el comportamiento social libremente decidido y la coacción estatal al efecto⁶¹.

Con posterioridad la doctrina ha proseguido el debate iniciado por Forsthoff y Bachof, aun cuando hay que resaltar que la tesis de Forsthoff de la supuesta incompatibilidad entre las fórmulas de Estado Social y Estado de Derecho se ha mantenido como minoritaria, pues ha sido matizada o refutada⁶².

Así, por su parte, Abendroth asume que con el reconocimiento del Estado Social “la Constitución ha roto definitivamente con la idea de que el orden social y económico pueda producir la justicia al funcionar libremente por sí mismo”⁶³. En consecuencia, el Estado Social desecha el dogma neoliberal del orden espontáneo y autorregulado del mercado.

⁶¹ Bachof, Otto (1968) *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, en la obra colectiva *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Darmstadt: Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 253 y sigts. Citado por Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, pp. 38-39.

⁶² Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, p. 70.

⁶³ Abendroth, Wolfgang (1973) *Sociedad antagónica y democracia política. Ensayos sobre sociología política*. Barcelona: Grijalbo, p. 276. Citado por Blancas Bustamante, C. (2011) *La Cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 71.

Sostiene que la Cláusula del Estado Social es irreversible, en el sentido que se niega toda posibilidad de vuelta al concepto de Estado de Derecho en sentido formal. Para Abendroth el alcance del componente social del Estado proclamado por la Constitución radica en que el pensamiento democrático se proyecta mediante las formas propias del Estado de Derecho en el orden social y económico⁶⁴. Así, después de haber moderado sus tesis originales en las que sostenía una transformación global de la sociedad. Abendroth afirma que: “La noción de Estado social no solamente encierra exigencias concretas del particular frente al poder político, sino que tiene sentido pleno cuando pone de manifiesto que una democracia solo puede funcionar si ésta se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico”⁶⁵.

Dürig sostiene que es imposible establecer entre el principio del Estado Social y el principio del Estado de Derecho una gradación o jerarquización ni en el plano temporal ni material⁶⁶.

Para Gerber la Cláusula del Estado Social no se agota en la seguridad social. Expresa un rechazo tanto de la periclitada concepción liberal del estado como de un socialismo de corte leninista⁶⁷.

⁶⁴ Abendroth, Wolfgang (1968) Zum Begriff des demokratischen un sozialen Rechtsstaat, en la obra colectiva Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Darmstadt: Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 253 y sigts. Citado por Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., pp. 42-43.

⁶⁵ Abendroth, Wolfgang (1986) “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”. En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*, cit. p. 30.

⁶⁶ Dürig G. (1953) Verfassung und Verwaltung im wohlfahrtsstaat. JZ, p. 197. Citado por Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, p. 45.

⁶⁷ Gerber H. (1968) Die Socialstaatsklausel des Grundgesetzes. Ein Rechtsgutachten, en la obra colectiva Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Darmstadt: Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 408 y sigts. Citado por Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., p. 46.

Huber sostiene que la Cláusula del Estado Social exige la síntesis del Estado de Derecho y del Estado Social en una específica unidad. Ninguno de los dos principios tiene prevalencia sobre el otro. Ambos tienen igual jerarquía en la medida que se determinan y se limitan recíprocamente. En consecuencia, el Estado Social no es un ideal absoluto debiendo mantenerse su realización en los límites del Estado de derecho garante de la libertad, y el Estado de Derecho tenga su fin en una protección de la personalidad solo viable en una sociedad industrial sobre la base de la seguridad y justicia sociales⁶⁸.

Desde otra perspectiva, Doehring considera que el principio de Estado Social, si se prescinde de la mención formulada en el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn, se encuentra sustancialmente previsto en el artículo 2.1 que garantiza el “*libre desarrollo de la personalidad*”⁶⁹.

Häberle afirma que actualmente la fórmula del Estado Social de Derecho debe leerse como “el Estado constitucional comprometido con la *justicia social*” (cursiva agregada). Agrega que dicho óptimo de regulación de la justicia social se manifiesta, por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección a la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas⁷⁰.

Benda ha calificado a la Cláusula del Estado Social de *principio rector vinculante*⁷¹. Desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitu-

⁶⁸ Huber E. R. (1968) Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, en la obra colectiva Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Darmstadt: Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 611 y sigs. Citado por Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., pp. 47-48.

⁶⁹ Doehring, Karl (1986) Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático. En: W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 160-161.

⁷⁰ Häberle, Peter (2003) *El Estado Constitucional*. Lima-México: Fondo Editorial de la PUCP/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 225-226.

⁷¹ Benda, Ernesto (1996) “El Estado Social de Derecho”. En: Benda y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: IVAP-Marcial Pons, p. 521.

cional Federal ha asumido la doctrina que es un principio de inmediata aplicación (BverfGE, 1, 105; 3, 381; 6, 41 y 198; 10, 370; y 17, 23)⁷².

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Supremo Federal ha concebido a la Cláusula del Estado Social como habilitación y mandato constitucional al legislador para que adopte como misión la consecución de un *orden social justo*⁷³.

El Tribunal Administrativo Federal de Alemania en una emblemática resolución de 24 de junio de 1954 afirmó que el principio del Estado Social implicaba una nueva concepción de la relación del hombre con el Estado:

(...) el individuo (...) no es súbdito, sino un ciudadano. No debe, por tanto (...) ser simple objeto de actuación estatal. Debe, por el contrario, ser reconocido (...) como portador de derechos y deberes. Esto debe tener especial vigencia cuando se trata de su posibilidad de subsistir (...) Sería incompatible con la idea de Estado democrático el hecho de que numerosos ciudadanos, que contribuyen con sus votos a la conformación del poder estatal, se encontraran al mismo tiempo sin derecho alguno en lo referente a la subsistencia⁷⁴.

Debe destacarse los aportes de Ridder sobre la triple dimensión del principio de Estado Social⁷⁵:

- (i) *La referencia social de los derechos fundamentales (Sozialbezug der Grundrechte)*. Tiene dos consecuencias: a) la interdicción de toda perversión de los derechos de libertad, convirtiéndolos en garantía de situaciones de falta de libertad por olvido de las verdaderas condiciones de poder social de las minorías que ostentan de hecho propiedades importantes. Su aplicación implica la potenciación de

⁷² Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., p. 40.

⁷³ Benda, Ernesto (1996) “El Estado Social de Derecho”, cit. p. 525.

⁷⁴ Citada por Contreras Peláez, F.J., op. cit., p. 46.

⁷⁵ Ridder H. Die (1975) *Soziale Orednung des Grungesetzes*. Opladen: Westdeutscher. Citado por Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., p. 72 y sigts.

la protección de los socialmente débiles con simultánea debilitación de la protección de los socialmente privilegiados; b) La ilegitimidad constitucional de la interpretación del principio de igualdad como mera exigencia de igualdad formal⁷⁶.

- (ii) *La vinculación social del Estado (Sozialpflichtigkeit des Staates)* que obliga: a) en la interpretación de la legislación vigente en sentido más favorable a la igualdad social, b a establecer tratos diferenciados por motivos de justicia social; c) declaración de inconstitucionalidad de las normas legales que contravengan el principio de Estado Social⁷⁷. Asimismo, comprende la obligación de prestar ayuda en situaciones de necesidad social y la responsabilidad del Estado por la cobertura de las necesidades de sus ciudadanos⁷⁸.
- (iii) *La obligación del Estado de articular la sociedad sobre bases democráticas (Homogenisierung von Staat und Gesellschaft)* que supone la exigencia del Estado de reoperere sobre la sociedad para conseguir su estructura democrática⁷⁹.

VII. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EUROPEO DE LA POSGUERRA (1946-1978)

7.1. Los derechos sociales en el preámbulo de la Constitución francesa de 1946

En este periodo destaca la Constitución francesa de 1946, cuyo Preámbulo afirma derechos económicos, sociales y culturales de todos los franceses. Reafirma los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados en la Declaración de Derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

⁷⁶ Parejo Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., pp. 56-57.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 52-53.

⁷⁸ Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., p. 74.

⁷⁹ *Loc. cit.*

Proclamó que la ley garantiza a la mujer, en todos sus ámbitos, derechos iguales a los del hombre. Se declaró al trabajo como un deber y un derecho. Se garantizó la acción sindical y el derecho de organizarse en un sindicato. Se reconoció el derecho de huelga, con arreglo a las leyes que lo reglamentan. Se reconoció el derecho de los trabajadores de participar a través de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones laborales, así como la gestión de las empresas. Se proclamó que cualquier bien o empresa cuya explotación posea o adquiera el carácter de un servicio público nacional o de un monopolio debe pasar a ser propiedad de la colectividad. Se declaró que la Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo. Se garantizó a todos, y especialmente al niño, a la madre y a los antiguos trabajadores, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio. Se reconoció el derecho que, debido a su edad, su estado físico o mental o su situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad los medios de existencia necesarios. Se proclamó la solidaridad y la igualdad de todos los franceses ante las cargas resultantes de calamidades nacionales. Declaró la igualdad del acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura, y se estatuyó como deber del Estado la organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles.

En Francia, el Consejo Constitucional en una decisión de 1971, se declaró competente para que el control de constitucionalidad de las leyes incluya dentro de esta revisión su adecuación al Preámbulo de 1946. De este modo, los derechos sociales se incorporaron a la Constitución y con posterioridad, el Consejo Constitucional ha aplicado estos derechos como parámetro de constitucionalidad. Así, en un pronunciamiento reconoció que del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 se reconocía el derecho de toda persona de disfrutar de una vivienda decente⁸⁰.

⁸⁰ Pisarello, Gerardo (2014) “El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV Siglo XX, vol. VI, Libro II, cit. p. 1910.

En suma, Francia cuenta con el llamado *État-providence*, basado que en su Preámbulo aparecen reseñados los derechos sociales⁸¹.

7.2. La Constitución italiana de 1947: paradigma de la igualdad sustantiva

En Italia —a diferencia de Alemania como veremos más adelante— prevaleció una posición favorable a la incorporación de cláusulas de principio en el texto fundamental. La idea de que la Constitución es un instrumento de transformación emerge con la Constitución italiana de 1947 que establece en su artículo 3, la Cláusula de igualdad sustantiva:

Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país.

Predieri conceptúa que esta disposición constitucional da testimonio “*de una democracia siempre de frontera, móvil, nunca realizada del todo y definida como meta que se mueve*”⁸². Para Romagnoli, supone el reconocimiento de que la sociedad está fundada sobre la desigualdad de hecho⁸³. Pizzoruso asume que la precitada cláusula declara la realización por el Estado del máximo posible de justicia social entendida en el doble sentido de garantía para todos de un estándar mínimo de condiciones de vida en el plano moral y material, así como la erradicación de las

⁸¹ Martínez Esteruelas, Cruz (2000) *La agonía del Estado ¿Un nuevo orden mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Citado por Petit Guerra, Luis Alberto, op. cit. p. 113.

⁸² Predieri, Alberto (1977) “Régimen Económico y Social en la Constitución Italiana”. En: *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 24.

⁸³ Romagnoli U. (1975) “Art. 3. 2° comma”. En G. Branca (editor) *Comentario della Costituzione*. Bolonia: Zanichelli foro italiano, p. 165. Citado por Díaz Revorio, F.J., op. cit., p. 187.

formas de parasitismo que resultan de la acumulación de capital carente de provecho social⁸⁴.

Así, el Estado Social, aunque no explícitamente proclamado está de hecho formulado en el precitado párrafo 3.2 del artículo 3 de la Constitución de 1947, tal como lo señala Mortari⁸⁵.

En su definición del Estado declaró en el artículo 1 que Italia es una “República democrática basada en el trabajo”. Reconoce en el artículo 4 el derecho de todos los ciudadanos al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo ese derecho.

Dedica su Título II a las “Relaciones Ético-Sociales”, en el que se reconoce los derechos de la familia (arts. 29 al 31); se tutela a la salud como derecho fundamental (art. 32); se reconoce la libertad de enseñanza (art. 33); se reconoce el derecho a la educación para aquellos “que demuestren capacidad y lo merezcan, aunque no dispongan de medios económicos” (art. 34).

En el Título III se regula las “Relaciones Económicas”. Se resalta la relevancia constitucional del trabajo y el principio protector: “La República tutela el trabajo en todas sus formas y aplicaciones”. Se reconoce el derecho del trabajador a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y que en todo caso sea suficiente para asegurarse a él y a su familia, una existencia libre y digna (art. 36). Se reconoce a la mujer trabajadora los mismos derechos que al trabajador y se tutela el trabajo de los menores con normas especiales (art. 37). Se ampara el derecho a la asistencia social de todo ciudadano inhábil al trabajo y desprovisto de los medios necesarios a las para vivir. Se reconoce el derecho a la libertad de sindicación (art. 39). El artículo 40 reconoce el derecho de huelga que se ejerce dentro de las normas de las leyes que

⁸⁴ Pizzoruso, Alessandro (1984) *Lecciones de Derecho Constitucional*, vol. I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 172 (Título original *Lezioni Di Diritto Costituzionale*, 3ª edición. Roma: Il Foro Romano).

⁸⁵ Mortari, Colombo (1975) *Comentario della Costituzione, Principi fondamentali*. En AA.VV. Vol. I, citado por Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 142. González Moreno, Beatriz (2002) *Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Civitas/Universidad de Vigo, p. 30.

lo reglamentan. En el artículo 41 se declara que la iniciativa privada es libre. Se declara que no puede desarrollarse si se opone a la utilidad social o cuando cause daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. El rol de rectoría del Estado se formula así: “La ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública o privada pueda orientarse y coordinarse con fines sociales”. El artículo 42 reconoce el derecho de propiedad modulado por la función social: “Se reconoce la propiedad privada y la garantiza la ley, la cual determina los modos de adquirirla y de disfrutarla y sus límites, con la finalidad de asegurar sus *funciones sociales* y de hacerla accesible a todos”. Se prevé que pueda ser expropiada en los casos que prevé la ley, y salvo indemnización, por motivos de interés general”. Se previó en el artículo 43 habilitar al Estado mediante ley, con fines de utilidad pública para reservarse originariamente o transferir —mediante expropiación y con indemnización— al Estado, a entidades públicas o a comunidades de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o monopolios y que tengan carácter de preeminente interés general.

El artículo 44 impone límites a la propiedad agraria en los siguientes términos:

A fin de conseguir la racional explotación del suelo y de establecer relaciones sociales equitativas la ley impone obligaciones y vínculos a la propiedad rústica privada, fija los límites de su extensión según las regiones y las zonas agrarias⁸⁶, promueve e impone el saneamiento de la tierra. La transformación del latifundio y la creación de nuevas unidades productivas; ayuda a la pequeña y mediana propiedad.

Reconoció la función social de las cooperativas con carácter mutuo y sin finalidades de especulación privada (artículo 44). Se reconoció el derecho de los trabajadores a participar en la gestión de las empresas “dentro de los límites establecidos por la ley” (artículo 46). En su artí-

⁸⁶ Esta disposición es un antecedente del artículo 88 de la Constitución peruana de 1993 que prevé que la ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

culo 47 declaró que “la República estimula y tutela el ahorro en todas sus formas; el disciplina, coordina y controla el ejercicio del crédito. Favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad de la tierra.

7.3. La definición de la República laica, democrática y social en la Constitución francesa de 1958

El preámbulo de la Constitución francesa de 1958 ratificó los principios de soberanía nacional definidos en la Declaración de 1789, confirmada y complementada por el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946.

Es importante destacar la importancia del preámbulo en el constitucionalismo francés. La Constitución francesa de 1958 declara que “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946”. Esta remisión al Preámbulo de la Constitución de 1946 implica el reconocimiento de principios socio-económicos y derechos sociales fundamentales contenidos en él. A partir de la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, se afirma que el control de la constitucionalidad de las leyes incluye también la conformidad de éstas con el Preámbulo de la Constitución.

El artículo 2 de la Constitución de 1958 proclama que Francia es una República indivisible, laica, democrática y *social*. De este modo incorpora la Cláusula del Estado Social en la definición de la República.

7.4. La transición al socialismo en la Constitución portuguesa de 1976

La Constitución portuguesa de 1976, surge como consecuencia de la denominada “*revolución de los claveles*” iniciada el 25 de abril de 1974 cuando el denominado Movimiento de las Fuerzas Armadas derrocó al régimen fascista. Una Asamblea Constituyente con mayoría progresista elaboró la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976. Su Preámbulo

y los artículos 1, 2 y 10 declararon la voluntad de estatuir un *Estado de transición al socialismo*, de lograr “la apropiación colectiva de los medios principales de producción” y de “impulsar el proceso revolucionario”. El artículo 1 declara que Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona.

En la Primera Parte destaca el Título III (“De los Derechos y Deberes Económicos, Sociales y Culturales”). Se reconocen ampliamente los derechos del trabajo: al trabajo, a su prestación en condiciones de higienes y seguridad, a las vacaciones, al salario mínimo nacional, a la protección de las mujeres trabajadoras, a la libertad sindical, a la negociación colectiva, a la huelga y a la seguridad social. Se previó las comisiones de trabajadores “para la defensa de sus intereses y la intervención democrática en la vida de la empresa, con vistas al refuerzo de la unidad que las clases trabajadoras y a su movilización para el proceso revolucionario de construcción del poder democrático de los trabajadores”.

El artículo 65 consagró el derecho de todas las personas y sus familias a una vivienda. Se reconoció el derecho a la constitución de la familia (artículo 67); se reconoció a la maternidad como “valor social eminente”; los derechos de la infancia (artículo 69); de la juventud (artículo 70); de los deficientes (artículo 71); de la ancianidad (artículo 72).

Se reconoció los derechos a la educación y la cultura (artículo 73); a la enseñanza (artículo 74). Se previó la obligación del Estado a crear una red de establecimientos públicos de enseñanza que cubra las necesidades de toda la población (artículo 75).

En la Segunda Parte se regula la “Organización Económica”. Se establece un régimen económico de transición al socialismo: “La organización económico-social de la República portuguesa se basa en el desarrollo de las relaciones de producción socialistas, mediante la apropiación colectiva de los principales medios de producción y de los suelos, así como de los recursos naturales y el ejercicio del poder democrático de las clases trabajadoras” (artículo 80). Dentro de este principio rector se desarrolla un régimen económico en el cual la iniciativa privada podrá ejercerse en el marco definido por la Constitución, la ley por la planificación estatal (artículo 85). Se estableció que el

Plan será vinculante para el sector público y obligatorio para el sector privado, en virtud de contratos-programa (artículo 92)⁸⁷. Es relevante destacar que en la propiedad social “que tenderá a ser predominante” tendrá como base los bienes y unidades de producción con posesión útil y gestión de los colectivos de trabajadores, los bienes comunitarios con posesión útil y gestión de las comunidades locales y el sector cooperativo” (artículo 90).

La Constitución portuguesa de 1976 fue modificada en 1982, 1989 y en 1992, homologando el sistema constitucional económico portugués con el de sus vecinos de Europa Occidental⁸⁸.

7.5. El Estado Social en la Constitución española de 1978

El párrafo 1. 1 del artículo 1 de la Constitución española de 1978 proclama que: “España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho* que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la *justicia*, la igualdad y el respeto al pluralismo político”.

Para Peces-Barba es una “el Estado social y democrático de derecho es la expresión de una organización de poder que considera compatible liberalismo y socialismo”⁸⁹.

Sobre la eficacia jurídica de la Cláusula del Estado Social, González Moreno destaca que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha asumido la tesis alemana de la fijación teleológica del Estado social⁹⁰. Así, ha declarado en la STC 18/1984, fundamento jurídico 6:

⁸⁷ Cabe señalar que la Constitución peruana de 1979, en su artículo 111 incorporó el concepto de “planificación concertada” sustentada por el constituyente aprista Luis Rodríguez Vildósola: “El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del Sector Público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio”.

⁸⁸ Kresalja, Baldo y César Ochoa (2020) *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 208.

⁸⁹ Peces-Barba, Gregorio (1984) *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, p. 63.

⁹⁰ González Moreno, Beatriz (2002) *Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, cit., pp. 56 a 61.

(...) la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas.

Asimismo, resalta como efecto de la Cláusula del Estado Social su valor interpretativo del resto del ordenamiento⁹¹. En esa dirección, la STC 77/1985, en el fundamento jurídico 4 ha determinado que esta:

(...) sujeción de los poderes públicos al ordenamiento constitucional impone una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución, por lo que debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella.

Por último, destaca el valor de la Cláusula del Estado Social como parámetro de constitucionalidad. Así, en la doctrina española se defiende la posibilidad de invocar la Cláusula del Estado Social para sustentar el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad contra una ley “presuntamente antisocial y regresiva”⁹².

La Cláusula del Estado Social se refuerza en el párrafo 9.2 del artículo 9 —inspirada en el antecedente del artículo 3 de la Constitución italiana de 1947— declara que:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas: remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La jurisprudencia constitucional española ha asumido que esta cláusula contiene un mandato de igualdad real o sustancial como su antecedente italiano⁹³.

En materia laboral, la Constitución de 1978 reconoce el derecho al trabajo en el párrafo 1 del artículo 35 declara que todos los españoles

⁹¹ Ibídem, p. 62.

⁹² Ibídem, p. 63.

⁹³ Carmona Cuenca, E., op cit., p. 147.

tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia. Se establece en el párrafo 35.2 del artículo 35 la elaboración mediante ley de un Estatuto de los Trabajadores que es el marco jurídico básico de las relaciones laborales⁹⁴.

En el párrafo 28. 1 del artículo 28 se prevé el derecho a la libertad sindical. Se prevé que la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las fuerzas o institutos armados o los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. Se declara que la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. En el párrafo 28.2 del artículo 28 se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores en defensa de sus intereses.

En el párrafo 1 de su artículo 37 establece que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

El derecho a la seguridad social está previsto en el artículo 41 que declara que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes. Se prevé la posibilidad de un régimen privado mediante asistencia y prestaciones complementarias.

En materia económica, se reconoce el derecho a la libertad de empresa en el artículo 38 en los siguientes términos: “Se reconoce el de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 124.

La planificación como límite constitucional de la libertad de empresa está prevista en el artículo 131 de la Constitución.

Asimismo, son límites a la libertad de empresa: la participación de los trabajadores en la empresa y el acceso de los trabajadores a los medios de producción (párrafo 129.2 del artículo 129 Constitución), así como los fines de la política socio-económica: progreso social y económico, distribución equitativa de la renta, estabilidad económica y pleno empleo (párrafo 40.1 del artículo 40 Constitución).

La iniciativa empresarial pública está reconocida en el párrafo 128.2 del artículo 128 que consagra la coexistencia de dos sectores económicos: el público y privado que conforman un sistema de *economía mixta*⁹⁵.

También es relevante destacar el concepto limitado del derecho de propiedad por su función social previsto en el artículo 33 de la Norma Suprema:

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

VIII. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA EN EL SIGLO XX

8.1. La primera constitución social: La constitución mexicana de 1917

Ha sido calificada por Mario de la Cueva como el primer brote universal a favor de la justicia social⁹⁶. Carpizo define a la Constitución

⁹⁵ Ibídem, p. 134.

⁹⁶ Citado por Sayeg Helú, Jorge (1987) *El constitucionalismo social mexicano*. Tomo I. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, p. 389.

mexicana de 1917 como protectora de los sectores más débiles. Así resume su esencia:

Se protege a los grupos sociales más débiles, a los históricamente han vivido oprimidos. Es una declaración dinámica, con fuerza impositiva. Quiere que el trabajador y el campesino lleven una vida digna. La idea es asegurar esos mínimos jurídicos para que, basados en ellos, estos grupos sociales logren nuevas y abundantes conquistas. La esencia de los derechos sociales son las necesidades apremiantes de estos grandes núcleos de la sociedad⁹⁷.

En otro aspecto, es la primera Constitución social del mundo, que introduce conceptos como la propiedad originaria de la Nación sobre tierras y aguas, el derecho de propiedad bajo las modalidades del interés público, la protección de los recursos naturales y los derechos sociales de los trabajadores⁹⁸. Surgió como producto del movimiento revolucionario iniciado en 1910. Debe destacarse, la propiedad originaria de la Nación sobre tierras y aguas que implica un dominio eminente del Estado, a partir del cual se constituye la propiedad privada. Así, el texto original del artículo 27, que constituyó el marco jurídico de la reforma agraria, declaró:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional *corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada*. Las expropiaciones a los particulares solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo *el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público*, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación (cursiva agregada).

⁹⁷ Carpizo, Jorge (1973) *La Constitución Mexicana de 1917*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, p. 195.

⁹⁸ Cfr. Fix Zamudio, Héctor (1985) “El Estado Social de Derecho en la Constitución mexicana”. En: *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*. México D. F.: Editorial Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sobre las modalidades a la propiedad privada, por ejecutoria suprema de 16 de febrero de 1982 se precisó que hay modalidad cuando uno o todos los atributos de la propiedad se restringen o se limitan, pero no se eliminan:

(...) así la modalidad viene a ser un término equivalente a la limitación o transformación del derecho de propiedad; así la modalidad viene a ser un término equivalente a limitación o transformación. El concepto de modalidad a la propiedad privada se aclara con mayor precisión si se estudia desde el punto de vista de los efectos que produce en relación con los derechos del propietario. Los efectos de la modalidad que se impongan a la propiedad privada consisten en una extensión parcial de los atributos del propietario. De manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones establecidas por el poder legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual del derecho⁹⁹.

La primera Constitución en abordar la cuestión de la vivienda fue la Constitución de mexicana de aprobada por el Congreso de Querétaro de manera implícita: se contemplaban principios destinados a prevenir los abusos de los propietarios privados de viviendas y a facilitar el desarrollo de políticas públicas de protección a los grupos más vulnerables, por ejemplo las cláusulas que introducían límites a los ejercicios antisociales de la propiedad privada (art. 27) o las que prevenían instrumentos de planificación del crédito o del uso del suelo¹⁰⁰.

En materia del Derecho del Trabajo, es relevante el artículo 123 del texto fundamental mexicano que declaró que:

⁹⁹ Citado por Madrazo, Jorge (1985) “La rectoría del Estado, la economía mixta y el régimen de la propiedad”. En: *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, cit. p. 246.

¹⁰⁰ Pisarello, Gerardo (2014) “El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXIX. Los derechos económicos, sociales y culturales. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 1906.

(...) El artículo original —modificado en numerosas ocasiones— contaba con treinta incisos, que establecían el contenido al que debía ajustarse la legislación en materia de jornada de trabajo, descansos, protección de las trabajadoras embarazadas, salario mínimo, obligaciones del empleador en materia de vivienda y otras, accidentes y enfermedades laborales, higiene y salubridad laboral, asociación sindical y patronal, huelga, resolución de conflictos laborales, protección contra el despido arbitrario, protección de créditos laborales, orden público laboral, bien de familia y fomento de las cajas de seguridad social y de las cooperativas de vivienda. (...) ¹⁰¹.

Así, se considera que precedió ampliamente a las medidas propugnadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) creada en 1946, al introducir al Estado como tercero arbitrante en la concertación bilateral de contratos de trabajo ¹⁰².

En materia energética, el 18 de marzo de 1938, bajo el régimen de Lázaro Cárdenas se expropiaron los bienes de 17 compañías petroleras extranjeras y el 8 de junio de ese año se expidió el decreto que creó la empresa pública Petróleos Mexicanos. La Constitución mexicana de 1917 no fue reformada hasta el 6 de enero de 1960, con la finalidad de reservar al Estado la explotación del gas y de los hidrocarburos ¹⁰³.

¹⁰¹ Courtis, Christian (2014) “Los derechos económicos, sociales y culturales”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXIX. Los derechos económicos, sociales y culturales. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 1542.

¹⁰² Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel (2014) “Los derechos fundamentales en Iberoamérica. Independencia y Constituciones.”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo III: Siglo XIX, Vol. III, Capítulo XLVIII. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 485-486.

¹⁰³ Barquín Álvarez, Manuel (1985) “Bases Constitucionales de la Empresa Pública”. En: *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*. México D.F.: Editorial Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 297.

8.2. El constitucionalismo social en las constituciones latinoamericanas (1934-1949)

Ubicando el constitucionalismo latinoamericano dentro de su contexto histórico, acudimos a De Cabo quien afirma que:

(...) durante mucho tiempo las últimas constituciones de América Latina trasladaron las ‘formas’ del constitucionalismo del Estado social europeo que no era nada más que un trasplante de apariencias, de figuras, de categorías, que daban lugar a lo que se podría llamar un Estado social sin raíces, es decir, un Estado social que no se produjo teniendo en cuenta las causas que se produjeron en Europa, sino que obedecía a un trasplante de formas¹⁰⁴.

a) La Constitución uruguaya de 1934

En la década de los años 30 destaca la Constitución uruguaya de 1934, que iniciaría un giro constitucional paradigmático —que se reiteró en los textos fundamentales de 1942 y 1951, en un país que más desarrolló las políticas públicas del Estado de Bienestar en América Latina¹⁰⁵. Fue un caso exitoso de Estado Social que se arraigó en la realidad de una sociedad latinoamericana. Debe resaltarse la protección a los derechos de los trabajadores y a varios artículos de fomento social de la familia, con la igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

b) La Constitución brasileña de 1934

En Brasil, el constitucionalismo social se inaugura con la Constitución de 1934 —bajo el régimen corporativista y populista de Getulio Vargas—. Esta Constitución incluía detalladas disposiciones de carácter social. Incluía un título extenso al “*orden económico y social*” que debía “ser organizado conforme a principios de justicia y a las necesidades de

¹⁰⁴ Cabo Martín, Carlos de (2006) *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, pp. 68.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, pp. 1556 y sigts.

la vida nacional, de modo que posibilite a todos una existencia digna”. La Constitución brasileña de 1946 siguió similar orientación¹⁰⁶.

c) Las reformas a la Constitución colombiana (1936)

En Colombia, la Constitución de 1886 fue reformada en 1936 en la dirección del constitucionalismo social, durante el gobierno liberal de Alfonso López Camargo. Así, la reforma incluyó como fundamentación de la institución del poder público, la protección de las personas y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares; se declaraba al trabajo como una obligación social, bajo la protección especial del Estado; se ampara la libertad sindical y el derecho de huelga. Se declaró a la propiedad como “*una función social que impone obligaciones*”; se subordinó el interés privado al interés público en caso de conflicto; se habilitó al Estado a intervenir en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución, consumo de las riquezas y de protección del trabajador¹⁰⁷.

d) La Constitución cubana de 1940

En los años 40 del siglo XX marca un giro progresista en el constitucionalismo latinoamericano, la Constitución cubana de 1940. Destacan entre sus disposiciones las siguientes: la protección de las uniones libres –que podían ser amparadas por los tribunales “*por su estabilidad y singularidad*” de forma similar al matrimonio civil; se declaraba que “la cultura, en todas sus manifestaciones, constituye un interés primordial del Estado”; se disponía la obligatoriedad de la educación primaria y el carácter pre-gratuito de la educación pre-primaria, primaria, vocacional y secundaria elemental cuando fuera impartida por el Estado, como también del material docente y la institución de becas para el disfrute de las enseñanzas oficiales no gratuitas para quienes “habiendo acreditado

¹⁰⁶ Ibídem, p. 1558.

¹⁰⁷ Ibídem, p. 1561.

vocación y aptitud sobresalientes, se vieron impedidos, por insuficiencia de recursos, de hacer tales estudios por su cuenta”; se declaraba el carácter laico de la educación pública; se estableció la obligatoriedad de la educación cívica y del estudio de la Constitución; se establecía la obligación del Estado de sostener el gasto presupuestal de la educación pública; se garantizaba un salario mínimo a los docentes, entre otras¹⁰⁸.

En materia de derechos sociales laborales, se declaraba al trabajo “un derecho inalienable del individuo”, encomendándose al Estado el rol social de destinar “los recursos que tenga a su alcance para proporcionar ocupación a todo aquel que carezca de ella y asegurará a todo trabajador, manual o intelectual, las condiciones económicas necesarias a una *existencia digna*”. Destacan entre otras disposiciones: la limitación de la jornada y semana de trabajo; los descansos anuales retribuidos; la prohibición del trabajo de menores de catorce años; la protección de la maternidad de obreras y empleadas, con licencia por maternidad paga y concesión de periodos de descanso para asegurar la lactancia; y la protección contra el despido arbitrario. En el terreno de los derechos laborales colectivos, se establecía el derecho de sindicación a los patronos, empleados privados y obreros, para los fines exclusivos de su actividad económica y social, con garantía en materia de reconocimiento y disolución de los sindicatos; el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los patronos a la paralización, conforme a la regulación impuesta por la ley; el régimen de contratos colectivos de trabajo, de cumplimiento de patronos y obreros; se declara que son nulas las estipulaciones que implicaran renuncia, disminución, alteración o dejación de algún derecho reconocido a favor del obrero en la Constitución o en la ley; se prohibía la discriminación en el empleo, encomendando al Estado que en la distribución de oportunidades de trabajo en la industria y en el comercio no prevalecieran prácticas discriminatorias de ninguna clase por motivos de raza; se dispuso que los conflictos entre el capital y el trabajo se sometían a comisiones de conciliación integradas por representaciones paritarias de patronos y obreros. En el ámbito de la seguridad social, se declaró al seguro social como derecho irrenunciable

¹⁰⁸ Ibídem, p. 1654.

en casos de invalidez, vejez, desempleo y demás contingencias, así como el derecho de jubilación por antigüedad y el de pensión por causa de muerte; la administración de las entidades de seguridad social debía ser tripartita con participación estatal, de los trabajadores y de los empleadores. Finalmente, incluía una peculiar cláusula de derechos implícitos en materia laboral, conforme a la cual “la enumeración de los derechos y beneficios a que esta Sección se refiere no excluye a otros que se deriven del principio de justicia social y serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción”¹⁰⁹.

En el régimen de propiedad, la Constitución de 1940 siguiendo a la Constitución de Weimar subordinó su uso a su función social. Declaraba la propiedad del Estado sobre el subsuelo, habilitaba facultades de intervención en el mercado inmobiliario y de expropiación; prohibía el latifundio y limitaba la concentración de propiedad por personas y corporaciones extranjeras, protegía a los autores e inventores¹¹⁰.

e) La Constituciones costarricenses de 1943 y 1949

Costa Rica adoptó una Constitución de orientación social en 1943 que incorporaba una sección denominada “Garantías sociales” —como en la Constitución peruana de 1933— consagrando la weimariana función social de la propiedad. En 1949 se promulga una nueva Constitución que abolió el ejército y profundizó el carácter social de su antecesora. Se considera que ha sido el soporte jurídico de uno de los sistemas de protección social más desarrollados de América Latina y ha generado una rica jurisprudencia en materia de derechos sociales¹¹¹.

f) La Constitución argentina de 1949: respuesta al déficit social

Argentina se incorpora al constitucionalismo social con la reforma constitucional de 1949, bajo el régimen nacionalista y populista de Juan

¹⁰⁹ Ibídem, p. 1654-1566.

¹¹⁰ Ibídem, p. 1566.

¹¹¹ Ibídem, 1568-1569.

Domingo Perón. Nino resume los aspectos intervencionistas y sociales de la reforma peronista como una respuesta al *déficit social* del liberalismo constitucional argentino¹¹².

En el Capítulo III de su “Primera Parte” (“Principios Fundamentales”) se reguló ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales como los “derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura”. Se declaró en el artículo 37 como derechos especiales: el derecho de trabajar, el derecho a una retribución justa, el derecho a la capacitación, el derecho a condiciones dignas de trabajo, el derecho a la preservación de la salud, el derecho al bienestar, el derecho a la seguridad social, el derecho a la protección de su familia, el derecho al mejoramiento económico y el derecho a la defensa de los intereses profesionales.

El artículo 38 proclamó que la propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Se previó la expropiación por causa de utilidad pública o interés general que debía ser calificada por ley y mediante indemnización justipreciada.

El artículo 39 declaró que el capital debe estar al servicio de la economía nacional y como principal objeto el *bienestar social*.

Se previó un rol rector e intervencionista al Estado en la economía en los siguientes términos del artículo 40:

La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los *principios de la justicia social*. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en la Constitución.

La reforma constitucional peronista de 1949 fue derogada con el golpe militar pro-estadounidense de 1955 que restituyó la vigencia de la Constitución de 1853.

¹¹² Nino, Carlos Santiago (2005) *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, p. 138.

8.3. La consolidación del constitucionalismo social latinoamericano (1961-1994)

En las últimas décadas del siglo XX se debe resaltar los principales avances del constitucionalismo social latinoamericano, salvo la excepción regresiva y autoritario de la Constitución neoliberal chilena de 1980.

a) La Constitución venezolana de 1961

Así, debe resaltarse a la Constitución venezolana de 1961, aprobada el 16 de enero de 1961, con el voto de las principales fuerzas políticas: Acción Democrática, Unión Republicana Democrática, Copei y el Partido Comunista de Venezuela.

Dedicó el Capítulo IV del Título III a los “derechos sociales”. Entre ellos, incluyó la protección a la familia, al matrimonio, la maternidad y la salud. Asimismo, reconoció el derecho a la educación, el fomento de la cultura en sus diversas manifestaciones, que el derecho al trabajo, el derecho a un salario justo, la estabilidad del trabajo. Declaró que el Estado favorecerá el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo y que establecerá el ordenamiento adecuado para las negociaciones colectivas y para la solución pacífica de los conflictos. Reconoció el derecho de sindicalización y de huelga. Proclamó que en forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendente a proteger a todos los habitantes de la República.

El Capítulo V fue dedicado a los “derechos económicos”. Destaca el artículo 95 que proclamó:

El régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social¹¹³ que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.

¹¹³ Se advierte que fue un antecedente del artículo 110 de la Constitución peruana de 1979.

El artículo 98 declaró que el Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico del país.

Se estableció en el artículo 98 la *función social de la propiedad*, en cuya virtud la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. El artículo 101 dispuso que solo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. Se declaró en el artículo 105 que el régimen latifundista es contrario al interés social.

b) La excepción chilena: el Estado Social desde la reforma de 1967 hasta la involución de la Constitución de 1980

Si bien la Constitución chilena de 1925 incluía incipientemente algunas disposiciones de constitucionalismo social, consideramos que éste empieza a configurarse con la reforma constitucional de 1967, mediante la Ley N° 16615, de 20 de enero de ese año, que modificó el artículo 10, núm. 10 de la Norma Suprema, que regulaba el derecho de propiedad, sustituyendo la disposición anterior por una nueva con las siguientes aspectos: (i) el contenido de la garantía constitucional de la propiedad; (ii) limitaciones y función social de la propiedad; (iii) regulación de la expropiación; (iv) la regulación constitucional del dominio público.

Con relación a las limitaciones de la propiedad, se estableció que la ley establecerá las limitaciones y obligaciones de la propiedad, de manera que se asegure “su función social” y “hacerla accesible a todos”¹¹⁴. Agrega que la función social de la propiedad comprende “los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento

¹¹⁴ Esta disposición es un claro antecedente del artículo 124 de la Constitución peruana de 1979 que declaraba que: “El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades”. Este fin social del Estado fue suprimido en la Constitución peruana de 1993.

de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”. Esta definición del derecho de propiedad obedece a las necesidades y misiones del Estado Social.

Se modificó la regulación de la potestad expropiatoria y las garantías patrimoniales del expropiado. La Constitución de 1925 establecía que “nadie puede ser privado de la (propiedad) de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley”. Se estableció adicionalmente como causal de expropiación al *interés social* calificado por el legislador. Se garantizó el derecho del expropiado a la indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinará “equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados”, disposición que sigue el antecedente del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

En la década del 70, se dictaron reformas constitucionales en la dirección de profundizar el constitucionalismo social. Es relevante destacar que, tras las elecciones de 1970, en las que triunfó por estrecho margen el candidato de Unidad Popular, el médico socialista Salvador Allende, la Democracia Cristiana le propuso suscribir el documento denominado Estatuto de Garantías Constitucionales. Allende lo suscribió sin advertir el contenido progresista del documento inspirado en el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947, pero no lo aplicó. Así, si el gobierno socialista democrático de Allende (1970-1973) hubiese optado por esta vía jurídica es muy probable que se hubiese consolidado en el poder como un gobierno reformista de centroizquierda, con el apoyo de la Democracia Cristiana. En lugar de ello, siguió la doctrina de los *resquicios legales*, inspirada en Novoa Monreal¹¹⁵, que proponía utilizar la abundante legislación de decretos leyes de la efímera República Socialista de 1932, para implementar su política de creación del área económica de propiedad social. La derecha política y los tribunales de justicia re-

¹¹⁵ Novoa Monreal, Eduardo (1992) *Los resquicios legales. Un ejercicio de lógica jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Bat, p. 165.

chazaron esta vía jurídica al socialismo, que terminó deslegitimando al gobierno y abriendo el camino al golpe de estado¹¹⁶.

Empero, debe destacarse, en ese periodo, la reforma constitucional N° 17.450 de la Constitución chilena de 1925, de 16 de julio de 1971. Esta reforma estableció: (i) un régimen general de nacionalización; (ii) la nacionalización de los minerales; (iii) se establecen reglas especiales para la nacionalización de la gran minería; y (iv) se regulan los contratos leyes.

Sobre la *nacionalización* de la gran minería se estableció:

- (i) Objetos que pueden comprender: las empresas o actividades, derechos sobre ellas o a la totalidad o parte de sus bienes, bienes de terceros de cualquier clase directa y necesariamente destinados a su normal explotación.
- (ii) Monto de la indemnización: “sobre la base del costo original de dichos bienes, deducidas las amortizaciones, depreciaciones, castigos y desvalorización por obsolescencia, pudiendo deducirse del monto el todo o parte de las rentabilidades excesivas que hubieran obtenido las empresas nacionalizadas”.
- (iii) Forma de pago de la indemnización: deberá pagarse en dinero, a menos que el afectado acepte otra forma de pago, en un plazo no superior a treinta años y en las condiciones que la ley determine.
- (iv) Toma de posesión: se establece que el Estado podrá tomar posesión material de los bienes expropiados inmediatamente después que la ley correspondiente entre en vigencia.

Siete años después del golpe militar de 1973, se promulga la Constitución chilena de 1980, que con diversas reformas sigue vigente hasta la actualidad y que en su momento fue considerada como la antítesis del Estado Social por ser un modelo constitucional de *neoliberalismo*

¹¹⁶ Cfr. Polanco Ramírez, Alejandro Luis (2013) “El difícil camino de la legalidad. Vigencia y validez de los resquicios legales y su aplicación en el programa económico de Salvador Allende. Chile, 1970-1973”. En: *Revista Historia y Justicia*, núm., 1, Santiago de Chile, pp. 1-31.

*autoritario*¹¹⁷. Se trata de un caso excepcional de regresión con relación a los avances del constitucionalismo social latinoamericano.

A raíz de los movimientos sociales ocurridos en el país en 2019, se abrió el cauce para un proceso constituyente para liquidar la Constitución pinochetista. Así, el plebiscito nacional fijado para el 25 de octubre de 2020 determinará si la ciudadanía está de acuerdo con iniciar el proceso constituyente de extinción del legado del neoliberalismo autoritario.

c) La Constitución panameña de 1972

En 1972, se promulga en Panamá —bajo el régimen nacionalista de Omar Torrijos— la progresista Constitución vigente con reformas hasta la actualidad. Dedicó su Título III a los “derechos y deberes individuales y sociales” amparando ampliamente a los derechos económicos, sociales y culturales. En ese título se incluyó capítulos sobre la familia, el trabajo, la cultura nacional, la educación, la salud, seguridad social y asistencia social.

El Título X regula la “*economía nacional*”. Se proclamó en el artículo 282 que: “El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares; pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales y dentro las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país”. El mismo artículo declara que el Estado planificará el desarrollo económico y social, mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento determinará a ley.

d) La reforma de la Constitución mexicana de 1983

En 1983 se reforma la emblemática Constitución mexicana de 1917 para actualizar su contenido social. Se reforman los artículos 25, 26, 27,

¹¹⁷ Cfr. Brañes Raúl (1982) “Chile: la nueva constitución económica. Los modelos económicos neoliberales”. En: *Comercio Exterior*, vol. 32, núm. 1, México D.F.

28 y 73, que constituyen las directrices de un nuevo Derecho Público Económico. Ríos Zamudio resume la reforma de 1983 en estos términos:

En ese nuevo contenido económico de la Constitución Federal se delinearán tres de las principales obligaciones del Estado en materia: a) se deja a su cargo la *rectoría de la economía del país*¹¹⁸. b) se le reserva el aprovechamiento de ciertas áreas y actividades consideradas como estratégicas o prioritarias para el desarrollo nacional, y c) se le atribuye la responsabilidad de dirigir la planeación de un desarrollo democrático e integral¹¹⁹.

e) La Constitución brasileña de 1988

Brasil promulga una nueva Constitución en 1988 —con fuerte contenido axiológico— que establece en su artículo 3 como objetivos fundamentales de la República “construir una *sociedad libre, justa y solidaria*”, “garantizar el desarrollo nacional”, “erradicar la pobreza y la marginalidad”, “reducir las desigualdades sociales y regionales” y “promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación”.

La Constitución de 1988 dedicó un capítulo a los “Derechos Sociales” amparando los derechos a la educación, a la salud, al trabajo, a la vivienda, al descanso y recreación, a la asistencia y seguridad social, a la protección de la maternidad y de la infancia y a la asistencia a los desamparados, y los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

¹¹⁸ Kaplan Marcos (1985) “Rectoría del Estado y Desarrollo en América Latina” En: *Rectoría del Estado y Economía Mixta*, cit., p. 53, afirma sobre la rectoría del Estado: “La reafirmación de su papel rector, su democratización en permanente ampliación y profundización, la redefinición de sus relaciones con la sociedad civil en el mismo sentido, confluirían en otorgarle legitimidad y consenso, capacidades incrementadas de decisión y acción, flexibilidad y eficacia mayores. Como institucionalización político-jurídica del poder popular, el nuevo Estado democrático de derecho estaría en mejores condiciones para realizar una estrategia de desarrollo integral, avanzar hacia formas superiores de sociedad y sistema político, por libre determinación y plena participación de la población”.

¹¹⁹ Ríos Zamudio, Juana Luisa “*Marco constitucional de la rectoría económica del Estado Mexicano*”, p. 11. Disponible en: <http://www.cumed.net/cursecon/ecolat/mx/2009/jlrz.htm>

Estableció como mandato al Estado, la política de desarrollo urbano orientada a la consecución de “la función social de la ciudad” y del “bienestar de los habitantes”¹²⁰.

Estableció tribunales laborales especializados, objetivos de política urbana y agrícola de orientación social. Se dedicó el Título VIII al “Orden Social”, que se proclama tiene como base la primacía del trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social (art. 193)¹²¹.

f) La Constitución colombiana de 1991

La Constitución colombiana de 1991—con marcada influencia del neoconstitucionalismo de la Constitución española de 1978— es un documento emblemático de la afirmación y consolidación institucional del Estado Social de Derecho, particularmente por la obra jurisprudencial de la Corte Constitucional. Proclama en su artículo 1 que Colombia es un “Estado Social de Derecho”, basado “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Asume en su artículo 58 que la propiedad es en sí misma una *función social en sí misma* y no su límite externo:

La propiedad es una *función social que implica obligaciones*. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación, podrá adelantarse por

¹²⁰ A partir de la reforma del año 2000 se reconoce explícitamente el derecho a la vivienda como un derecho fundamental.

¹²¹ Courtis, Christian (2014) “Los derechos económicos, sociales y culturales”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXIX. Madrid: Editorial Dykinson/ Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 1584-1585.

vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso administrativa, incluso respecto al precio.

Ampara ampliamente los derechos económicos sociales y culturales, así como a los denominados derechos colectivos y del ambiente, en el que se incluyen los derechos de los consumidores y usuarios, el derecho de gozar de un ambiente sano, la planificación del manejo y gestión de los recursos naturales y la protección del espacio público.

Incluye como derechos fundamentales, derechos sociales, como el derecho a la protección especial del Estado a aquellas personas “que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”; el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, con protección especial del Estado, y la libertad sindical. Como derechos económicos y sociales se incluyen: la protección a la familia, de la maternidad, los derechos de los niños y adolescentes, los derechos de las personas de la tercera edad, los derechos de las personas con discapacidad, el derecho a la seguridad social, el derecho a la atención de la salud y al saneamiento ambiental a cargo del Estado, el derecho a la vivienda digna, el derecho a la recreación, práctica del deporte y aprovechamiento del tiempo libre, los derechos laborales individuales y colectivos, con detalle de los principios mínimos fundamentales que deben guiar el dictado de la ley, la *función social y ecológica* de la propiedad, la promoción del acceso a la propiedad, inclusive el acceso a la tierra de los trabajadores agrarios, la protección estatal de la producción de alimentos, el derecho a la educación, la autonomía universitaria, el acceso a la cultura, la protección del patrimonio cultural por parte del Estado y la gestión y control del Estado del espectro electromagnético¹²².

g) La reforma de la Constitución argentina de 1994

En 1994 la Constitución argentina de 1853 es reformada por la Convención Nacional Constituyente y, en el marco de esa reforma, el

¹²² Ibidem, p. 1586.

artículo 14 bis desarrolla los principios del Estado Social al reconocer los derechos económicos, sociales y culturales.

El artículo 14 bis declara que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de la leyes, las que asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados, retribución justa; salario mínimo vital móvil, igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Se declara que queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y arbitraje; el derecho de huelga.

La reforma de 1994, en el artículo 75, inciso 19, proclama como valores fundamentales que debe proveer la legislación: “al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

IX. NUEVA OLA DE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINO-AMERICANO (1999-2009)

Nuevos procesos constituyentes en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) marcan una nueva etapa en la constitucionalización de los derechos sociales, económicos y culturales, más allá de la naturaleza de los regímenes que los impulsaron. En ese sentido, coincidimos con Petit con la defensa del Estado Social *bajo un sistema democrático* que garantice la pluralidad política¹²³.

En primer lugar, debe destacarse a la Constitución venezolana de 1999, que hasta un destacado jurista crítico del régimen chavista como

¹²³ Petit Guerra, Luis, op. cit. p. 44.

Brewer-Carías considera como de origen democrático¹²⁴. En su artículo 2 proclamó a la República Bolivariana de Venezuela como “*Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

El artículo 3 declara los fines del Estado Social:

El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

Dedica un capítulo a los “derechos sociales y de las familias”. Se declara la protección a las familias como “asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”; se garantiza la protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia; se protege el matrimonio y las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer; los niños, niñas y adolescentes son sujetos de pleno derecho que estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados; se garantizará a ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías; se reconoce el derecho de toda persona con discapacidad o necesidades especiales “al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria” y la obligación del Estado de garantizar “el respeto a la dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley”; el derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las

¹²⁴ Brewer-Carías, Allan (2004) *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo I, Colección Textos Legislativos núm. 20. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 47.

relaciones familiares, vecinales y comunitarias; se declara a la salud como “derecho social fundamental” y se establece que el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad; se declara que los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados; se garantiza el derecho a la seguridad social como un servicio público de carácter no lucrativo; se reconoce el derecho de toda persona al trabajo; se garantiza el derecho de la igualdad y equidad de los hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo; se reconoce el trabajo del hogar “como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social”, así como el derecho de las amas de casa a la seguridad social; se declara que el trabajo gozará de protección del Estado y se especifican los principios protectores del trabajo; se establece la jornada de trabajo diurna de ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales; derecho al descanso semanal y vacaciones remuneradas; el derecho a un salario mínimo vital; se garantiza mediante la ley la estabilidad en el trabajo y se dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado; se reconoce el derecho a la sindicalización y se prevé que las organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa; se reconoce a todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y privado a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, así como el derecho de huelga, en las condiciones que establezca la ley.

Se dedica un capítulo a los “derechos culturales y educativos” que reconoce la educación como “derecho humano y un deber social fundamental”. Se la declara como *servicio público*. Se le reconoce a toda persona a “una educación integral de calidad permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones”. Se reconoce el derecho a la autonomía universitaria, así como el derecho al deporte y a la recreación.

En materia de derechos económicos se garantiza el derecho de propiedad que “estará sometida a las contribuciones, restricciones y

obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”. Solo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. En materia de derechos de los pueblos indígenas se dedica un capítulo. Se les reconoce su existencia, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.

El artículo 299 de la Constitución de 1999 —dentro del Título VI (“Del Sistema Socioeconómico”)— declara que el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta “en principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una *existencia digna*¹²⁵ y provechosa para la colectividad”. Se prevé como instrumento del desarrollo económico a la *planificación estratégica democrática*.

La Constitución ecuatoriana de 2008, proclama en su artículo 1 que el Ecuador “*es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*” (cursiva agregada).

Se reconoce el derecho a un hábitat seguro y saludables y a una vivienda adecuada y digna; la salud es garantizada por el Estado; se declara al trabajo como un derecho y deber social, así como un derecho económico “fuente de realización personal y base de la economía”; la seguridad social es declarada un derecho irrenunciable de todas las personas” y garantiza incluso a quienes se encuentran en situación de desempleo; se reconoce el derecho de atención prioritaria y derechos especiales a las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de su libertad y personas que padezcan de enfermedades catastróficas o de

¹²⁵ Petit Guerra, Luis, op. cit. p. 43, resalta este enunciado como categoría especial que permite desarrollar contenidos mínimos de los derechos sociales.

alta complejidad; se reconoce el derecho a la educación y se declara que se garantizará su acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y su obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato;

Se declara que el régimen de desarrollo es “el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales que garantizan la realización del buen vivir (del *sumak kawsay*)”; se establece que el sistema descentralizado de planificación participativa organizará la planificación para el desarrollo; se proclama que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objeto garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.

La Constitución boliviana de 2009 proclama a Bolivia en su artículo 1 como “un Estado Unitario *Social de Derecho* Plurinacional Comunitarios, libre independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”;

Se declara que el Estado se sustenta en: “los valores de unidad, igualdad, inclusión, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales para vivir bien”; se reconoce el derecho al agua y a la alimentación; se declara el derecho a la educación en todos los niveles, así como la gratuidad de la educación fiscal hasta el nivel superior; se garantiza el derecho a la salud mediante un sistema único de salud, universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social”; se declara el derecho al acceso universal y equitativo de los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones; se ampara como derecho de acceso universal al derecho a la seguridad social; se garantiza los derechos sociales al trabajo, a la negociación colectiva; a la solución de los conflictos laborales mediante tribunales y

organismos administrativos especializados; el derecho a la sindicalización y a la huelga.

En materia del régimen económico se dedica un Título a la “Organización Económica del Estado”. Se consagra un régimen de economía mixta, constituida por formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa a la que se denomina como “modelo plural”, que “está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todos los bolivianos y bolivianas”.

X. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS (1999-2009)

Durante la Segunda Guerra Mundial, el Presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, quien había impulsado el *New Deal* —basado en la intervención del Estado para combatir la recesión económica— en su mensaje de 6 de enero de 1941 afirmó que conjuntamente con las libertades de expresión, a la libertad religiosa y a la preocupación por la seguridad internacional, al “derecho de estar al abrigo de las necesidades”¹²⁶.

El primer antecedente de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948.

La subdivisión entre diversos tipos de derechos humanos se debe a Karel Vasak (1977), con la famosa *teoría de las tres generaciones*, que pese a su uso extendido puede inducir a criterios de jerarquía de los derechos humanos¹²⁷.

¹²⁶ Pisarello, Gerardo (2014) “El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*. Op. ci., Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXIX. Los derechos económicos, sociales y culturales. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 1906.

¹²⁷ Fernández Liesa Carlos (2014) “Naciones Unidas, sociedad internacional y Derecho internacional de los derechos humanos”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E.

Desde las primeras declaraciones internacionales se consolidó una concepción integradora de los derechos humanos, descartando una separación entre derechos civiles y políticos con relación a los derechos económicos, sociales y culturales- conocidos por las siglas DESC¹²⁸.

Entre los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Americana se encuentran: el derecho de protección a la maternidad (artículo VII); el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI); al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV); al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV); y a la seguridad social (artículo XVI).

Empero, se considera que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, como el punto de partida del derecho internacional de los derechos humanos, tal como se los concibe en la actualidad. La inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración Universal fue apoyada por Eleanor Roosevelt, viuda del presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, presidenta del Comité de Redacción de la Declaración¹²⁹.

Otro hito histórico a nivel internacional en el reconocimiento de esos derechos ha sido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU y vigente en el Perú desde el 28 de julio de 1978. Es considerada la Carta Magna de los mismos¹³⁰.

Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro I, Capítulo II. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 184.

¹²⁸ Salmón, Elizabeth (2010) *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, p. 21.

¹²⁹ Courtis, Christian (2014) “Los derechos económicos, sociales y culturales”, cit. pp. 1593-1594.

¹³⁰ Fernández Liesa Carlos (2014) “Naciones Unidas, sociedad internacional y Derecho internacional de los derechos humanos”, cit., p. 184.

En el párrafo 2.1 del artículo 2 del PIDESC, se prevé que la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos consagrados en el Pacto está referida a la *máxima disponibilidad de recursos* y a la aplicación progresiva de la efectividad de los derechos:

Cada uno los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Debe resaltarse que el compromiso de los Estados Parte de adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga Con relación al *máximo de recursos disponibles* para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —CESCR— de las Naciones Unidas ha confirmado la relevancia de dirigir áreas de prioridad con un contenido mínimo esencial para las personas más vulnerables¹³¹.

El precitado artículo 2 estipula la obligación de “efectividad progresiva”, que implica “una tendencia continua y creciente en las medidas de cada Estado”¹³².

De la obligación de los Estados Parte de implementación progresiva se infiere la obligación de *no regresividad*, esto es, la prohibición de la adopción de medidas y políticas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adopción del correspondiente tratado internacional, o bien en cada mejora progresiva.

¹³¹ Seatzu Francesco (2014) “El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y la vigilancia de su aplicación”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro I, Capítulo VIII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, cit., p. 607.

¹³² *Ibidem*, p. 605.

En esa dirección, el CЕССR ha reconocido que las medidas han de ser “progresivas” y no “medidas deliberadamente retrógradas” que recortarían las inversiones públicas en asistencia sanitaria, educación primaria y servicios sociales. La doctrina de la no regresividad de los derechos sociales fundamentales no es ajena al constitucionalismo del Estado Social. Así, Hesse ha propuesto en materia de derechos sociales la tesis de la irreversibilidad (*Nictumkehrbarkeitstheorie*) de modo que si bien de la Norma Suprema, directamente no es posible inferir el contenido sustantivo de la vinculación social del Estado, éste ha de ser determinado por el propio legislador y en su caso, por la Administración. Una vez determinado, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas es inconstitucional¹³³.

En el terreno del derecho a la educación, el PIDESC, en el párrafo 1 del artículo 13 declara que los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a la educación y convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. En su párrafo 2, el mencionado artículo 13 del PIDESC reconoce que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

¹³³ Hesse, Konrad (1978) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg-Karlsruhe, pp. 86-87, citado por Parejo, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública*, Madrid: Civitas, p. 54.

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

En el ámbito del *derecho a la salud*, el PIDESC en su artículo 12 reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

En el literal b) del párrafo 2 del artículo 12, el PIDESC estipula como medida que deberán adoptar los Estados Parte para asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. Esta medida implica velar por el suministro adecuado de agua potable y la creación de condiciones sanitarias básicas. Asimismo, la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos.

Debe resaltarse el literal d) del párrafo 2 del artículo 12, que establece que entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, está la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Con relación con el *derecho a la seguridad social*, el PIDESC, en su artículo 9, declara que: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Es importante destacar que el *derecho a la vivienda* es reconocido en el artículo 11, párrafo 1 del PIDESC.

A nivel regional, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* es adoptada el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978. Como anotan Rey Cantor y Rey Anaya, en el actual Estado Constitucional existe un:

(...) binomio de compatibilización/armonización de la Constitución y la Convención, integrando la supremacía de la Constitución con la supremacía de la Convención, calificándose legítimamente como un Estado Constitucional que ha constitucionalizado la internacionalización de los derechos humanos para la protección de la libertad en una sociedad democrática¹³⁴.

La Convención Americana consagró veintitrés artículos para la protección de los derechos civiles y políticos y reservó dos disposiciones para los DESC: los artículos 26 y 42. Faúndez puntualiza que en la Convención Americana se encuentran también determinados derechos que tienen evidentes implicancias económicas y sociales, tales como el derecho de propiedad, el derecho a la asociación, el derecho a la familia y los derechos del niño, contenidos en el PIDESC y en el Protocolo de San Salvador¹³⁵.

Debe destacarse el artículo 26 de la Convención Americana que Salmón resalta por la obligación de progresividad que contiene¹³⁶:

Los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como a nivel como mediante la cooperación internacional, es-

¹³⁴ Rey Cantor, Ernesto y Angela Margarita Rey Arana (2014) “De la supremacía de la Constitución a la supremacía de la Convención americana sobre derechos humanos”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro II, Capítulo XVI. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 1108.

¹³⁵ Faúndez, Héctor (2004) “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano”. En: Volio, Lorena (coord.), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. Tomo II, San José de Costa Rica: Editorama, pp. 98-99, citado por Salmón, Elizabeth (2010) *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*, cit. p. 30.

¹³⁶ Salmón, Elizabeth (2010) *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*, op. cit. p. 31.

pecialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Salmón concluye que los alcances del artículo 26 de la Convención Americana deben seguir un derrotero que “empieza por la comprensión de la obligación de progresividad que efectivamente vincula a los Estados Partes de la misma, pasa luego por la identificación de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA y termina con la Declaración Americana que permite de dotar de contenido concreto a los derechos identificados”¹³⁷.

En esa misma dirección de afirmación a nivel regional de los DESC, en 1988, durante la XVII Asamblea General de la OEA, reunida en San Salvador se aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador.

El derecho al trabajo fue reconocido en el artículo 6 del Protocolo de San Salvador, y en conexión con este derecho, se ampara el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7). Debe destacarse el artículo 9, párrafo 1 del Protocolo de San Salvador se reconoce el derecho a la *seguridad social* como el derecho de toda persona a la protección contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En su párrafo 2, el precitado artículo 9 prevé que cuando se trate de personas que se encuentran trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional.

El artículo 10 del Protocolo de San Salvador se refiere a la protección al *derecho a la salud*, entendido como el disfrute *del más alto nivel de*

¹³⁷ Ibídem, p. 37.

bienestar físico, mental y social. Esta disposición prevé que con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Parte se comprometen a reconocer la salud como un *bien público* y particularmente a adoptar las siguientes las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a) La atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la *asistencia sanitaria esencial* puesta al alcance de *todos* los individuos y familiares de la comunidad.
- b) La extensión de los beneficios de los *servicios de salud* a *todos* los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.
- c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.
- d) La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.
- e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud.
- f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

El Protocolo de San Salvador, en el párrafo 3 de su artículo 13, desarrolla los siguientes contenidos del *derecho a la educación*:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.
- b) La enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
- d) Se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

- e) Se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción o formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

El derecho a la educación está conexas directamente con el derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14).

Asimismo, entre los derechos sociales reconocidos está la protección a la familia (artículo 17); a la protección a los niños (artículo 16); los ancianos (artículo 17) y las personas con discapacidad (artículo 18).

Cabe señalar que el párrafo 5 del precitado artículo 13, precisa que: “Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados Parte”.

De otro lado, la *seguridad social* es desde el origen del Estado de Bienestar un derecho a prestaciones del poder público¹³⁸.

En el contexto actual de internacionalización de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, un primer paso fundamental es que los Estados Parte incorporen expresamente en sus textos constitucionales el reconocimiento de estos derechos. En este proceso de constitucionalización de los derechos a acciones positivas del Estado, los textos fundamentales deben reconocer la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos o reconocerlos como integrantes del derecho interno, tal como lo hizo el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979, que declaró:

¹³⁸ Monereo Pérez, José Luis (2002) “El derecho a la seguridad social”. En: José Luis Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, p. 1426. A nivel de instrumentos internacionales debe destacarse el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, núm. 102, “Norma mínima de seguridad social” que viene a cristalizar el *standard* mundial y el ideal de cobertura en materia de seguridad social. La Organización Internacional del Trabajo propugna en esta materia que los sistemas de seguridad social deben estar acompañados de políticas públicas que los hagan viables y efectivos.

Art. 105.-Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

La Constitución peruana de 1993 no reconoce explícitamente la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos. Empero, en su Cuarta Disposición Transitoria y Final establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Se trata de una disposición que encuentra su antecedente en el artículo 10. 2 de la Constitución española de 1978.

Así, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución peruana de 1993 reconoce a los tratados internacionales relativos a derechos humanos como *parámetro interpretativo* sobre los derechos constitucionales. Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú afirma que, conforme a la precitada disposición de la Constitución, los mencionados tratados internacionales forman parte del *bloque de constitucionalidad*. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 1776-2004-AA/TC, “Caso Víctor Augusto Morales Medina”. En su fundamento 16 la sentencia declaró que:

También se trata de un compromiso supranacional proveniente del artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento que, al amparo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del TP del CPC°, forma parte del bloque de constitucionalidad aplicable al derecho fundamental a la pensión.

De este modo, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución peruana de 1993 implica “una vinculación interpretativa a lo establecido en los tratados internacionales, que están en un continuo proceso de despliegue de potencialidades debido a su función promocional de los derechos fundamentales”¹³⁹.

¹³⁹ Viciano Pastor Roberto y Rosario Serra Cristóbal (2006) En: José Luis Monereo y otros (dir.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, p. 191.

En la STC Exp. 00025-2005-AI/TC y 00026-2005-AI/TC, fundamento 33, el Supremo Tribunal concluyó que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de rango constitucional, dado que los derechos que reconocen son del mismo rango.

XI. PROYECCIONES DEL ESTADO SOCIAL EN EL SIGLO XXI Y LA POSTPANDEMIA

Coincidimos con Ramos Pascua, quien conceptúa como nota esencial del Estado Social ser el único de *Estado intervencionista* que asume la responsabilidad de garantizar un mínimo de bienestar para todos los ciudadanos¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Ramos Pascua, Jorge (2011) *La ética interna del derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*. Sevilla: Editorial Desclee, p. 120. Citado por Petit Guerra, Luis (2015) *El Estado Social. Los contenidos constitucionales de los derechos sociales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana/Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, p. 55. Aquí hay que aclarar el término “intervencionismo”, siguiendo a Polanyi, Karl (2003) “*La gran transformación. Los orígenes de políticos y económicos de nuestro tiempo*”, prologado por Joseph Stiglitz. México: Fondo de Cultura Económica, p. 205: “En términos estrictos, el liberalismo económico es el principio organizador de una sociedad donde la industria se basa en la institución de un mercado autorregulado. Es cierto que, una vez establecido aproximadamente tal sistema, se requiere menos intervención de cierto tipo. Pero esto dista mucho de significar que el sistema de mercado y la intervención sean términos mutuamente excluyentes. Mientras no se establezca ese sistema, los liberales económicos deberán pedir la intervención del Estado al fin de establecerlo, y a fin de mantenerlo una vez establecido, y lo harán sin vacilar. Por lo tanto, el liberal económico puede pedir que el Estado use la fuerza de la ley, sin ninguna inconsistencia, puede apelar incluso a las fuerzas violentas de la guerra civil para establecer las condiciones necesarias para un mercado autorregulado. En los Estados Unidos, el sur apeló a los argumentos del *laissez-faire* para justificar la esclavitud; el norte apeló la intervención de las armas para establecer un mercado libre de mano de obra. Así pues, la acusación de intervencionismo formulada por autores liberales es un lema vacío, ya que implica la denuncia del mismo conjunto de acciones según que lo aprueben o no. El único principio que pueden mantener los liberales económicos sin inconsistencia es el del mercado autorregulado, ya lo involucre en intervenciones o no”.

El denominado *Estado de Bienestar* sería la versión anglosajona del Estado Social: el que nace producto del *Welfare State*, cuyos exponentes encuentran soporte en Keynes —en orden del pensamiento económico y en Beveridge, quien demostró la viabilidad de los programas de seguridad social en orden de la acción política. Se debe resaltar que, en Reino Unido, en el que hubo etapas en el siglo XX de marcado intervencionismo redistributivo, así como en Suecia, país en el que se desarrolló un modelo exitoso de Estado de Bienestar, no hay un reconocimiento constitucional de los derechos sociales fundamentales¹⁴¹. En cambio, el Estado Social —objeto de nuestro estudio— aparece como regulación directa y expresa en los textos constitucionales¹⁴².

Pedro de Vega ha subrayado que la globalización ha producido la reducción del espacio público, la aniquilación de la política y la sustitución de la razón política por la razón técnica¹⁴³. En efecto, la globalización al basarse en un discurso técnico no es portadora de valores como sí lo es el Estado Social. Hobsbawm anota sobre el mercado libre que:

(...) no tiene respuesta al principal problema que enfrenta el siglo XXI: que el ilimitado crecimiento económico cada vez más altamente tecnológico en busca de beneficios insostenibles produce riqueza global, pero a costa de un factor de producción cada vez más prescindible, el trabajo humano y, podríamos añadir de los recursos naturales del globo¹⁴⁴.

¹⁴¹ Judt, Tony (2011) *Algo va mal*. Taurus: Madrid, p. 78. anota sobre Suecia: “Para los socialdemócratas, especialmente, en Escandinavia, el socialismo era un concepto distributivo. Se trataba de garantizar que la riqueza y los activos no se concentraran de manera desproporcionada en manos de unos pocos privilegiados. Y esto, como hemos visto, era en esencia una cuestión moral: a los socialdemócratas, lo mismo que a los críticos de la ‘sociedad comercial’ del siglo XVIII, les resultaban ofensivas las consecuencias de la competencia no regulada”

¹⁴² Petit Guerra, Luis, op. cit., pp.118-120.

¹⁴³ De Vega, Pedro (1988) “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. En: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, abril-junio. Citado por Fernández Liesa, Carlos (2014) “Naciones Unidas, sociedad internacional y Derecho internacional de los derechos humanos”, cit., p. 184

¹⁴⁴ Hobsbawm, E., op. cit., p. 424.

Así, más allá de los límites de la globalización capitalista y su falencia de valores humanos, Aragón señala que actualmente no existe alternativa para el Estado Social:

El problema de nuestro tiempo no creo que sea, en consecuencia, el del Estado social sí o Estado social no, sino el de más o menos Estado social. Lo que habría que discutir me parece, es la intención y las formas de actuación del Estado en el ejercicio de tareas sociales¹⁴⁵.

Con otra perspectiva más crítica, Sotelo llega a la misma conclusión: la cuestión es “que tipo de Estado Social prevalecerá en el futuro”¹⁴⁶.

El destacado historiador Tony Judt, al preguntar que pervive y que ha muerto en la socialdemocracia, en el siglo XXI concluye:

Pero hay una distinción significativa entre ‘socialismo’ y ‘socialdemocracia’. El socialismo buscaba el cambio transformador: el desplazamiento del capitalismo por un régimen basado en un sistema de producción y propiedad completamente distinto. Por el contrario, la socialdemocracia representaba un compromiso: implicaba la aceptación del capitalismo —y de la democracia parlamentaria— como marco en el que se atenderían los intereses de amplios sectores de la población que hasta entonces habían sido ignorados.

Estas diferencias son importantes. El socialismo —bajo sus numerosas guías y avatares con guiones— ha fracasado. La socialdemocracia no solo ha llegado al poder en muchos países, sino que su éxito ha superado los sueños más ambiciosos de sus fundadores. Lo que a mediados del siglo XIX era idealista y, cincuenta años después un desafío radical, se ha convertido en la política cotidiana en muchos Estados liberales¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Aragón Reyes, Manuel (1998) El marco económico y social en el constitucionalismo democrático. En Durán López (coord.), *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, p. 28. Citado Blancas Bustamante, C. (2011) *La Cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 111.

¹⁴⁶ Sotelo, Ignacio (2010) *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero/Editorial Trotta, p. 231.

¹⁴⁷ Judt, Tony, op. cit., pp. 212.213.

Sin embargo, consideramos que el marxismo —que fue el pensamiento que históricamente originó a la socialdemocracia y al comunismo— sigue siendo vigente intelectualmente en el siglo XXI como crítica a la explotación y a la alienación¹⁴⁸. Como anotó sir John Hicks, premio nobel de Economía: “La mayoría de aquellos que desean establecer un curso general de la historia... utilizarían las categorías marxistas o una versión modificada de las mismas, puesto que hay pocas versiones alternativas disponibles”¹⁴⁹.

Como anota Judt, pese al auge del neoliberalismo de fines del siglo XX, el Estado de Bienestar:

(...) no ha perdido ni un ápice de popularidad entre sus beneficiarios: en ningún país de Europa ha votado el electorado a favor de acabar con la sanidad pública y la educación gratuita o subvencionada, o de reducir la provisión pública de transporte y otros servicios esenciales¹⁵⁰.

Delgado Güembes —quien asume a la globalización capitalista como paradigma— la describe como un proceso en el cual el ser humano se transforma en un sujeto deshumanizado en una sociedad de mercado:

(...) En el paradigma de la globalización el espacio para el Estado tiene una justificación especial como medio para contradecir los poderes organizados de las empresas transnacionales (entre las que cabe subrayar las de tipo mediático) cuyo marketing deshumaniza imperceptible y gradualmente al consumidor convirtiéndolo en un sujeto autista cada vez más desconectado de su entorno físico inmediato y cada vez más, recíprocamente, inutilizado en la dimensión alucinatoria del tipo de existencia al que se reduce (...) El Estado en este contexto, sigue siendo la agencia que debe asegurar el

¹⁴⁸ Veca, Salvatore, (1992) “Marx e la Teoria della giustizia”. En *Teoría Política*. Vol. IX, núm. 2, p. 49. Citado por Fernández García, Eusebio (2014) “El marxismo y los derechos humanos en el siglo XX”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porrás (dirs), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. II, Capítulo II. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 65.

¹⁴⁹ Citado por Hobsbawm, E., op. cit., p. 25.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 21.

equilibrio y ello a pesar de la vigencia de organizaciones basadas en presupuestos incluso superiores a los que manejan muchos estados nacionales¹⁵¹.

En este contexto, Contreras propone una *dimensión pedagógica y moral* del Estado Social, que no debe confundirse con el paternalismo que minimiza a los ciudadanos:

Si se nos dice que la dimensión educativa-moralizante del Estado social supone una forma de paternalismo, no habrá nada que objetar. Y es que son posibles muchas variedades de paternalismo, y no todas necesariamente puerilizantes ni antidemocráticas. Es nocivo, según razonamos (...), el tipo de paternalismo que fomenta la apatía y la irresponsabilidad en los ciudadanos. Pero la tarea 'pedagógica' que debe desplegar el Estado social no pretende infantilizar a los individuos, sino todo lo contrario: despertarlos, mantenerlos alerta, recordándoles que existen 'perdedores', que existe un sufrimiento social del que son corresponsables y por el que se deben sentir interpelados. La misión didáctica del Estado social solo aspira a esto: impedir que el ciudadano 'integrado' se adormezca en la autosatisfacción pequeño-burguesa, evitar que se recluya en la fortaleza privada, en el prosaico fanal de la casa-coche-trabajo; recordarle que es miembro de una comunidad y que tiene responsabilidades hacia ella. Este 'paternalismo' cívico del Estado social no supone ningún peligro para la democracia (antes bien, el peligro acecha en el privatismo rampante y el desmembramiento de la comunidad)¹⁵².

La pandemia del coronavirus estallada en 2020, como señala Gray marca un punto de inflexión en la historia y el fin del capitalismo neoliberal. Así, el filósofo británico describe los efectos en el Estado británico y a nivel mundial de esta pandemia:

La era del apogeo de la globalización ha llegado a su fin. Un sistema económico basado en la producción a escala mundial y en largas cadenas de abastecimiento se está transformando en otro mundo interconectado, y un modo de vida impulsado por la movilidad incesante tiembla y se detiene.

¹⁵¹ Delgado Güembes, César (2015) *Olvido constitucional y vacío representativo en el Perú*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, p. 85.

¹⁵² Contreras Peláez, Francisco José (1996) *Defensa del Estado Social*. Salamanca: Universidad de Sevilla, p. 82.

Nuestra vida va a estar más limitada físicamente y a ser más virtual que antes. Está naciendo un mundo más fragmentado que, es cierto modo puede ser más resiliente.

El otrora formidable Estado británico se está reinventando rápidamente y a una escala nunca vista. El Gobierno, actuando poderes de emergencia autorizados por el Parlamento, ha tirado por la borda la ortodoxia económica. El Servicio Nacional de Salud, maltratado por años de estúpida austeridad —al igual que las Fuerzas Armadas, la policía, las prisiones, los bomberos, los cuidadores y los limpiadores— está contra las cuerdas, pero, gracias a la noble dedicación de sus trabajadores se mantendrá a raya el virus. Nuestro sistema político sobrevivirá intacto. No habrá muchos países tan afortunados. Los Gobiernos de todo el mundo se debaten en el estrecho callejón entre suprimir el virus y aplastar la economía .

En el Perú se ha pagado un alto precio con la pandemia, entre otras razones, por no haberse reducido en el decenio anterior el déficit social en públicos servicios sanitarios, lo que ha costado decenas de miles de fallecidos, entre ellos miembros del sacrificado personal médico y sanitario.

El Estado Empírico —como denominó Basadre al Estado peruano en la guerra con Chile— se ha manifestado nuevamente en toda su disfuncionalidad con la falta de servicios sanitarios, de personal de salud debidamente protegido, de unidades de cuidados intensivos, de ventiladores, de oxígeno y de pruebas moleculares para la detección del virus.

El Estado Empírico ha evidenciado sus falencias en el fracaso en la ejecución de la entrega del Bono Familiar Universal, al no existir en el Estado Peruano una base de datos actualizada sobre necesidades de los hogares peruanos de extrema pobreza. No se ha llegado aún de manera universal a los más pobres. Una de las manifestaciones del constitucionalismo de la igualdad deber ser una renta básica universal. Como sostiene Carbonell:

Creo que en toda América latina el tema tiene un interés añadido, puesto que en la región la solidez de las prestaciones sociales ha estado ausente en nuestra historia reciente, pero sobre todo porque el actual escenario económico y social incrementa la vulnerabilidad de grupos importantes de personas, que se enfrentan con igual impotencia a los excesos de una

globalización ingobernada y de una burocracia arbitraria y en buena medida corrupta .

En estos días, desde la doctrina social católica, el Papa Francisco en la encíclica *Fratelli Tutti*, de 3 de octubre de 2020, ha denunciado el fracaso del neoliberalismo en esta pandemia:

El mercado no lo resuelve todo, aunque otra vez nos quieren hacer creer este dogma de fe neoliberal. Se trata de un pensamiento pobre, repetitivo, que propone siempre las mismas recetas frente a cualquier desafío que se presente. El neoliberalismo se reproduce a sí mismo sin más, acudiendo al mágico ‘derrame’ o ‘gotero’ sin nombrarlo -como único camino para resolver los problemas sociales (...) El fin de la historia no fue tal, y las recetas dogmáticas de la teoría económica imperante mostraron no ser infalibles. La fragilidad de los sistemas mundiales frente a las pandemias ha evidenciado que no todo se resuelve con la libertad de mercado y que, además de rehabilitar una sana política que no esté sometida al dictado de las finanzas, ‘tenemos que volver a llevar la dignidad humana al centro y que sobre ese pilar se construyen las estructuras sociales alternativas que necesitamos’ (párrafo 168).

A nuestro juicio, con la quiebra del capitalismo en su modelo neoliberal, a nivel mundial resurgirá el Estado de Bienestar en los países desarrollados y en América Latina con el derrumbe del paradigma del Consenso de Washington, se reafirmará la necesidad de su efectiva edificación mediante el aumento de la presión tributaria y mayor gasto público —con cláusulas constitucionales de asignación presupuestal determinada— para asegurar la tutela efectiva de los derechos sociales fundamentales, como propone el constitucionalismo de la igualdad.. En el Perú, además hace imperativa una reforma de la Constitución en el capítulo de los derechos sociales y en el régimen económico y financiero.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO PRIMERO

El pensamiento socialista democrático ha sido una de las principales fuentes del origen y desarrollo del Estado Social. En la cristalización del concepto del Estado Social se debe destacar el aporte del jurista alemán Hermann Heller. Diferenció al Estado de Derecho —liberal y burgués—

y el nuevo Estado social de derecho, precisando que el primero solo atiende a la vertiente formal del principio de igualdad de derechos (la igualdad ante la ley, al margen que no haya una situación de igualdad para disfrutar los derechos) mientras que el segundo atiende a la igualdad en sentido material, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalentes a los socialmente privilegiados. En ese sentido, Heller —siguiendo a Lassalle— preconiza una democracia social que convierta en jurídico-público el orden jurídico privado del trabajo y la propiedad privada.

Un concepto clave en la definición del Estado Social es el de la procura existencial, acuñado por Forsthoff, mediante prestaciones sociales, como parte de su función de distribución de la riqueza.

García Pelayo, si bien considera que las medidas concretas de la procura existencial pueden ser cambiantes según el contexto, considera que incluyen:

- (i) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana y la civilización.
- (ii) La seguridad de los distintos aspectos vitales en la seguridad nacional.
- (iii) La realización de una serie de prestaciones sociales como: a) la fijación de un salario vital mínimo, revisable de acuerdo con la coyuntura económica nacional; b) La procura de un puesto de trabajo para todo ciudadano útil para lo cual debe desarrollarse una política de pleno empleo; c) La atención de los que están incapacitados para el trabajo temporal o permanentemente; d) El acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población mediante la justa distribución de ingresos de acuerdo con la coyuntura económica, el creciente acceso a bienes culturales, y la expansión y el perfeccionamiento de los servicios sociales, principalmente el sistema de seguros.

Asimismo, debe asumirse los aportes de Ridder sobre la triple dimensión del principio de Estado Social:

- (i) *La referencia social de los derechos fundamentales (Sozialbezug der Grundrechte)*. Tiene dos consecuencias: a) la interdicción de toda

perversión de los derechos de libertad, convirtiéndolos en garantía de situaciones de falta de libertad por olvido de las verdaderas condiciones de poder social de las minorías que ostentan de hecho propiedades importantes. Su aplicación implica la potenciación de la protección de los socialmente débiles con simultánea debilitación de la protección de los socialmente privilegiados; b) La ilegitimidad constitucional de la interpretación del principio de igualdad como mera exigencia de igualdad formal.

- (ii) *La vinculación social del Estado (Sozialpflichtigkeit des Staates)* que obliga: a) en la interpretación de la legislación vigente en sentido más favorable a la igualdad social, b a establecer tratos diferenciados por motivos de justicia social; c) declaración de inconstitucionalidad de las normas legales que contravengan el principio de Estado Social. Asimismo, comprende la obligación de prestar ayuda en situaciones de necesidad social y la responsabilidad del Estado por la cobertura de las necesidades de sus ciudadanos.
- (iii) *La obligación del Estado de articular la sociedad sobre bases democráticas (Homogenisierung von Staat und Gesellschaft)* que supone la exigencia del Estado de reoper sobre la sociedad para conseguir su estructura democrática.

En la definición de la Cláusula del Estado Social, se debe destacar sus antecedentes en el derecho comparado. Así, la idea de que la Constitución es un instrumento de transformación de las relaciones socio-económicas emerge con la Constitución italiana de 1947 que establece en su artículo 3, el principio de igualdad sustantiva o material que da testimonio “*de una democracia siempre de frontera, móvil, nunca realizada del todo y definida como meta que se mueve*”. El Estado Social, aunque no explícitamente proclamado está de hecho formulado en el precitado párrafo 3.2 del artículo 3 de la Constitución de 1947. En Alemania, el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn (1949) declara en su párrafo 1 que la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y *social*. En Francia, el artículo 2 de la Constitución de 1958, proclama que Francia es una República indivisible, laica, democrática y *social*. De

este modo, incorpora la Cláusula del Estado Social en la definición de la República.

En España, el párrafo 1. 1 del artículo 1 de la Constitución de 1978 proclama que: “España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho* que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la *justicia*, la igualdad y el respeto al pluralismo político”. En la doctrina se afirma sobre la eficacia jurídica de la Cláusula del Estado Social que: (i) afirma la fijación teleológica del Estado social; (ii) goza del valor interpretativo del resto del ordenamiento; (iii) constituye un parámetro de constitucionalidad.

En América Latina, se debe resaltar a la Constitución mexicana de 1917, la primera Constitución social del mundo, que introduce conceptos como la propiedad originaria de la Nación sobre tierras y aguas, el derecho de propiedad bajo las modalidades del interés público, la protección de los recursos naturales y los derechos sociales de los trabajadores.

En las últimas décadas del siglo XX se debe resaltar los principales avances del constitucionalismo social latinoamericano, salvo la excepción regresiva y autoritario de la Constitución neoliberal chilena de 1980. La Constitución colombiana de 1991 —con marcada influencia del neoconstitucionalismo de la Constitución española de 1978— es un documento emblemático de la afirmación y consolidación institucional del Estado Social de Derecho, particularmente por la obra jurisprudencial de la Corte Constitucional. Proclama que Colombia es un “*Estado Social de Derecho*”, basado “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Finalmente, sostenemos que en la definición de los alcances, efectos y proyección garantista de la Cláusula del Estado Social se debe reconocer a los tratados internacionales de derechos humanos que protegen a los derechos económicos, sociales y culturales. El primer antecedente de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948. Desde las primeras declaraciones internacionales se configuró la idea de una concepción integradora de los derechos humanos, descartando una

separación entre derechos civiles y políticos con relación a los derechos económicos, sociales y culturales —conocidos por las siglas DESC—. Asimismo, se considera que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, como el punto de partida del derecho internacional de los derechos humanos, tal como se los concibe en la actualidad.

Otro hito histórico a nivel internacional en el reconocimiento de esos derechos ha sido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU y vigente en el Perú desde el 28 de julio de 1978. Es considerada la Carta Magna de los mismos. En el párrafo 2.1 del artículo 2 del PIDESC, la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos consagrados en el Pacto está referida a la máxima disponibilidad de recursos y a la aplicación progresiva de la efectividad de los derechos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que las medidas han de ser “progresivas” y no “medidas deliberadamente retrógradas” que recortarían las inversiones públicas en asistencia sanitaria, educación primaria y servicios sociales. La doctrina de la no regresividad de los derechos sociales fundamentales no es ajena al constitucionalismo del Estado Social. Así, Hesse sostiene en materia de derechos sociales la tesis de la irreversibilidad (*Nictumkehrbarkeitstheorie*) de modo que si bien de la Norma Suprema, directamente no es posible inferir el contenido sustantivo de la vinculación social del Estado, éste ha de ser determinado por el propio legislador y en su caso, por la Administración. Una vez determinado, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas es inconstitucional.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978, consagró veintitrés artículos para la protección de los derechos civiles y políticos y reservó dos disposiciones para los DESC: los artículos 26 y 42. En esa misma dirección de afirmación de los DESC, en 1988, durante la XVII Asamblea General de la OEA, reunida en San Salvador se aprobó

el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador.

La Constitución peruana de 1993 no reconoce explícitamente la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos. Empero, en su Cuarta Disposición Transitoria y Final establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Se trata de una disposición que encuentra su antecedente en el artículo 10. 2 de la Constitución española de 1978. Así, se reconoce a los tratados internacionales relativos a derechos humanos como *parámetro interpretativo* sobre los derechos constitucionales. Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú afirma que, conforme a la precitada disposición de la Constitución, los mencionados tratados internacionales forman parte del *bloque de constitucionalidad* (STC Exp. 1776-2004-AA/TC, “*Caso Víctor Augusto Morales Medina*”). Finalmente, en la STC Exp. 00025-AI/TC y 00026-AI/TC el Supremo Tribunal asumió que gozan de rango constitucional.

La pandemia del coronavirus (2020) marca un punto de inflexión con la quiebra del capitalismo en su modelo neoliberal a nivel mundial. Así, resurgirá el Estado de Bienestar en los países desarrollados y en América Latina con el derrumbe del paradigma del Consenso de Washington se reafirmará la necesidad de su efectiva edificación mediante el aumento de la presión tributaria y mayor gasto público —con cláusulas constitucionales de garantía— para asegurar la tutela efectiva de los derechos sociales fundamentales. En el Perú, además hace imperativa una reforma de la Constitución en el capítulo de los derechos sociales y en el régimen económico y financiero.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ESTADO SOCIAL EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL PERUANO

I. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EMERGENTE EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1920

Antonio Gramsci, considerado un clásico “o sea un autor que tiene derecho a no estar de moda nunca y a ser leído siempre”¹⁵³, desde una posición distinta de las concepciones mecanicistas y economicistas del marxismo clásico, afirmó que la historia de un pueblo no se documenta solo con los hechos económicos y que sus “nudos causales son complejos y para desatarlos hace falta el estudio profundo y amplio de todas las actividades espirituales y prácticas, y ese estudio no es posible sino después de que los acontecimientos se hayan sedimentado en una continuidad”. Así, entre la premisa (estructura económica) y la consecuencia (constitución política) *no hay relaciones simples ni directas*¹⁵⁴ (cursiva agregada). En ese sentido, Gramsci, superó al marxismo con su fórmula vacía del derecho como superestructura.

¹⁵³ Citado por Hobsbawm E., op. cit., p. 339.

¹⁵⁴ Gramsci, Antonio (1986) *Antología*. México D.F.: Siglo XXI Editores, p. 44.

En esa dirección, asumimos que los cambios constitucionales en el Perú del siglo XX fueron la consecuencia más de eventos políticos que de cambios en la estructura socio-económica. Uno de los factores históricos que desencadenaron el Estado Social en el Perú fue el voto universal, masculino, con la reforma constitucional de 1895 al artículo 38 de la Constitución de 1860. Así, se crearon las condiciones jurídico-políticas para una mayor democratización del Estado. El leguismo impulsó la aprobación el primer texto del constitucionalismo social en el Perú: la Constitución de 1920 que incluyó el Título IV de “*Garantías Sociales*”, bajo el impacto de la Constitución mexicana de 1917, aun cuando si se las compara, resulta que fue una influencia de baja intensidad. Pudo ser un hito histórico de reestructuración del Estado pero la realidad histórica es que fue el instrumento de legitimación de la dictadura modernizante del *Oncenio* de Leguía (1919-1930), constituyendo una promesa incumplida. Sobre ese contexto histórico, anota Chang-Rodríguez que:

(...) En el terreno económico, el régimen leguista adoptó un impuesto progresivo a la renta y prohibió los bancos particulares la emisión de moneda. En su interés por combatir el gamonalismo civilista, en 1920 el Ejecutivo reconoció la existencia legal de las comunidades indígenas y auspició la reunión de un congreso indigenista el año siguiente. Además, creó la sección de Asuntos Indígenas en el Ministerio de Fomento y Obras Públicas, donde nombró como Director a Hildebrando Castro Pozo, conocido por sus obras a favor del amerindio¹⁵⁵.

La ideología modernizadora del leguismo se expresa en los fines del Estado que proclama en el artículo 4:

Art. 4. El Estado tiene por fin mantener la independencia e integridad de la Nación, garantizar la libertad y los derechos de los habitantes; conservar el orden público y *atender al progreso moral e intelectual, material y económico del país* (cursiva nuestra).

Sin perjuicio de ello, se debe citarla como la primera Constitución peruana que incorpora conceptos del emergente constitucionalismo

¹⁵⁵ Chang-Rodríguez, Eugenio (2012) *Pensamiento y acción en González Prada, Mariátegui y Haya de la Torre*, cit., p. 72.

social latinoamericano, iniciado con la Constitución mexicana de 1917.

En esa dirección, el artículo 38 se habilita la intervención del Estado en el derecho de propiedad:

Art. 38. La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se le puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. *La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan.* No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos públicos. Se prohíbe las vinculaciones, y toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes (cursiva agregada).

Se previó que por ley, por razones de interés nacional, puede establecerse restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición o situación en el territorio (art. 40).

Entre sus disposiciones, se declaró la imprescriptibilidad de los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas y que solo podrán ser transferidas por título público, en los casos y en la forma que establezca la ley (artículo 41). Así, las limitaciones para la transferencia de los bienes de las comunidades indígenas —sustrayéndolas del mercado— tienen su origen histórico en esta disposición, con la finalidad de tutelar su propiedad secular, según lo sustentó el constituyente Javier Prado¹⁵⁶.

Se estableció que la propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado, que podía conceder su posesión o usufructo en la forma y condiciones que las leyes dispongan (artículo 42)¹⁵⁷, se dispuso que la

¹⁵⁶ Pareja Paz-Soldán, José (1987) *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros, p. 173.

¹⁵⁷ Se adelantó así a la Constitución de Rumania, de 28 de marzo de 1923, que en su artículo 19 declaró que los yacimientos mineros y demás riquezas obrantes en el subsuelo son propiedad del Estado.

ley determinará el interés máximo por los préstamos de dinero, siendo nulo todo pacto contrario y serán penados los que contravengan ese precepto (artículo 51);

En materia del derecho a la educación, el artículo 53 previó que la enseñanza primaria es obligatoria en su grado elemental desde los seis años de edad. Se declaró que la Nación garantiza su difusión gratuita y que habrá por lo menos una escuela de enseñanza primaria elemental para varones y otra para mujeres en cada capital de distrito y una escuela de segundo grado para cada sexo en las capitales de provincia. El precitado artículo estableció la obligación del Estado de difundir la enseñanza secundaria y superior y fomentará los establecimientos de ciencias y artes.

En materia del derecho a la salud, el artículo 55 estableció el mandato al Estado de establecer y fomentar los servicios sanitarios y de asistencia pública, institutos, hospitales y asilos y cuidará de la protección y auxilio de la infancia y de las clases necesitadas.

Con relación a la libertad de industria y comercio, el artículo 45 habilitaba la intervención del Estado por causa de seguridad o necesidad pública:

Art. 45. La Nación reconoce la libertad de comercio e industria *sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes*. Estas podrán establecer o autorizar al Gobierno para que fije *limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias*, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública, sin que en ningún caso esas restricciones tengan carácter personal o de confiscación (cursiva nuestra).

En el artículo 50 se declaró que se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales, y que las leyes fijarán las penas para los contraventores.

Kresalja destaca el debate constituyente sobre la libertad de comercio e industria:

El debate sobre la libertad de industria y comercio fue de gran intensidad en la Asamblea Nacional, haciéndose referencia tanto al comercio exterior como al comercio interior, así como al comportamiento comercial de las principales potencias. Intervinieron los representantes Rada y Gamio,

Prado, Rodríguez y Osorio. Javier Prado insistió en que el derecho a la libertad de comercio e industria no era un derecho absoluto sino sometido a los requisitos, condiciones y garantías que establezcan las leyes y al interés general, reconociéndose que el Estado podría dictar leyes proteccionistas para las industrias nacionales. Posteriormente se ingresó un debate sobre la prohibición a los monopolios, también de gran intensidad, en el que intervinieron los representantes Secada, Prado, Rada y Gamio y Rodríguez, concluyéndose que debían prohibirse los monopolios privados pero no los estatales pues éstos podrían establecerse por interés público y en beneficio directo y exclusivo de la Nación (...) ¹⁵⁸.

En el artículo 50 se prohibió los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Se estableció que las leyes fijarán penas para los contraventores. La precitada disposición habilitó al Estado para establecer por ley monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional. El artículo 57 habilitó el intervencionismo estatal en emergencias socio-económicas:

Art. 57. En circunstancias extraordinarias de necesidad social se podrá dictar leyes o autorizar al Ejecutivo para que adopte providencias tendientes a abaratar los artículos de consumo para la subsistencia, sin que en ningún caso se pueda ordenar la apropiación de bienes sin la debida indemnización.

Se habilitó al Estado a que por ley esté facultado a nacionalizar transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de indemnización correspondiente.

Asimismo, el artículo 47 de la Carta de 1920 destaca por ser la primera disposición constitucional en amparar los derechos sociales del trabajador, bajo la influencia del artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917.

En esa dirección de protección del trabajo, el artículo 47 de la Constitución de 1920 estableció que el Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de

¹⁵⁸ Kresalja, Baldo (2009) *Los derechos intelectuales en el Perú Republicano*. Lima: Duany & Kresalja Estudio de Abogados, p. 41.

la vida, de la salud y de la higiene. Declaró que la ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Se previó como obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

El artículo 48 de la Constitución estableció que los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio. El artículo 49 remitió a la ley establecer la forma como deben organizarse los tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el capital y el trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de los fallos.

La influencia mexicana se aprecia también en el artículo 56 que encomienda al Estado fomentar las instituciones de previsión y solidaridad social, los establecimientos de ahorros, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares.

El constitucionalismo social emergente en 1920 declaró la protección de la raza indígena por el Estado y dispuso que se dicten leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades (art. 58). En el precitado artículo se proclamó que la Nación reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden.

II. LAS GARANTÍAS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1933

Tres años después de la caída de Leguía, en 1933 un nuevo Congreso Constituyente sancionó una Constitución, promulgada por el 9 de abril de 1933 por el Presidente de la República, General Luis Miguel Sánchez Cerro, que se inscribe dentro del constitucionalismo social latinoamericano. Así, debe destacarse que el Título II (“Garantías Constitucionales”) incluyó el Capítulo I (“Garantías nacionales y sociales”) antes del Capítulo II dedicado a las “Garantías individuales”.

En el precitado capítulo de las garantías nacionales y sociales, se advierte la influencia de la Constitución de Weimar, Constitución del Reich Alemán de 11 de agosto de 1919. En esa dirección weimariana, la Constitución peruana de 1933 en su artículo 34 consagraba la función social de la propiedad, a la que a su vez había declarado inviolable —siguiendo a las anteriores constituciones liberales— en el artículo 29. Así, el artículo 34 declaró que:

Art. 34°.- La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad.

Del texto se aprecia también la influencia del artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917.

En el debate constitucional sobre el derecho de propiedad debe resaltarse las intervenciones de los representantes socialistas Castro Pozo, Feijoo Reina y Arca Parró:

El representante Castro Pozo, al plantear la discusión sobre el carácter inviolable de la propiedad, fundamentalmente a la que tiene carácter material, se refiere al servicio que presta la propiedad intelectual a la colectividad: ‘no puede decirse que un libro desde el instante mismo que él es escrito pertenece a quien le escribió; ese libro se hace de la sociedad, ese libro sirve precisamente para todos aquellos que necesitan de él, para aprovechar de sus enseñanzas y cultivar su espíritu con el contenido de sus páginas’. Otro representante socialista, Arca Parró, al criticar el texto de lo que terminó siendo el Art. 29 de la Constitución de 1933 sobre propiedad, señaló que representaba la mentalidad máxima del conservadurismo y de un exacerbado individualismo. Estas posiciones fueron contestadas por el representante Gamarra, defendiendo la propiedad individual e indicando que no se trata de un derecho absoluto e ilimitado sino sujeto al interés social¹⁵⁹.

Así, el derecho de propiedad privada se legitimaba jurídicamente por su función social. Es importante destacar que el artículo 29 de la Constitución fue reformado el 28 de noviembre de 1964 —mediante la Ley N° 15242— que estableció que el *interés social es causal de expropiación*. Así, el texto del artículo reformado declaró: “La propiedad es inviolable. A nadie

¹⁵⁹ Kresalja, Baldo, op. cit. p. 43.

se puede privar de la suya sino en virtud de mandato judicial o por causa de utilidad pública o de interés social, probada legalmente y previa indemnización justipreciada”. Se agregó que cuando la finalidad de la expropiación sea la Reforma Agraria, irrigación, colonización o ensanche y acondicionamiento de poblaciones, o de expropiación de fuentes de energía o por causa de guerra o calamidad pública, la ley podrá establecer que el pago de la indemnización se realice a plazos o e armadas o se cancele mediante bonos de aceptación obligatoria. Este dato histórico es muy relevante por cuanto, la actual Constitución peruana de 1993 ha suprimido el concepto de función social de la propiedad —que la legitimó constitucionalmente en 1933— y que, en consecuencia, no puede ser causal de expropiación.

Se debe resaltar entre las disposiciones que habilitaban al Estado a un *rol rector de la economía* de la República: a: la que prohibía los monopolios y acaparamientos comerciales e industriales y facultaba al Estado a establecer monopolios o estancos en exclusivo interés nacional (art. 16); la que declaraba que no son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos (art. 33); la que faculta que mediante ley, por razones de interés nacional, se pueda establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad (art. 35); la que declara que las minas, tierras, bosques, aguas y, en general todas las fuentes naturales de energía pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos, facultando a que por ley se fijen las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión a los particulares (art. 37); la que faculta al Estado, mediante una ley, *nacionalizar* los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización y de conformidad con las leyes (art. 38); la que habilita al Estado cuando lo exijan la seguridad o necesidad públicas, para establecer limitaciones o reservas en el ejercicio de la libertad de industria y comercio, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca (art. 40); la que impone que el Estado perciba parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y proporción que fije la ley (art. 41); la que faculta al Estado a expropiar, mediante ley y previa indemnización tierras de dominio privado, para subdividir las o

enajenarlas en las condiciones que fije la ley; la que habilita al Estado en circunstancias extraordinarias de necesidad social a dictar leyes o autorizar al Ejecutivo para que adopte providencias tendientes a abaratar los artículos de consumo para la subsistencia, sin que en ningún caso se pueda ordenar la apropiación de bienes sin la debida indemnización (art. 49).

En el terreno de los *derechos sociales del trabajo*, la Constitución de 1933 incluyó disposiciones de avanzada. Así, se debe destacar a: la que obliga al Estado a legislar sobre el contrato colectivo de trabajo, “(...) primer reconocimiento constitucional a la legislación colectiva”¹⁶⁰; la que prohibió incluir en el contrato de trabajo toda estipulación que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales (art. 44); la que encomienda al Estado a favorecer un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas y legislar sobre los demás aspectos de las relaciones laborales, y sobre la defensa de los trabajadores en general (art. 45); la que obliga al Estado a legislar sobre las garantías en él de la vida, salud e higiene, condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación a la edad, enfermedad, invalidez y muerte (art. 46); la que dispone legislar un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte, y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas” (art. 48).

En materia del *derecho social a la salud*, se estableció que el Estado tiene a su cargo la sanidad pública y cuida de la salud privada, dictando las leyes de control higiénico y sanitario que sean necesarias, así como las que favorezcan el perfeccionamiento físico, moral y social de la población (art. 50). Se declaró en el artículo 52 como deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia.

En el ámbito del *derecho social a la educación*, se estableció que la enseñanza primaria es obligatoria y gratuita (art. 72); la obligación del Estado de fomentar la enseñanza en sus grados secundario y superior con

¹⁶⁰ Blancas, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 116.

tenencia a la gratuidad (art. 75); y del fomento de la enseñanza técnica de los obreros (art. 77).

Asimismo, se declaró al matrimonio, la familia y la maternidad bajo la protección de la ley (art. 51).

Debe destacarse que la Constitución de 1933 dedicó el Título VIII (“Consejo de Economía Nacional”). En su artículo 182 se previó que: “Habrá un Consejo de Economía Nacional, formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales”, que pudo ser un instrumento para la democratización del Estado en el marco del Estado Social. El Consejo de Economía Nacional nunca funcionó por cuanto no se cumplió con el mandato constitucional de dictarse su ley de organización y funciones. Es interesante destacar que la Constitución venezolana de 1936 incluyó una disposición similar, obviamente inspirada en el texto fundamental peruano¹⁶¹.

Finalmente, si bien fue en su momento histórico un hito del constitucionalismo social latinoamericano, la Constitución peruana de 1933, en su artículo 53 declaró que el Estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional y prohibió que sus miembros puedan desempeñar cualquier función pública. De ese modo, se proscribía al APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana) y al Partido Comunista, signo inequívoco de una sociedad cerrada y autoritaria, dominada por la clase oligárquica, el Ejército y la entonces ultraconservadora Iglesia Católica peruana, muy lejana de un Estado Constitucional de Derecho, por su grave déficit de libertad e igualdad.

III. EL ESTADO SOCIAL Y SU DIMENSIÓN AXIOLÓGICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979

En primer lugar, se debe destacar el preámbulo de la Constitución de 1979 asumió explícitamente los valores superiores que inspiran al Estado Social de Derecho. Así, se declaró que:

¹⁶¹ Courtis, Christian (2014) “Los derechos económicos, sociales y culturales”, cit. p. 1562.

(...) Creyentes en la *primacía de la persona humana y en que todos los hombres iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado:*

– Que la familia es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura;

– Que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa al base del bienestar nacional;

– Que *la justicia es el valor primario de vida en comunidad y que el ordenamiento social se cimienta en el bien común y en la solidaridad humana;*

Decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía; una sociedad abierta a formas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo;

Decididos asimismo a fundar un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, que garantice, a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos; la independencia y la unidad de la República; *la dignidad creadora del trabajo; la participación de todos en el disfrute de la riqueza; la cancelación del subdesarrollo y la injusticia*, el sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución y la ley; y la efectiva responsabilidad de quienes ejercen función pública;

Convencidos de la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirma su independencia contra todo imperalismo;

Conscientes de la fraternidad de todos los hombres y la necesidad de excluir la violencia como medio de procurar solución a conflictos internos e internacionales;

Animados por el propósito de mantener y consolidar la personalidad histórica de la Patria, síntesis de los valores egregios y de múltiple origen que le han dado nacimiento, de defender su patrimonio cultural, y de asegurar el dominio y la preservación de sus recursos naturales, y

Evocando las realizaciones justicieras de nuestro pasado autóctono; la fusión cultural y humana cumplida durante el virreinato; la gesta de los Libertadores de América que inició en el Perú Túpac Amaru y aquí culminaron San Martín y Bolívar, así como las sombras ilustres de Sánchez Carrión, fundador de la República, y de todos nuestros próceres, héroes y luchadores sociales, y el largo combate del pueblo por alcanzar un *régimen de libertad y justicia* (cursiva agregada).

Así, tenían carácter constitucional valores superiores como la dignidad de la persona humana, la justicia, la libertad y la solidaridad.

En el debate constitucional de la Asamblea Constituyente de 1978, en la Comisión Principal de Constitución, el Partido Aprista Peruano —en una fase histórica socialdemócrata por el impacto del reformismo del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada— bajo la conducción del eminente político del siglo XX peruano, Víctor Raúl Haya de la Torre, propuso la siguiente definición de Estado:

“El Perú es una república democrática y social de trabajadores manuales e intelectuales, unitaria y descentralizada. Su gobierno es representativo y funda en el principio de la existencia y separación de poderes”¹⁶². Así aparece claramente inspirado en la definición del artículo 1 de la Constitución de la República Española de 1931, que definió a España como “una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en un régimen de Libertad y Justicia”.

Sobre la Cláusula del Estado Social hubo un amplio consenso entre el Partido Aprista y el Popular Cristiano. Debe destacarse el aporte del constituyente aprista Andrés Townsend Ezcurra, a quien se destacar por la Cláusula del Estado Social, como por el Preámbulo de la Carta de 1979 —del cual fue coautor con el socialcristiano Roberto Ramírez del Villar— y de la riqueza del contenido axiológico de la Constitución. Así, sostuvo sobre la Cláusula del Estado Social, su orden de valores y sus fines sociales, lo siguiente:

(...) Sin embargo, quizá de paso, convenga que subraye que nadie que yo haya escuchado y que lo hayan escuchado y que lo hayan escuchado en

¹⁶² Congreso de la República (s/f). Diario de los Debates. Comisión Principal de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo II, Lima, p. 28.

el seno de la Comisión N° 2, ni en la Comisión Principal, ha objetado la definición del Perú, como una república democrática y social. Lo que viene a continuación es materia abierta a debate. Pero que el Perú deja de ser aquella república democrática que con sequedad característica enunciaba la Constitución de 1933, para apollarla también ‘social’, es una de las innovaciones de este año de gracia de 1979, que me permito subrayar.

(...) Quisiera, señor Presidente, en seguida, señalar que por primera vez, también en esta Constitución, el Estado peruano se fija metas, deberes como dice el texto, a una posible reconstrucción de su redacción, si así lo creyera posible la Asamblea, como una afirmación categórica de las obligaciones del Estado, que son tres: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; promover el bienestar general basado en la justicia; y eliminar progresivamente toda forma de *explotación del hombre por el hombre*¹⁶³ y del hombre por el Estado. Encontramos, señor Presidente, que hay en esta enumeración también lógica interna, lógica histórica, pues son fines del Estado cautelar los derechos humanos, no parcial ni limitadamente, sino en su plenitud y en todo su vigor, puesto que el hombre ha sido el motivo de nuestra preocupación en los capítulos anteriores de nuestro proyecto de Constitución; en seguida la sociedad y su bienestar general, pero no un bienestar general no basado en el privilegio de unos y en la desdicha de otros, en la riqueza de los menos y en la pobreza de los más, sino en un bienestar general basado en la justicia; y la aspiración de profunda, de honda entraña revolucionaria, si se me permite usar este término dignificado por una trayectoria de tantos luchadores en nuestro país, es eliminar progresivamente toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado. Con estas aspiraciones, señor Presidente, coincidirán todos los hombres de buena voluntad y recta intención en el Perú, que quieran liquidar alguna forma de injusticia social¹⁶⁴ (cursiva agregada).

¹⁶³ El artículo 80 de la Constitución de 1979 al proclamar como deber del Estado “*eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre*” asumió una expresión de Henri de Saint-Simon que del socialismo premarxiano se incorporó al pensamiento marxista. Cfr. Hobsbawm Eric (2011) *Como cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011*, cit., p. 40.

¹⁶⁴ Congreso de la República (s/f). Asamblea Constituyente 1978. Diario de los Debates. Tomo VI, Lima, p. 261.

El texto de la Carta de 1979 quedó finalmente con los siguientes artículos 79 y 80:

Art. 79°.- El Perú es una República *democrática y social*, independiente y soberana, *basada en el trabajo*. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado.

Art. 80°.- Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado.

De este modo, se asumió la definición principalista del artículo 1 de la Constitución italiana de 1949: el trabajo como fundamento de la República.

Para el constituyente Cornejo Chávez —socialcristiano de izquierdas— la definición del Estado como república de trabajadores manuales e intelectuales era positiva pero que debía ser coherente con el régimen económico constitucional que se iba a aprobar¹⁶⁵. Cornejo Chávez enfatizó que se debía señalar como tarea del Estado y de la sociedad, la integración nacional y la eliminación de la marginalidad social¹⁶⁶.

Un avance histórico en materia de justicia social y derechos fundamentales fue el artículo 65 de esta Constitución que suprimió el requisito de saber leer y escribir para ejercer el derecho de sufragio, reconociendo así ese derecho a los analfabetos.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1979

4.1. Los derechos sociales fundamentales en la Constitución de 1979

Por primera vez en nuestra historia constitucional, se dedica un capítulo a la protección de la familia: el Capítulo II (“De la Familia”) del Título I (“Derechos y Deberes fundamentales de la persona”). Se

¹⁶⁵ Ibídem, Lima, p. 280.

¹⁶⁶ Ibídem, p. 281.

declara que el Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación (artículo 5); se previó que las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley (artículo 5). El artículo 6 declara que el Estado ampara la paternidad responsable. Se declaró la igualdad de derechos de los hijos. Esa disposición prohibió toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles. El artículo 7 estableció el derecho a la madre de ser protegida por el Estado y a su asistencia en caso de desamparo. El artículo 8 declaró que el niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral. El artículo 9 reconoció a la unión de hecho como “unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Se declaró en el artículo 10 el derecho de la familia a contar con una vivienda decorosa. Finalmente, el artículo 11 previó como derecho de la familia que no dispone de medios económicos suficientes, del derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos.

Se dedicó el Capítulo III del precitado Título I a la “seguridad social, salud y bienestar”. El artículo 12 estableció como mandato la obligación del Estado de garantizar el derecho de todos a la seguridad social. El artículo 13 previó los fines de la seguridad social: “cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley”. En el artículo 14 se previó que una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. Se declaró su intangibilidad, bajo responsabilidad. Se estableció que una institución tripartita gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados en igual número. El artículo 15 reconoció el derecho a la protección de la salud integral y el deber de participar en la promoción y defensa

de su salud, la de su medio familiar y de la comunidad. El artículo 16 estableció que el Poder Ejecutivo señala la política nacional de salud, que controla y supervisa en su aplicación. Se le encomendó fomentar las iniciativas destinadas a ampliar la cobertura y calidad de los servicios dentro de un régimen pluralista. Se declaró que era responsable de la organización de un sistema nacional descentralizado y desconcentrado, que planifica y coordina la atención integral de la salud a través de organismos públicos y privados, y que facilita a todos el acceso igualitario a sus servicios, en calidad adecuada y con tendencia a la gratuidad. El artículo 17 estableció que el Estado reglamenta y supervisa la producción, la calidad, uso y comercio de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos.

En la dirección de un Estado Social que garantiza la procura existencial, el artículo 18 declaró que el Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de las personas y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. La Constitución peruana de 1979 fue la primera de las constituciones latinoamericanas en reconocer el derecho fundamental a la vivienda. Se previó en el artículo 18 que la ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local. Se encomendó al Estado promover la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y vivienda. Se declaró que el Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler-venta, así como que concede incentivos y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Se encomendó al Estado crear las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo interés.

En el artículo 19 se reconoció el derecho fundamental de las personas discapacitadas al respeto a su dignidad y aun régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Se previó en el artículo 20 que las pensiones de los trabajadores públicos y privados que cesan temporal o definitivamente en el trabajo son reajustadas periódicamente, teniendo en cuenta el costo de vida y las posibilidades de la economía nacional, de acuerdo a ley.

El Capítulo IV del Título I fue dedicado a “la educación, la ciencia y la cultura”. Se previó en el artículo 21 que el derecho a la educación y a la cultura como inherente a la persona humana y se declaró que la educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad y se inspira en los principios de la *democracia social*. El artículo 22 declaró que la educación fomenta el conocimiento y la práctica de las humanidades, el arte, la ciencia y la técnica, así como promueve la integración nacional y latinoamericana y la solidaridad internacional. Se previó en el artículo 25 que la educación primaria en todas sus modalidades es obligatoria y que la educación impartida por el Estado es gratuita en todos sus niveles, con sujeción a ley. Asimismo, se dispuso que el derecho a la educación se complementa con la obligación de contribuir a la nutrición de los escolares que carecen de medios propios y proporcionarles útiles. El artículo 26 declaró que la erradicación del analfabetismo es tarea primordial del Estado y se cumple progresivamente con la aplicación de recursos financieros y técnicos cuya cuantía fija el Presupuesto del Sector Público. Una disposición muy relevante fue la del artículo 39 que previó que, en cada ejercicio, se destina para la educación no menos de veinte por ciento de los recursos del presupuesto del gobierno central. Asimismo, se declaró en el artículo 31 que el Estado reconoce la autonomía universitaria, garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Con relación a los derechos del trabajo, la Constitución de 1979 dedicó el Capítulo V a la regulación “Del Trabajo”, configurando la constitucionalización del trabajo¹⁶⁷. Empieza con la declaración de que el Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza (artículo 42) y que este es un derecho y un deber social. En su segundo párrafo declaró que en toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad. Se declara el principio protector del trabajo: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es

¹⁶⁷ Blancas, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 119.

objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato”.

Con relación a los derechos individuales la consagración de estos fue extensa: derecho a una remuneración justa que procure para él y su familia el bienestar material y el desarrollo espiritual (artículo 43); el trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador (artículo 43); las remuneraciones mínimas vitales se reajustan periódicamente por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los trabajadores (artículo 43): la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales (artículo 44); pago de la labor extraordinaria (artículo 44); normas especiales para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres y peligrosas, así como el trabajo de mujeres y menores (artículo 44); descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios (artículo 44); medidas legales de protección a la madre trabajadora (artículo 45); derecho a gratificaciones, bonificaciones y otros beneficios establecidos por ley o convenio colectivo (artículo 44); obligación del Estado de dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo para prevenir los riesgos profesionales, y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores (artículo 47); derecho a la estabilidad laboral: el trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada (artículo 48); participación en la gestión y utilidades de la empresa, que podía extenderse a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impidiese (artículo 56).

Con relación a los derechos colectivos del trabajo se reconoció el derecho de libre sindicalización sin autorización previa (artículo 51); derecho a la negociación colectiva con fuerza de ley de las convenciones colectivas de trabajo (artículo 54); derecho de huelga de los trabajadores que se ejerce en la forma que establece la ley (artículo 55). Se reconoció el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y el de interpretación más favorable en caso de duda sobre el contenido de las normas laborales (artículo 57).

4.2. El régimen económico de la Constitución de 1979: la economía social de mercado

En el Perú, la primera Constitución en dedicar un Título al sistema económico fue la Carta de 1979. Empieza con la declaración de principios del artículo 110:

“El régimen económico de la República se fundamenta en principios de *justicia social* orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana.

El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores”.

Los antecedentes históricos sobre el rectoría del Estado en la economía en las últimas décadas se remontan a la década de los sesentas, en los que tardíamente se adoptaron las políticas de sustitución de importaciones, bajo la influencia de las tesis de la Comisión Económica para América Latina, (CEPAL) desarrolladas por el eminente economista argentino Raúl Prebisch, quien sostenía una explicación del subdesarrollo mediante la teoría de la dependencia, según la cual el mundo está dividido en países de capitalismo central (desarrollados) y los de capitalismo periférico (subdesarrollados). En la división internacional del trabajo los países centrales se especializan en la producción de manufacturas de alto valor agregado y los periféricos en el suministro de materias primas¹⁶⁸.

Es bajo el paradigma de la CEPAL que se aprueba el régimen económico de la Constitución de 1979, que habilitaba al Estado a desarrollar un rol intervencionista en la vida económica para procurar el *desarrollo económico y social*. Así, facultaba al Estado a formular la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad

¹⁶⁸ Cfr. Prebisch, Raúl (1981) *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

del sector público y orientan de forma concertada a los demás sectores (artículo 111); habilitaba al Estado a ejercer actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo (artículo 113), así como a reservarse para el Estado actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional (artículo 114)¹⁶⁹.

Se reconoció la libertad de iniciativa privada dentro del sistema económico de “economía social de mercado”, habilitando al Estado a estimular y reglamentar su ejercicio para armonizarlo con el interés social (artículo 115); así como un régimen de economía mixta denominado “coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y empresa” (artículo 112). Se previó en el artículo 116 que el Estado promueve y protege el libre desarrollo del cooperativismo y la autonomía de las empresas cooperativas: asimismo, que estimula y ampara el desenvolvimiento de las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas. A nuestro juicio, se reconoció una *economía socializada de mercado*, en armonía con la Cláusula del Estado Social. Por su parte Sánchez Albavera la definió como una *economía mixta de planificación concertada*¹⁷⁰. Debe destacarse el aporte del aprista Luis Rodríguez Vildósola y del socialcristiano Ernesto Alayza Grundy en la definición del régimen económico. Sin embargo, constituyó una promesa incumplida por los gobiernos democráticos de Fernando Belaunde (1980-1985) y Alan García Pérez (1985-1990). Este último se caracterizó por la aplicación de una política económica populista e hiperinflacionaria que con la difundida corrupción contribuyó a la deslegitimación del orden constitucional¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sobre esta disposición constitucional, véase el enfoque crítico por su incompatibilidad con la economía social de mercado, sostenido por Kresalja, Baldo, “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”, en: *Ius et Veritas*, núm. 22, junio de 2001, Lima.

¹⁷⁰ Cfr. Sánchez Albavera, Fernando (1989) Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución. En: Bernal, Enrique y otros, *La Constitución diez años después* (pp. 75-137).

¹⁷¹ Sobre la corrupción en el régimen de García Pérez, Quiroz, Alfonso W. (2013) *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos/Instituto

El artículo 118 declaró que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación; se previó en ese mismo artículo que los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado y que la ley fija las condiciones de su utilización por éste y su otorgamiento a los particulares.

Por primera vez, se estableció una disposición constitucional en materia del derecho al ambiente. Así el artículo 123 declaró que todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza.

En materia de derecho de propiedad, se declaró que la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social y que el Estrado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades (artículo 124). Se previó la expropiación por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada *conforme a ley*, y previo pago en dinero de indemnización justipreciada (artículo 125). Así, se estableció que no se requería de ley singular para realizar una expropiación, sino que ésta podía realizarse mediante acto administrativo en el marco de una ley.

En materia de la empresa, se declaró que las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción, cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley (artículo 130). Se previó las emergencias económicas en el artículo 132: en situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario. Se prohibió los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil (artículo 133); se reservó a la ley “asegurar la normal actividad del mer-

de Defensa Legal, pp. 424- 441. Quiroz afirma que: “Sus notorias tendencias egocéntricas, autocráticas y sectarias minaron en lugar de reforzar las instituciones del sector público que tan necesitadas estaban de un cambio profundo. Muchos analistas se han concentrado en las consecuencias negativas de los rasgos políticos y autoritarios de García, descuidando, sin embargo, la difundida corrupción que semejante estilo político generó” (p. 432)

cado” y establecer las sanciones (artículo 133). Se prohibió que la prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa o indirectamente, por parte del Estado ni de los particulares (artículo 134); se declaró que el Estado promueve la pequeña empresa y la actividad artesanal (artículo 135); se previó que el Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración” (artículo 137).

Sobre el régimen económico constitucional de 1979 hemos afirmado con Kresalja que:

(...) fue muy ambicioso, algunas de cuyas disposiciones deben juzgarse a la luz de las declaraciones programáticas que configuran el denominado Estado Social y Democrático de Derecho, comprometiéndose tardíamente a construir un Estado del Bienestar, pero sin la cultura política y los recursos económicos propios de países más desarrollados. Es por ello que se ha señalado que no se sabe si fue por convicción, por ingenuidad o por evasión que la mayoría de los constituyentes adoptaron ese modelo, pero de lo que no cabe duda es que su letra estuvo lejos de la realidad, y no se pudieron superar pesadas cargas de pasado¹⁷².

V. LA DECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

5.1. Introducción

El mantenimiento de la Cláusula del Estado Social en la Constitución de 1993 en el artículo 43 que declara: “La República del Perú

¹⁷² Kresalja, Baldo y C. Ochoa (2020) *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 265.

es democrática, social, independiente y soberana” no fue una concesión de la mayoría del denominado “Congreso Constituyente Democrático”. Así como se apropiaron del concepto de “democracia” para denominar al Congreso Constituyente surgido del golpe de estado de 1992, siendo partícipes de un proyecto autoritario también se apropiaron del Estado Social como quien asume un pleonasma. Como todo Estado es social, si por social se entiende lo atinente a la sociedad, no le atribuyeron ninguna vocación de transformación de las relaciones socioeconómicas ni de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

En esa dirección, es pertinente citar a Díaz, quien —en otro contexto— señalaba sobre este equívoco sobre el Estado Social:

A pesar de que pueda parecer obvio, conviene insistir en esa idea en cuanto modernamente se advierte en algunos sectores la tendencia a querer utilizar la expresión Estado social de Derecho para ser aplicada a Estados que en modo alguno reúnen esas características de los Estados de Derecho, sino que, más bien, se aproximan al tipo de Estado autoritario, y ello, aunque se interesen por el bienestar social. Parece como si con el calificativo ‘social’ (y con otros términos similares como ‘socialización’ que previamente se vacían de contenido claro y concreto) pretendiera trivializarse aquí la expresión Estado de Derecho, con la finalidad de poder calificar como tal a todos los Estados que, al menos verbal y teóricamente, proclamen ‘un cierto afán retórico por lo social’, con lo que hoy realmente ningún Estado quedaría excluido de semejante denominación. Es puede decirse, un hecho paralelo al de la ambigüedad y trivialización que interesadamente esos mismos sectores fomentan y pretenden crear hoy en torno al término ‘democracia’¹⁷³.

En rigor, no se puede afirmar que se trate de un texto fundamental sin una dimensión axiológica, como sostuvo —sin mayor profundidad analítica en este tema— el constitucionalista español Fernández Segado¹⁷⁴. Si bien es manifiesta la voluntad de sus autores de minimizar

¹⁷³ Díaz, Elías (1975) *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: EDICUSA, p. 99.

¹⁷⁴ Cfr. Fernández Segado, Francisco (1994) “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación de la Constitución de 1993”. En: *La Constitución de 1993, análisis y comentarios*. Lima: Comisión Andina de Juristas (pp. 11-65).

esta dimensión axiológica, la huella de la Carta Fundamental de 1979 subyace en la Constitución de 1993. Nuestra tesis justamente propone la potenciación de los valores superiores que explícita e implícitamente contiene la Constitución de 1993, más allá del dogma original de sus autores que petrificaría al paradigma del neoliberalismo conservador de los años 90 del siglo XX.

5.2. La restricción de los derechos sociales fundamentales

Los derechos sociales, económicos y culturales están regulados en el Capítulo II de la Constitución (“De los derechos sociales y económicos”) del Título I. a diferencia de la Carta de 1979 que incluía estos derechos en tres capítulos diferentes: Capítulo II (“De la Familia”); Capítulo III (“De la Seguridad Social y Bienestar”) y Capítulo IV (“De la Educación, la Ciencia y la Cultura”) dentro del Título I (“Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”).

Es significativo y acorde con la ideología de los autores de la Constitución de 1993 que expresamente no se les ha conferido a los derechos económicos, sociales y culturales la calidad de derechos fundamentales, que solo se reconoce expresamente en el texto fundamental a los derechos civiles y políticos comprendidos en el Capítulo I (“Derechos fundamentales de la persona”).

Se trata de la clara intención de restringir o minimizar los derechos sociales fundamentales. Cabe citar al patriarca del neoliberalismo conservador Hayek para quien los derechos quedan solo configurados como libertades: libertad de enseñar, libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad ambulatoria, libertad de actuación salvo existencia expresa de prohibición, entre otros¹⁷⁵.

No se debe ignorar que como precisa Bobbio los derechos constitucionales derivan de un mismo “código genético”, de modo que, en el ámbito del derecho internacional, desde la segunda posguerra, circulan

¹⁷⁵ Cfr. Hayek, F. von (1978) *Derecho, legislación y libertad*. Vol. I (Normas y Orden) y Vol. III (El orden político de una sociedad libre. Madrid: Unión Editorial.

los principios de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, como criterio interpretativo por los diversos organismos internacionales¹⁷⁶.

En el ámbito de los derechos sociales fundamentales, el primer derecho que se destaca en el texto de 1993, que sigue en este aspecto a la Constitución de 1979 es el derecho a la *protección a la familia*, que conjuntamente con el matrimonio son calificados en el artículo 4 como “*institutos naturales y fundamentales de la sociedad*”.

Una innovación importante es el reconocimiento constitucional a la unión de hecho estable entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de gananciales en cuanto sea aplicable. Reconocimiento tardío con relación a la Constitución cubana de 1940, que otorgó protección judicial a las uniones libres por su estabilidad y singularidad. Se trata de un avance acorde con el principio de igualdad sustantiva y con la inclusión propia del Estado Social.

El artículo 6 de la Constitución de 1993 —siguiendo al texto del mismo artículo de la Carta de 1979— ampara la paternidad responsable, pero de manera más explícita: “Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”. La parte final del precitado artículo reitera la igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales prevista en el mismo artículo de la Constitución de 1979, a la que agrega la igualdad de deberes.

En materia del derecho social a la educación, se aprecia una reducción en su protección por el Estado. Así, con claro sentido regresivo, se elimina el mandato constitucional de que se destine el 20% del presupuesto del Gobierno Central, y se la sustituye por una declaración de que tiene “prioridad” en la asignación de recursos ordinarios

¹⁷⁶ Bobbio, Norberto (1991) *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, citado por Espinoza de los Monteros, Javier (2013) “La semántica de los derechos sociales y su inserción en la constitución democrática”. En: J. Monteros y J. Ordóñez (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Tirant lo Blanch: Valencia, p. 95.

del presupuesto (artículo 16). Asimismo, se restringe la gratuidad en la educación pública de los niveles inicial, primaria y secundaria, mientras que solo se garantiza la gratuidad de la educación universitaria “a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación” (artículo 17).

En el ámbito de la seguridad social, se declara en el artículo 10 “el derecho universal y progresivo” de la persona a la seguridad social, se garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones “a través de entidades públicas, privadas y mixtas” (artículo 11). Así, se desnaturaliza a la seguridad social que es un derecho social a prestaciones positivas del poder público, basado en la solidaridad, al equiparlo con los sistemas privados basados en el lucro y la desigualdad. La naturaleza de la seguridad social es jurídico-pública y constituye un derecho de desmercantilización en procura de la igualdad sustantiva.

En materia de los derechos sociales del trabajo se desarrolló un proceso de restricción o minimización en sentido contrario a la doctrina de Alexy de considerar a los derechos fundamentales como mandatos de optimización.

Así, se minimiza el principio protector o tuitivo del trabajo al declararse que tiene “atención prioritaria del Estado” y que este “protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan” (artículo 23)¹⁷⁷. Con relación a otros principios laborales, como anota Blancas, se suprime la expresa declaración del artículo 43 de la Constitución de 1979 al derecho al trabajador, varón o mujer, a igual remuneración por igual trabajo; se limita la irrenunciabilidad de derechos a los reconocidos por la Constitución y la ley (artículo 26. 2), excluyendo a los originados en el convenio colectivo, que es ley material; el principio *indubio pro operario* solo se aplicará en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma (artículo 26.3); se elimina la

¹⁷⁷ Blancas, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 126.

retroactividad benigna en favor del trabajador prevista en el artículo 187 de la Constitución de 1979¹⁷⁸.

Similar proceso de minimización sufren los derechos individuales del trabajo. Se habilita el empleo de jornadas de trabajo “acumulativas o atípicas” que posibilitan exceder la jornada diaria de ocho horas o la semanal de 48 horas, cuando en el periodo correspondiente se respete ese promedio. Se omite el derecho reconocido en el artículo 44 de la Constitución de 1979 de remunerar de manera extraordinaria toda labor realizada fuera de la jornada ordinaria. Se eliminó el derecho a la estabilidad laboral, sustituyéndolo por una remisión a la ley para que se conceda al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario” (artículo 27). Asimismo, se suprime el derecho del trabajador a participar en la gestión de la empresa —previsto en el artículo 56 de la Constitución de 1979— y se restringe la participación al derecho de percibir utilidades (artículo 29)¹⁷⁹.

Los derechos colectivos se encuentran regulados en el artículo 28 de la Constitución en términos que corresponden los Convenios 87 y 98 ratificados por el Estado peruano. Sin embargo, se suprime el derecho de los dirigentes sindicales de gozar de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponden, previsto en el artículo 51 de la Constitución de 1979; con relación a la eficacia de los convenios colectivos se sustituye la expresión “fuerza de ley para las partes” por la de fuerza vinculante dentro del ámbito de lo concertado” (artículo 28.2); y se establece que el Estado regulara el derecho de huelga “para que se ejerza en armonía con el interés social” (artículo 28.3)¹⁸⁰.

5.3. El régimen económico neoliberal

El cambio más importante de la Constitución de 1993 es el del régimen económico que para los poderes fácticos que gobiernan el país

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 126.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 126-127.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 127.

debe ser un texto petrificado, según la voluntad original de sus autores inspirados en el neoliberalismo conservador y abiertamente regresivo en materia socio-económica. Así, se sostiene como fundamento de esta tesis que las altas tasas de crecimiento económico del 2001 hasta años recientes se deberían en gran medida al régimen económico constitucional, de manera que éste representaría un ancla del modelo económico neoliberal y primario-exportador, iniciado en agosto de 1990 e inspirado en el paradigma del denominado *Consenso de Washington*.

Como hemos sostenido con Kresalja, el texto del régimen económico fue inspirado en gran medida por un documento denominado “*La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979*” elaborado por el Instituto Apoyo —de ideología neoliberal— cuyos tecnócratas colaboraron con el régimen autoritario¹⁸¹.

El régimen económico constitucional no solo suprime todas aquellas disposiciones de principio o de dimensión axiológica, como la del artículo 110 de la Constitución de 1979, que empezaba proclamando que éste se basaba en la justicia social y en la dignificación del trabajo, sino que suprime todas las habilitaciones al Estado que la Constitución de 1979 contenía, facultándolo para intervenir en las relaciones económicas en procura del bien común. Así, se replica la definición del sistema económico como “economía social de mercado”, pero el articulado del régimen económico constitucional vacía de contenido su componente social, según Fernández Segado¹⁸².

En un retorno reaccionario al siglo XIX se consagra la rancia doctrina de los derechos adquiridos en materia de la libertad de contrato, que como señaló De la Puente y Lavalle no asumía no solo la Constitución de 1979 sino tampoco el Código Civil de 1984, ni el de 1936¹⁸³. Así, el artículo 62 proclama que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

¹⁸¹ Kresalja, Baldo y César Ochoa (2020) *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Op. cit., p. 277.

¹⁸² Fernández Segado, F., op. cit., p. 28.

¹⁸³ De la Puente y Lavalle, Manuel (1996) “La libertad de contratar”. En: *Thémis*, núm. 33, Lima, p. 10.

Se limita la actividad empresarial del Estado al extremo que, solo autorizado por ley expresa, el Estado subsidiariamente desarrollara “directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (artículo 60). Se recoge el principio de subsidiariedad previsto en el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución chilena de 1980, modelo de constitucionalismo neoliberal y autoritario, impuesto por la dictadura pinochetista.

No se prevé la intervención del Estado ni en el supuesto de *emergencias económicas* como si lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1979 (supra 2.4.2), desprotegiendo a la sociedad en situaciones de grave crisis económica o financiera.

Se abdica de la soberanía económica del país al establecer que la inversión nacional y extranjera se sujetan las mismas condiciones (artículo 63) en contradicción con el artículo 44 que proclama como deber primordial del Estado “defender la soberanía nacional”. Este trato nacional o igualitario a la inversión extranjera no puede ser un principio rector del régimen económico, sino que puede ser producto de un tratado de libre comercio negociado en términos de reciprocidad.

Si bien se proclama el pluralismo económico en el artículo 60 se suprime toda referencia a las empresas cooperativas, autogestionarias y comunales, pero sí se tutela a los contratos-ley suscritos bajo el régimen fujimorista. En otra marcha atrás al siglo XIX, se suprime toda referencia al interés social como límite al derecho de propiedad y al derecho de libre iniciativa privada, así como causal de expropiación (artículos 70, 59 y 71).

En suma, es un régimen económico regresivo que responde a los intereses específicos de los poderes fácticos que impusieron el paradigma neoliberal con el golpe de estado de 1992. Sobre el particular, con Kresalja, hemos sostenido que:

Así, la mayoría oficialista impuso un proyecto basado en las tesis del neoliberalismo absoluto difundidas por el Movimiento Libertad liderado por Mario Vargas Llosa en la parte final de la década del 80 y, posteriormente, por el Instituto *Apoyo*, que sostenían la reducción al mínimo del rol rector del Estado en la economía y de sus potestades de intervención en tutela del interés público. Del Estado Intervencionista, prestador, productor y

planificador de la década del 70 se pasó al Estado Mínimo en la década del 90¹⁸⁴.

Sin perjuicio de ello, proponemos su reinterpretación a la luz de la Cláusula del Estado Social y de los valores superiores que lo inspiran, así como de los tratados internacionales de derechos humanos.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEGUNDO

La primera Constitución peruana que asume el constitucionalismo social fue la de 1920, que incluyó el Título IV de “*Garantías Sociales*”, influida por la Constitución mexicana de 1917. Podría ser calificada como un hito histórico de reestructuración del Estado, pero en la realidad fue el instrumento de legitimación de la dictadura modernizante del *Oncenio* de Leguía (1919-1930), constituyendo una promesa incumplida. Asimismo, el artículo 47 de la Carta de 1920 destaca por ser la primera disposición constitucional en amparar los derechos sociales del trabajador, bajo la influencia del artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917.

Tres años después de la caída de Leguía, en 1933 un nuevo Congreso Constituyente sancionó una Constitución, que se inscribe dentro del constitucionalismo social latinoamericano. Así, debe destacarse que el Título II (“Garantías Constitucionales”) incluyó el Capítulo I (“Garantías nacionales y sociales”) antes del Capítulo II dedicado a las “Garantías individuales”.

En el capítulo de las garantías nacionales y sociales, se advierte la influencia de la Constitución de Weimar, Constitución alemana de 1919. En esa dirección weimariana, la Constitución peruana de 1933 en su artículo 34 consagraba la función social de la propiedad, a la que a su vez había declarado inviolable —siguiendo a las anteriores constituciones liberales— en el artículo 29. Asimismo, en el terreno de los *derechos sociales del trabajo*, la Constitución de 1933 incluyó disposiciones de avanzada reconociendo derechos individuales y colectivos.

¹⁸⁴ Kresalja B. y C. Ochoa, op. cit. Tomo I, p. 280.

La Constitución de 1979 constituyó el texto fundamental emblemático en materia de constitucionalismo social. En primer lugar, se debe destacar el Preámbulo de la Constitución de 1979 asumió explícitamente los valores superiores que inspiran al Estado Social de Derecho. En el artículo 79 declaró que el Perú es una República *democrática y social*, independiente y soberana, *basada en el trabajo*.

Por primera vez en nuestra historia constitucional, se dedicó un capítulo a la protección de la familia: el Capítulo II (“De la Familia”) del Título I (“Derechos y Deberes fundamentales de la persona”).

Se dedicó el Capítulo III del precitado Título I a la “seguridad social, salud y bienestar”. En la dirección de un Estado Social que garantiza la procura existencial, el artículo 18 declaró que el Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de las personas y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. La Constitución peruana de 1979 fue la primera de las constituciones latinoamericanas en reconocer el derecho fundamental a la vivienda. El Capítulo IV del Título I fue dedicado a “la educación, la ciencia y la cultura”. Se previó en el artículo 21 que el derecho a la educación y a la cultura como inherente a la persona humana y se declaró que la educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad y se inspira en los principios de la *democracia social*. Una disposición muy relevante fue la del artículo 39 que previó que, en cada ejercicio, se destina para la educación no menos de veinte por ciento de los recursos del presupuesto del gobierno central. Con relación a los derechos del trabajo, la Constitución de 1979 dedicó el Capítulo V a la regulación “Del Trabajo”, configurando la constitucionalización del trabajo. Empieza con la declaración de que el Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza (artículo 42) y que este es un derecho y un deber social. En su segundo párrafo declaró que en toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad. Se declara el principio protector del trabajo: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato”. Los derechos individuales y colectivos del trabajo fueron consagrados extensamente.

En el Perú, la primera Constitución en dedicar un título al sistema económico fue la Carta Fundamental de 1979. Empieza con la declaración de principios del artículo 110 que afirmó: “El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana”.

Se reconoció la libertad de iniciativa privada dentro del sistema económico de “economía social de mercado”, habilitando al Estado a estimular y reglamentar su ejercicio para armonizarlo con el interés social (artículo 115); así como un régimen de economía mixta denominado “coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y empresa” (artículo 112). Se previó en el artículo 116 que el Estado promueve y protege el libre desarrollo del cooperativismo y la autonomía de las empresas cooperativas: asimismo, que estimula y ampara el desenvolvimiento de las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas. Se ha definido como una economía mixta de planificación concertada. A nuestro juicio, se reconoció una *economía socializada de mercado*, en armonía con la Cláusula del Estado Social. Sus disposiciones deben juzgarse a la luz de las declaraciones programáticas que configuran el denominado Estado Social y Democrático de Derecho, comprometiéndose tardíamente a construir un Estado del Bienestar, pero sin la cultura política y los recursos económicos propios de países más desarrollados.

El mantenimiento de la Cláusula del Estado Social en la Constitución de 1993 en el artículo 43 que declara: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” no fue una concesión de la mayoría del denominado “Congreso Constituyente Democrático”. Así como se apropiaron del concepto de “democracia” para denominar al Congreso Constituyente surgido del golpe de estado de 1992, siendo partícipes de un proyecto autoritario, también se apropiaron del Estado Social como quien asume un pleonasma. Como todo Estado es social, si por social se entiende lo atinente a la sociedad, no le atribuyeron ninguna vocación de transformación de las relaciones socioeconómicas ni de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

En rigor, no se puede afirmar que se trate de un texto fundamental sin una dimensión axiológica. Si bien es manifiesta la voluntad de sus autores de minimizar esta dimensión axiológica, la huella de la Carta de 1979 subyace en la Constitución de 1993. Nuestra tesis justamente propone el rescate y la potenciación de los valores superiores que explícita e implícitamente contiene la Constitución de 1993, más allá del dogma original de sus autores que petrificaría el paradigma del neoliberalismo conservador de los años 90 del siglo XX.

Los derechos sociales, económicos y culturales están regulados en el Capítulo II de la Constitución (“De los derechos sociales y económicos”) del Título I. Es significativo y acorde con la ideología de los autores de la Constitución de 1993 que expresamente no se les ha conferido a los derechos económicos, sociales y culturales la calidad de derechos fundamentales, que solo se reconoce expresamente en el texto fundamental a los derechos civiles y políticos comprendidos en el Capítulo I (“Derechos fundamentales de la persona”). En materia del derecho social a la educación, se aprecia una reducción en su protección por el Estado. Así, con claro sentido regresivo, se elimina el mandato constitucional de que se destine el 20% del presupuesto del Gobierno Central, y se la sustituye por una declaración de que tiene “prioridad” en la asignación de recursos ordinarios del presupuesto (artículo 16). Asimismo, se restringe la gratuidad en la educación pública de los niveles inicial, primaria y secundaria, mientras que solo se garantiza la gratuidad de la educación universitaria “a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación” (artículo 17).

En el ámbito de la seguridad social, se declara en el artículo 10 “el derecho universal y progresivo” de la persona a la seguridad social, se garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones “a través de entidades públicas, privadas y mixtas” (artículo 11). Así, se desnaturaliza a la seguridad social que es un derecho social a prestaciones positivas del poder público, basado en la solidaridad, al equipararlo con los sistemas privados basados en el lucro y la desigualdad.

En materia de los derechos sociales del trabajo se desarrolló un proceso de restricción o minimización en sentido contrario a la doctrina de considerar a los derechos fundamentales como mandatos de optimización. Así, con la finalidad de consolidar las políticas públicas de flexibilización laboral, se minimiza el principio protector o tuitivo del trabajo al declararse que tiene “atención prioritaria del Estado” y que este “protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan” (artículo 23). Con relación a otros principios laborales, se suprime la expresa declaración del artículo 43 de la Constitución de 1979 al derecho al trabajador, varón o mujer, a igual remuneración por igual trabajo; se limita la irrenunciabilidad de derechos a los reconocidos por la Constitución y la ley (artículo 26. 2), excluyendo a los originados en el convenio colectivo, que es ley material; el principio *indubio pro operario* solo se aplicará en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma (artículo 26.3); se elimina la retroactividad benigna en favor del trabajador prevista en el artículo 187 de la Constitución de 1979. Se eliminó el derecho a la estabilidad laboral, sustituyéndolo por una remisión a la ley para que se conceda al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario” (artículo 27). Asimismo, se suprime el derecho del trabajador a participar en la gestión de la empresa —previsto en el artículo 56 de la Constitución de 1979— y se restringe la participación al derecho de percibir utilidades (artículo 29).

Los derechos colectivos se encuentran regulados en el artículo 28 de la Constitución en términos que corresponden los Convenios 87 y 98 ratificados por el Estado peruano. Sin embargo, se suprime el derecho de los dirigentes sindicales de gozar de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponden, previsto en el artículo 51 de la Constitución de 1979; con relación a la eficacia de los convenios colectivos se sustituye la expresión “fuerza de ley para las partes” por la de fuerza vinculante dentro del ámbito de lo concertado” (artículo 28.2); y se establece que el Estado regulara el derecho de huelga “para que se ejerza en armonía con el interés social” (artículo 28.3).

El cambio más importante de la Constitución de 1993 es el del régimen económico que para los poderes fácticos debe ser un texto

petrificado según la voluntad original de sus autores, inspirados en el neoliberalismo conservador y abiertamente regresivo en materia socio-económica. Así, se sostiene que las tasas de crecimiento económico del 2001 hasta años recientes se deberían en gran medida al régimen económico constitucional, de manera que éste representaría un ancla del modelo económico neoliberal y esencialmente primario-exportador, iniciado en agosto de 1990 e inspirado en el paradigma del denominado *Consenso de Washington*.

El régimen económico constitucional no solo suprime todas aquellas disposiciones de principio o de dimensión axiológica, como la del artículo 110 de la Constitución de 1979, sino que suprime todas las habilitaciones al Estado que la Constitución de 1979 contenía, facultándolo para intervenir en las relaciones económicas en procura del bien común. Así, se replica la definición del sistema económico como “economía social de mercado”, pero el articulado del régimen económico constitucional vacía de contenido su componente social.

En una regresión al siglo XIX se consagra la rancia doctrina de los derechos adquiridos en materia contractual, que no asumía no solo la Constitución de 1979 sino tampoco el Código Civil de 1984, ni el de 1936. Así, el artículo 62 proclama que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Se limita la actividad empresarial del Estado al extremo que solo autorizado por ley expresa, el Estado subsidiariamente desarrollara “directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (artículo 60). Se recoge el principio de subsidiariedad previsto en el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución chilena de 1980, modelo de constitucionalismo neoliberal y autoritario, impuesto por la dictadura militar pinochetista.

No se prevé la intervención del Estado ni en el supuesto de emergencias económicas como si lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1979, desprotegiendo a la sociedad en situaciones de grave crisis económica o financiera.

Se abdica de la soberanía económica del país al establecer que la inversión nacional y extranjera se sujetan las mismas condiciones (artículo

63) en contradicción con el artículo 44 que proclama como deber primordial del Estado “defender la soberanía nacional”. Este trato nacional o igualitario a la inversión extranjera no puede ser un principio rector del régimen económico, sino que puede ser producto de un tratado de libre comercio negociado en términos de reciprocidad.

Si bien se proclama el pluralismo económico en el artículo 60 se suprime toda referencia a las empresas cooperativas, autogestionarias y comunales, pero sí se tutela a los contratos-ley suscritos bajo el régimen fujimorista. En otra marcha atrás al siglo XIX, se suprime toda referencia al interés social como límite al derecho de propiedad y al derecho de libre iniciativa privada, así como causal de expropiación (artículos 70, 59 y 71).

En suma, es un régimen económico regresivo que responde a los intereses específicos de los poderes fácticos que impusieron el paradigma neoliberal tras el golpe de estado de 1992.

Sin perjuicio de ello, nuestra tesis propone su reinterpretación innovativa a la luz de la Cláusula del Estado Social y de los valores superiores que subyacen en la Norma Suprema.

CAPÍTULO TERCERO

EL ROL ACTIVISTA DEL JUEZ EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE RECONSTRUCCIÓN DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL

Para los defensores del *statu quo* socioeconómico —imperante en el Perú desde los años 90 del siglo XX— la Constitución de 1993 contiene un régimen económico pétreo en las tesis originales de sus autores. Se le identifica con el modelo económico vigente desde 1990 al que se la atribuye el crecimiento económico de la última década (2010-2020), al extremo que se difunde, como dogma y sentido común, la idea de que la finalidad suprema de la Constitución Económica debe ser facilitar y tutelar la inversión nacional y extranjera, aun al precio de la minimización de los derechos sociales fundamentales. La sola posibilidad de debatir una reforma constitucional es rechazada cerradamente por los poderes fácticos, pese a su manifiesto origen espúreo como fue calificada por el Tribunal Constitucional¹⁸⁵. Para ellos la rehabilitación de la Constitución de 1979 significa la desestabilización del orden vigente neoliberal que no puede ser ni siquiera debatido. Este contexto explica

¹⁸⁵ STC Exp. 014-2002- AI/TC, fundamento 130.

el hecho de que hasta el Partido Aprista —siguiendo a su actual caudillo— guarda silencio sobre la restitución de la Constitución de 1979, el más importante legado histórico de Haya de la Torre¹⁸⁶.

En ese contexto, Delgado Güembes, sostiene que la Constitución de 1993 encarna el nuevo *paradigma del neoliberalismo*:

(...) En este orden de ideas, la Constitución de 1993 fue un instrumento que sirvió para sustituir el régimen socio-económico propio del paradigma intervencionista de la posguerra por el paradigma de la liberalización de capital, la privatización de las empresas públicas y la hegemonía del mercado como árbitro del uso eficaz y equilibrado de bienes, recursos y servicios¹⁸⁷.

Agrega que:

Cae así el modelo de Estado social de derecho, de la economía social de mercado y de la prevalencia de opciones socialmente progresistas, social-demócratas, social-cristianas y socialistas, y se abre paso un espacio de abierto pragmatismo político cuyos actores dejan de lado el discurso principista o ideológico para recurrir a estrategias de posicionamiento electoral basadas en la producción industrial de símbolos y en el marketing político, en la manipulación de la imagen y de la propaganda, y en el desarrollo de la primacía de la ética del beneficio privado e individual en las relaciones sociales¹⁸⁸.

Delgado Güembes, afirma que la Constitución de 1979 ha regido por menos tiempo que la Constitución de 1993 “porque solo fue parte del epílogo del paradigma intervencionista en eclipse, al que sirvió de

¹⁸⁶ En marzo de 2013 se presentó al Congreso de la República un Proyecto de Ley (Proyecto de Ley 2001/2012-IC), promovido entre otros por los abogados constitucionalistas Alberto Borea y Javier Valle Riestra, que propuso una reforma total de la Constitución de 1993, a partir de su texto y tomando como referencia la Constitución de 1979, con la posibilidad abierta de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, que ha sido ignorado por el Congreso de la República.

¹⁸⁷ Delgado Güembes, César (2013) “Exceso y precariedad representativa. Apuntes para la comprensión de la Constitución políticamente representativa del Perú”. En: *Pensamiento Constitucional*, núm. 18, Lima, p. 53.

¹⁸⁸ *Ibíd*em, p. 54.

obituario”¹⁸⁹. Coincidimos con Delgado Güembes cuando afirma que la esencia del paradigma neoliberal que inspira la Constitución de 1993 es contraria a la ética del bien común. En términos de Böckenförde constituyó el *fundamento político-social* del fin del siglo XX bajo el régimen del *fujimorato* (1990-2000), así denominado por Pedro Planas. Si bien es cierto que la política peruana se ha convertido en un arte de manipulación al servicio de los poderes fácticos, la descarnada descripción de que, en el paradigma neoliberal, la ética del bien común ha sido sustituida por la prevalencia de la “ética del beneficio privado e individual en las relaciones sociales” que nos propone Delgado Güembes debe ser matizada.

Si aquella puede llamarse ética, entonces nos conduce directamente al despeñadero de la corrupción sistémica en la política y la gestión pública. Por ese camino se deriva a la *cleptocracia*. Como afirma categóricamente Nieto, corrupción y democracia son antinómicos:

(...) *Corrupción y democracia son hasta tal punto incompatibles que, en rigor, no puede hablarse (aunque así se haga por comodidad) de democracia corrupta, deja de ser democracia pasa a ser un desgobierno tanto o más perverso cuanto mayor sea la intensidad de la corrupción.* Las demás derivas retrasan y desvían la marcha del Estado, ésta puede despeñarlo y de hecho es lo que ahora está sucediendo¹⁹⁰.

Así, el nuevo paradigma en el Perú sería el *liberalismo rampante* que Martínez García define como:

(...) carente de escrúpulos, ha hecho y está haciendo, en tanto que neoliberalismo, un daño enorme a la sociedad y perjudica a la gran tradición liberal, que pervierte hasta el fondo. Maneja retóricamente ciertos motivos que presenta como coberturas (sociedad civil, mercado, competitividad, eficiencia, liberalización, flexibilidad, modernización, privatización, etc.) para dar apariencia de racionalidad a sus propuestas abusivas. Aquí ya no hay derechos humanos; solo ánimo de lucro¹⁹¹.

¹⁸⁹ Ibídem, p. 58.

¹⁹⁰ Nieto, Alejandro (2012) *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Ariel, p. 194.

¹⁹¹ Martínez García, José Ignacio, (2014) “Liberalismo y derechos humanos”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. An-

Este liberalismo rampante es un proceso mundial iniciado en la década del 80 del siglo XX en el Reino Unido de Thatcher, bajo el discurso de que: “*La sociedad no existe, solo hay individuos y familias*”¹⁹².

A nuestro juicio, la Constitución de 1979 no fue obituario del intervencionismo, sino que fue el resultado de un consenso socialdemócrata tardío. En rigor, la defensa del bien común, así como las aspiraciones de justicia social requieren siempre la acción de la sociedad civil y la intervención del Estado, rol que se mantiene vigente después de la revisión en América Latina del *Consenso de Washington*, sustentada en el mito liberal del mercado autorregulado. En cambio, si es cierto que la Constitución de 1993 fue diseñada por sus autores como un texto de *deconstrucción* de la Cláusula del Estado Social, como sostenemos como una de las hipótesis centrales del presente trabajo.

Se predica permanentemente desde los medios de comunicación el pensamiento único neoliberal que sostiene que para consolidar el modelo económico se deben sacrificar los derechos sociales de los trabajadores, empezando por la remuneración mínima, en el altar de la competitividad. El retroceso de los derechos de los trabajadores de las últimas décadas parece un retorno al siglo XIX. Como discurso ideológico se divulga el ideal hiperindividualista del emprendedor autónomo sin ética de la solidaridad. No se admite la protección por el Estado de los derechos sociales fundamentales. No se admite la regulación de la concentración empresarial para garantizar la libre competencia en beneficio del consumidor, ni la licencia social frente a los excesos de la inversión en la gran minera. Se proclama como necesidad la privatización de toda empresa pública y la reducción de la acción regulatoria del Estado a la que se denomina sin matices como “tramitología”. Todo aquello que no sea la idolatría del mercado es calificado como “populismo”, como si no fuera

suátegui Roig, C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. II, Ideologías Políticas y Derechos Humanos en el siglo XX. Capítulo I. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 38.

¹⁹² Judt, Tony, op. cit., p. 99.

necesaria siempre en toda sociedad un grado de intervención del Estado para la defensa del interés público y la protección de los más débiles. Este pensamiento se resume en el mito del mercado autorregulado que sigue vigente entre nosotros y recibe la adhesión tácita de los políticos defensores del statu quo dominante¹⁹³.

En ese contexto, los regímenes de Toledo (2001-2006); García (2006-2011); Humala (2011-2016) y Pedro Pablo Kuczynsky (2016-2018) guardaron acatamiento tácito a los poderes fácticos que se oponen a la reforma constitucional. En el caso del Presidente Ollanta Humala es muy significativo este retroceso con relación a su posición que adoptó el 28 de julio de 2011, cuando juramentó el cargo invocando los principios de la Constitución de 1979.

También es el caso del ex-Presidente Alan García Pérez, quien para defender el statu quo constitucional, llegó a sostener que Haya de la Torre aceptó el condicionamiento de los militares para que la Constitución de 1979 consagre las reformas del régimen militar socializante de Juan Velasco Alvarado (1968-1975)¹⁹⁴. Estas reformas —impuestas bajo una

¹⁹³ Pero a partir de las protestas sociales a la efímera Ley de Promoción del Empleo Juvenil (diciembre 2014 a enero 2015), norma inconstitucional por discriminatoria, que constituyó uno de los mayores ataques a la situación de los “débiles”. Servía a los objetivos de un neoliberalismo rampante y depredador de *deconstrucción* el derecho laboral y al trabajador como sujeto social.

¹⁹⁴ *La República*, 19.4.2015. Entrevista de Emilio Camacho. “Alan García: ‘Yo no soy un creyente del libre mercado, no estoy de acuerdo, con eso, yo soy un aprista’”. Así, García Pérez declaró al diario *La República*:

“Usted me dice que los partidos aceptaron este condicionamiento de los militares...
... *Que habían establecido que la Constituyente era para consagrar sus reformas.*

Pero no es lo que se ve, por ejemplo, en el discurso de Haya de la Torre al asumir la presidencia de la Constituyente. Él habla que tienen plenas libertades.

Hay libertad democrática. El primer capítulo (de la Constitución), el de los derechos ciudadanos, políticos y humanos es un ejemplo de libertades.

¿Y la parte económica no?

La parte económica no. ¿Por qué? La idea de que el Estado tiene múltiples capacidades venía de una época distinta, y además de un proceso de endeudamiento extraordinario. Con esa perspectiva se decía: el gobierno puede hacer todas las cosas, mantener sus em-

dictadura militar— marcaron una profunda ruptura en el siglo XX, al liquidar al Estado Oligárquico transformando la naturaleza del Estado en su relación con los sectores populares, como señala Neira¹⁹⁵.

Así, García Pérez pretendió justificar su renuencia a restituir la vigencia de la Constitución de 1979, su defensa del statu quo socio-económico de la Constitución de 1993, su oposición a promover la reforma constitucional que quedó pendiente en el régimen de Toledo¹⁹⁶. Asimismo, explica su propio viraje ideológico falseando la historia. Llegó a sostener que el Partido Aprista Peruano y Haya de la Torre aceptaron someterse a los condicionamientos del régimen militar para constitucionalizar las reformas de su primera fase¹⁹⁷. La Constitución de 1979 no constitucionalizó el modelo socio-económico del velasquismo —que ya había sido abandonado por los militares de la *segunda fase* en el poder— aunque habilitó al Estado para un rol intervencionista, no prohibió las privatizaciones. Si bien consagró la reforma agraria¹⁹⁸, ésta

presas públicas, conceder unos derechos extraordinarios, proteger la industria, etc. Sin ser conscientes de eso, mantuvimos el concepto del Estado superpoderoso y de ciertos colectivismos agrarios que no beneficiaron al campesino”.

¹⁹⁵ Marcaron la ruptura con la herencia colonial y “*un antes y un después en la vida peruana*”, según Neira, Hugo (2009) *Hacia la tercera mitad. Perú XVI-XX. Ensayos de relectura herética*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, p. 522.

¹⁹⁶ Con la presentación de un Anteproyecto de Reforma Constitucional el 5 de abril de 2002 por la Comisión de Constitución, en cumplimiento de la Ley N° 27600.

¹⁹⁷ El Decreto Ley N° 21949, que convocó a la Asamblea Constituyente de 1978 declaró que la nueva Constitución “contendrá esencialmente, entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada”.

¹⁹⁸ En el artículo 159 declaró que la reforma agraria “es el instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo. Se dirige hacia un sistema justo de propiedad, tenencia y trabajo de la tierra, para el desarrollo económico y social de la nación”. Constituyó un radical proceso antilatfundista que rompió con la herencia colonial denunciada por José Carlos Mariátegui (1894-1930), en sus artículos publicados en *Mundial* sobre “*El problema de la tierra*”. Así en el primero de ellos —publicado el 18 de marzo de 1927— afirmó que el problema agrario radica en la erradicación de la feudalidad sobreviviente, de modo que no se

fue una política antilatifundista reclamada por José Carlos Mariátegui y que Haya consideró públicamente parte de la doctrina aprista, que había sido asumida por los militares velasquistas¹⁹⁹. De otro lado, el régimen económico constitucional de 1979 consagró la *economía social de mercado*, bajo la influencia socialcristiana de Alayza Grundy, representante del Partido Popular Cristiano, con un Banco Central autónomo, siguiendo el modelo del *Bundesbank* alemán. Cabe señalar que la propia Asamblea Constituyente de 1978 rechazó las observaciones que se le pretendió imponer a diversas disposiciones del texto fundamental, hecho histórico que demuestra que la Asamblea Constituyente no se sometió al régimen militar de Morales Bermúdez.

En la doctrina nacional, Blancas ha resaltado la antinomia entre la Cláusula del Estado Social del artículo 43 de la Constitución de 1993 (“*La República Social*”) y la opción explícita de consagrar un régimen

podía liquidar la servidumbre de la raza indígena sin destruir el latifundio. Citado por Chang-Rodríguez, Eugenio (2012) *Pensamiento y acción en González Prada, Mariátegui y Haya de la Torre*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 228.

¹⁹⁹ Sobre la doctrina aprista, Haya de la Torre (1895-1979), líder e ideólogo del APRA, en su obra más importante *El Antiimperialismo y el APRA* (1936) proponía “(...) que el Estado antiimperialista sería un Estado de transición al socialismo en Latinoamérica. En la primera etapa no se impondría el socialismo, sino que se llevaría a cabo una revolución social en un Estado nacional diferente del Estado manipulado por los latifundistas, gamonales y burgueses (agentes del imperialismo); su propósito era eliminar el atraso, la corrupción, el analfabetismo y la injusticia. El *Estado antiimperialista* defendería a la nación del fenómeno económico-político promotor del atraso y la dependencia; crearía una sociedad justa e igualitaria utilizando un frente pluriclasista, centrado en los trabajadores manuales e intelectuales del campo y la ciudad. El campesinado, la clase obrera y los trabajadores intelectuales formarían un bloque histórico parecido al propuesto por Antonio Gramsci” (Chang-Rodríguez, Eugenio (2012) *Pensamiento y acción en González Prada, Mariátegui y Haya de la Torre*, cit., p. 329). El mismo autor reconoce sobre la relación entre el APRA y el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, que Haya de la Torre “(...) exigió continuamente un diálogo creador y efectivo, destinado a considerar democráticamente, los cambios necesarios para superar los viejos problemas estructurales del país. El 22 de febrero de 1972, Día de la Fraternidad, propuso una asamblea constituyente que sentara las bases de una verdadera democracia” (ibídem, p. 309).

económico neoliberal en el Título III. Sin perjuicio de ello, destaca el rol del Tribunal Constitucional del Perú cuya interpretación extrae del concepto de “*economía social de mercado*” desarrollos jurisprudenciales susceptibles de armonizar con la definición estructural de nuestro incipiente Estado de Derecho como *Estado Social*, intentado superar esta abismal contradicción²⁰⁰. Paradójicamente, este desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha legitimado a la propia Constitución espúrea²⁰¹.

Así, como Tribe y Dorf sostienen sobre la paradigmática Constitución estadounidense que la naturaleza plural e interdependientemente dividida de su texto constituye una fortaleza²⁰², podríamos sostener que, en el Perú, la naturaleza contradictoria de la Constitución de 1993 facilita el rol de interpretación del juez constitucional, así como la acción del legislador para desarrollar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hemos denominado a este proceso iniciado por el Tribunal Constitucional del Perú como la reconstrucción del significado de la Cláusula del Estado Social, orientada a la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, en el marco de un Estado radicalmente democrático. Como declaró en la STC Exp. 008-2003-AI/TC “*Caso Roberto Nesta Brero*”, de 11 de noviembre de 2003, con el voto de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma:

²⁰⁰ Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit., p. 130.

²⁰¹ Cfr. Espinoza, Eloy (2013) “Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: Notas del papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del derecho y la política, y sus repercusiones”. En *Pensamiento Constitucional*, núm. 18, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 175-197; Morales Saravia, Francisco (2013) “La reforma de la Constitución de 1993 y sus problemas”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 6. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, p. 78.

²⁰² Tribe, Lawrence y Michael Dorf (2010) *Interpretando la Constitución*. Lima: Palestra, p. 65.

(...) El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado. Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no solo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales (...) De esta forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una *democracia económica, social y cultural* (cursiva agregada).

En ese sentido, en nuestra opinión se trata de una cláusula prospectiva de un modelo de Estado a alcanzar.

Así, en la democracia social y económica, los derechos sociales constituyen obligaciones del Estado Social que no es ni debe ser un Estado paternalista sino por el contrario un Estado liberador, como anota Hernández Gil²⁰³.

Con esa finalidad proponemos revisar a dos paradigmas actuales: el neoconstitucionalismo y el garantismo.

II. LOS PARADIGMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y DEL GARANTISMO PARA EL ACTIVISMO JUDICIAL

2.1. El uso alternativo del derecho

El uso alternativo del derecho, defendido por los jueces de *Magistratura Democrática* e impulsado por un grupo de juristas encabezados por Pietro Barcellona a partir de 1972, partía de un específico valor constitucional, el principio de *igualdad sustantiva* declarado en el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947, inspirado en el líder comunista

²⁰³ Hernández Gil, Antonio (1987) *Conceptos jurídicos fundamentales*. Obras Completas, tomo I. Madrid: Espasa Calpe, p. 484.

Palmiro Togliatti. A partir de este principio, se intentó transformar el sistema normativo y las estructuras socio-políticas que lo sustentan mediante el uso instrumental del derecho como instrumento para la revolución social²⁰⁴. Esta posición fue sostenida, entre otros, por Ferrajoli para procurar un marco jurídico-político diferente que facilitara la liberación de la clase obrera.

Como apunta Zagrebelsky, el paradigma del uso alternativo del derecho, entendido como la ideologización de la interpretación constitucional en un sentido favorable a las clases populares se constituyó en *alternativa* contraria a la tradicional politización de su interpretación en favor de las clases dominantes, representó un intento de desplazar la legislación en favor de la jurisdicción²⁰⁵. Díaz Revorio critica el paradigma alternativista, pues si bien la interpretación constitucional ha de estar orientada a unos fines y valores que determina el propio texto fundamental y que tales fines imponen una interpretación progresista de la misma, ello no autoriza a utilizar la interpretación de la Norma Suprema con la finalidad de imponer una ideología determinada²⁰⁶.

El uso alternativo del derecho superó la visión marxista mecanicista que concebía a la actividad judicial como represiva y al servicio de la dominación social. Acudimos a Souza sobre el neomarxismo en el que ubica Antonio Gramsci, Louis Althusser y Nicos Poulantzas, que inspiró el uso alternativo del derecho.

Gramsci parte de asumir que el derecho es el instrumento para la imposición de los valores de la clase dominante²⁰⁷. Sin embargo, asume

²⁰⁴ Souza, María de Lourdes (1998) *Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica*, pp. 233-256. Enlace: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142382.pdf>

²⁰⁵ Zagrebelsky, Gustavo (2008) *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, p. 152.

²⁰⁶ Díaz Revorio, Francisco (1997) *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 338.

²⁰⁷ Cfr. Gramsci, A., *La política y el Estado moderno* (1971). Península: Barcelona Souza, citado por Souza María de Lourdes (2001) Introducción. *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: Ilsa/Universidad

la naturaleza política del derecho y su ambigüedad que determina que el juez puede optar por el rol que jugará en la sociedad:

(...) ya que puede optar por el mantenimiento del bloque histórico (como intelectual tradicional o por su superación (como intelectual orgánico). La asunción de la función de intelectual orgánico supondría la utilización de cualquier fisura en el bloque ideológico burgués, sea en las leyes y en otros espacios de su incumbencia o, incluso, su provocación para así derrocar al derecho burgués y la estructura de poder que lo mantiene. Al mismo tiempo debería garantizar y abrir nuevos espacios de poder en favor de las clases subalternas y así fortalecer su hegemonía²⁰⁸.

Para Althusser el derecho goza de una autonomía específica capaz de influir en la práctica política y económica abriendo la posibilidad de una praxis jurídica subversiva de las estructuras jurídicas, políticas y económicas, revirtiéndolas en favor de las clases dominadas²⁰⁹.

Poulantzas afirma que los operadores judiciales del derecho pueden desempeñar un relevante rol en la lucha contra la hegemonía dominante y en la consolidación de la hegemonía de las clases subalternas, por ejemplo, con la utilización de las lagunas de la ley²¹⁰.

Souza resume los aportes del neomarxismo:

(...) Una de las innovaciones más importantes operadas por el neomarxismo es su concepción del sobre la superestructura que, aunque condicionada por la estructura, posee una cierta autonomía, tiene una especificidad propia y puede en cierta medida, incidir sobre aquélla. (...)

Nacional de Colombia, p.39. Enlace: <http://www.nanopdf.com/download/souza-m-l-el-uso-alternativo-del-derecho-genesis-y-evolucion-pdf>

²⁰⁸ Ibídem, p.23.

²⁰⁹ Althusser, Louis (1974) "Ideología y aparatos ideológicos del Estado". En *Escritos*. Barcelona: Laia, pp. 129-130. Citado por Souza, María de Lourdes (2001) *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, p. 25.

²¹⁰ Cfr. Poulantzas, Nicos (1979) "Examen del Estado y el derecho de actuales y la cuestión de la alternativa". En: U. Cerroni, N. Poulantzas y L. Tadic *Marx, el derecho y el Estado*. Barcelona: Oiko-Tau, p. 106. Citado por Souza, María de Lourdes (2001) *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, p. 28.

De ahí deriva la comprensión de que el derecho, al ser un fenómeno super-estructural tiene una ‘autonomía relativa’ y una ‘eficacia específica’, lo que hace viable su utilización o instrumentalización como impulsor de cambios estructurales significativos (...) En definitiva, lo que el derecho tiene en sí gérmenes tanto conservadores como revolucionarios, de tal forma que sus operadores pueden actuar de acuerdo con una de las disyuntivas: ser meros agentes del sistema dominante, o bien activos catalizadores de un proceso estructural transformador, tanto a nivel interno (del derecho y del aparato judicial) como a nivel externo (político, económico y social)²¹¹.

Más adelante Souza resume el rol de la judicatura para el neomarxismo:

Esto hace que la actuación del juez sea de tipo político, ya que puede optar por el mantenimiento del bloque histórico (como intelectual tradicional) o por su superación (como intelectual orgánico). La asunción de la función de intelectual orgánico supondría la utilización de toda y cualquier fisura en el bloque ideológico burgués, sea en leyes y en otros espacios de su incumbencia o, incluso, su provocación para así derrocar el derecho burgués y la estructura de poder que lo mantiene. Al mismo tiempo debería garantizar y abrir nuevos espacios de poder en favor de las clases subalternas y así fortalecer su hegemonía²¹².

Compartimos la posición gramsciana que afirma que siendo los juristas y los jueces son los intelectuales encargados de decidir qué normas son válidas, su función es parte relevante de la *hegemonía*²¹³. Los jueces siempre tienen una ideología²¹⁴ e ignorarlo es una hipocresía

²¹¹ Souza, María de Lourdes (2001) *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, cit, pp. 19-20.

²¹² *Ibíd*em, p.23.

²¹³ Kennedy, Duncan (1982) “Antonio Gramsci and the legal System”. En: ALSA fórum, vol. 16, núm . 1, Boston, p. 35.

²¹⁴ Gramsci, Antonio, op. cit., pp. 368-369: “Pero en este punto se plantea el problema fundamental de toda concepción del mundo, de toda filosofía que haya llegado a ser movimiento cultural, ‘religión’, ‘fe’ o sea, que haya producido una actividad práctica y una voluntad y que se contenga en ellas como ‘premisa’ teórica implícita (una ‘ideología’), podría decirse, si se da al término ‘ideología’ la significación más alta: *la de concepción del mundo que se manifiesta implícitamente en el derecho, en la*

intelectual. Asimismo, reivindicamos más que los métodos, los fines del uso alternativo del derecho: la construcción de una sociedad más justa y el logro de una *democracia radicalmente democrática*, en la cual como aspiraban Antonio Gramsci y Nicos Poulantzas se “atribuya a los valores democráticos de libertad e igualdad contenidos y sentidos concretos y materiales que se extiendan a todos los niveles”²¹⁵.

Finalidad progresista coincidente en gran medida con la declarada en el preámbulo de la Constitución de 1979, cuando proclama la voluntad del constituyente de promover “la creación de una *sociedad justa, libre y culta, sin explotadores ni explotados*, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía”.

2.2. La metamorfosis hacia el garantismo

En el ámbito de la función jurisdiccional es relevante destacar la metamorfosis del *uso alternativo del derecho* en el nuevo paradigma del *garantismo*. Si bien ambos tienen raíces en el neomarxismo de Gramsci²¹⁶, Souza puntualiza sus diferencias:

actividad económica, en todas las manifestaciones de la vida, individuales y colectivas) –o sea, el problema de conservar la unidad ideológica en todo el bloque cimentado y unificado por aquella determinada ideología precisamente” (cursiva agregada).

²¹⁵ Souza, María de Lourdes *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, cit., p. 26.

²¹⁶ Hobsbawm, E. (2011) *Como cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011*, cit., pp. 328-329, afirma sobre la concepción del Estado de Gramsci y la hegemonía: “Ahora bien, la concepción del Estado como un equilibrio entre instituciones coercitivas y hegemónicas (o si se prefiere, una unidad de ambas) no es nueva en sí misma, por lo menos para que aquellos que observan el mundo de manera realista. Es obvio que una clase dirigente no descansa solamente en el poder coercitivo y la autoridad, sino en el consenso que se deriva de la hegemonía –lo que Gramsci denomina ‘el liderazgo intelectual y moral’ ejercido por el grupo dirigente y la ‘dirección general impuesta a la vida social por el grupo fundamental dominante’. Lo que es nuevo en Gramsci es la observación de que incluso la hegemonía burguesa no es automática sin lograda a través de la acción y organización política conscientes”.

Resulta así que, para el uso alternativo del derecho muchos de los mecanismos edificados y defendidos por la cultura legal-positivista, incluido su sistema de garantías, sean instrumentos ideológicos y funcionales a la estructura legal burguesa y de las desigualdades y opresiones que ésta genera. En cambio, para los garantistas dichos mecanismos son precisamente la base fundamental de protección y defensa del individuo frente a la omnipotencia autoritaria y opresora de las estructuras de poder y, especialmente, de garantía de los derechos sociales (que cobran gran relevancia en los momentos actuales en que se asiste a la involución y desmantelamiento del Estado Social)²¹⁷.

Es así como Ferrajoli afirma sobre la relevancia del Estado Constitucional de Derecho para el garantismo que:

Mientras que, en el pasado, hasta hace un par de décadas, el Estado de Derecho parecía un valor liberal y burgués en cuanto concebido preferentemente para la tutela de las libertades civiles y la democracia política parecía un valor socialista, dado que la mayoría estaba formada por trabajadores dependientes y sujetos pobres, hoy el sentido de esa relación se ha invertido. En la sociedad de los dos tercios, la democracia política corre el riesgo de favorecer todavía más a los fuertes y a los ricos, que en cuanto mayoritarios se inclinan siempre hacia el principio de la mayoría y a la resistencia frente a cualquier regla, límite o control. Mientras es el Estado de Derecho, con sus vínculos y límites impuestos al Estado y al mercado, para tutela no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales, el que ejerce un papel de defensa y garantía de los sujetos más débiles²¹⁸.

Sobre el criterio de los derechos fundamentales como leyes de los más débiles, Ferrajoli afirma:

(...) Con esta base, todos los derechos fundamentales —del derecho a la vida a los derechos a la libertad y los derechos sociales— pueden ser definidos desde el plano axiológico, como leyes del más débil, en alternativa a

²¹⁷ Souza, María de Lourdes (1998) *Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica*, cit., pp. 248-249.

²¹⁸ Ferrajoli, Luigi (1996) “El Estado constitucional hoy”. En: *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, p. 21.

la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente como en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte políticamente como en el estado absoluto; de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista²¹⁹.

Siguiendo a Ferrajoli, el garantismo promueve la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto éstos son *derechos universales de inclusión* y forman la base de la igualdad jurídica. Ferrajoli los diferencia de los derechos patrimoniales —como el derecho de propiedad—:

(...) son derechos singulares (*singuli*), en el sentido lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios titulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás (...) Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica (...) Los otros son exclusivos, es decir *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica²²⁰.

Ferrajoli señala los siguientes postulados como caracteres del garantismo:

El primer postulado es el principio de *estricta legalidad*, en la medida que es compatible con la Constitución:

Al principio de mera legalidad, en virtud del cual la ley es condicionante de todos los actos prescriptivos subordinados a ella, el constitucionalismo rígido añade el *principio de estricta legalidad*, por cuya virtud, la ley misma es a su vez condicionada, al depender su validez de la conformidad de sus formas y de la coherencia de sus contenidos con las normas constitucionales, formales y sustanciales, sobre su producción²²¹.

El segundo postulado es el principio de *plenitud deóntica*:

El segundo postulado es el de *plenitud deóntica*, en virtud del cual, donde quiera que existen derechos o intereses establecidos por normas primarias,

²¹⁹ Ferrajoli, Luigi (2007) “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, p. 316.

²²⁰ Ferrajoli, Luigi (2004) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, p. 45 y sigts.

²²¹ Ferrajoli, Luigi (2014) *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trotta: Madrid, p. 58.

deberán establecerse como sus garantías primarias, los poderes-deberes correspondientes. Es decir, la prohibición de lesionarlos y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos, a cargo de funciones e instituciones de garantías primarias, a su vez separadas de cualquier otro poder²²².

El tercer postulado es el principio de *jurisdiccionalidad*:

(...) que impone que donde existan normas y garantías primarias deberán también existir, contra sus posibles violaciones, normas secundarias, que predispongan la intervención de *garantías secundarias* o jurisdiccionales, por obra de funciones y de instituciones de garantía a su vez secundarias, también separadas de cualquier otro poder” (...) En efecto, pues al control de legalidad propio del paradigma legislativo sobre los actos regulados por la ley se ha añadido el control jurisdiccional sobre la ley misma. Los jueces están, pues, siempre sometidos a la ley, pero solo a la ley considerada constitucionalmente válida, al ser llamadas a inaplicarla o a denunciar su inconstitucionalidad ante los jueces constitucionales, cuando la estimen constitucionalmente inválida²²³.

El cuarto postulado es el principio de *accionabilidad*:

(...) conforma al cual, donde exista una jurisdicción deberá estar asimismo prevista, como ulterior garantía secundaria, su activación por los titulares de los derechos y de los intereses lesionados y, con carácter complementario y subsidiario, por parte de un órgano público capaz de suplir las posibles inercias o debilidades de aquellos. Dicho brevemente, frente a la lesión de un derecho, parafraseando una clásica fórmula, es preciso que hay, no solo un juez, sino también un fiscal en Berlín, que garantice en todo caso ese derecho, instrumental a la garantía de todos los demás derechos, que es el derecho de acceso a la justicia²²⁴.

En este marco conceptual, se refuerza el rol de la jurisdicción, produciéndose una nueva legitimación democrática del Poder Judicial y de su independencia²²⁵.

²²² Ibídem.

²²³ Ibídem, p. 59.

²²⁴ Ibídem, p. 60.

²²⁵ Garrido Gómez, María Isabel (2014) “Garantismo, democracia y derechos fundamentales”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís

2.3. El paradigma del neoconstitucionalismo

Se afirma que el neoconstitucionalismo —que agrupa a una amplia diversidad de autores— constituye una síntesis de los movimientos constitucionales de los Estados Unidos y de Europa Continental cuyo resultado es: “(...) una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”²²⁶.

Salazar Ugarte asume que el neoconstitucionalismo es una noción creada con la finalidad de ofrecer una denominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica, pero que incluyen dentro esta categoría desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por Alexy y las voces latinoamericanas de Nino, Carbonell o Bernal Pulido²²⁷.

Carbonell destaca la influencia del neoconstitucionalismo en el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales y su irradiación en las facultades de derecho y la jurisprudencia de América Latina:

En los últimos años la teoría constitucional referida a los derechos fundamentales también ha ido creciendo de forma significativa, si bien es cierto que todavía nos encontramos por detrás de los desarrollos que se pueden observar en algunos países europeos (sobre todo en Alemania e Italia) o incluso por detrás de la teoría constitucional de Estados Unidos, que tiene entre sus temas favoritos precisamente el de los derechos.

Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. II, Capítulo XV. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 716.

²²⁶ Prieto Sanchís, Luis (2002) *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, p. 115.

²²⁷ Salazar Ugarte, Pedro. *El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente*. México: UNAM, p.4. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/po-nencias/13/239.pdf>

Por esa misma razón, los desarrollos regionales se han visto alimentados (creo que de forma muy positiva) por planteamientos que vienen de otros países. En los últimos años la corriente que se ha ido implantando progresivamente es la del neoconstitucionalismo, cuyos autores más conocidos han sido analizados en muchas escuelas y facultades de derechos de América Latina, tanto a nivel de licenciatura como de posgrado. No es extraño que en nuestras aulas cientos de profesores repitan con frecuencia los nombres de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky y el de un neoconstitucionalista autóctono como Carlos Santiago Nino. Las posturas de estos teóricos incluso han servido de guía para la jurisprudencia; por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana se ha inspirado con frecuencia en teoría de los principios de Robert Alexy o en su comprensión de la manera en que puede hacerse la ponderación de derechos; de la misma forma, la Suprema Corte de México se ha beneficiado de las aportaciones de Luigi Ferrajoli (aunque no siempre lo haya reconocido de forma expresa)²²⁸.

Como es lógico, el constitucionalismo conservador —aunque minoritario— es opuesto a la expansión de los derechos fundamentales y, en consecuencia, rechaza la creciente influencia del neoconstitucionalismo, sosteniendo que en los países en los que se ha consolidado han pasado siglos de desarrollo institucional²²⁹. Este discurso —que más parece de nostálgicos del autoritarismo de los años 90 del siglo XX— ignora que países como Italia y España, en los cuales se han consolidado los aportes del neoconstitucionalismo en la doctrina y la jurisprudencia, pasaron en poco tiempo por etapas de reconstrucción institucional después de dictaduras fascistas en el siglo XX. No siempre se desarrollan procesos lineales de institucionalización democrática, de modo que no tenemos por qué estar condenados en América Latina

²²⁸ Carbonell, Miguel (2010) “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina: apuntes para una discusión”. En: *Pensamiento Constitucional*, núm. 14, Lima, pp. 23-24.

²²⁹ Chanamé, Raúl y S. Verástegui (2014) “El neoconstitucionalismo en un Estado Constitucional”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 7, Lima, p. 311.

a atravesar por procesos históricos de larga duración para asimilar los aportes del neoconstitucionalismo.

Dentro del neoconstitucionalismo destacamos el aporte del principialismo de Dworkin. Así, nos interesa destacar que como uno de sus fines la realización real y efectiva de los derechos, que constituyen la máxima expresión de los valores de la libertad e igualdad. En suma, parafraseando a Dworkin, autor de *Taking Rights Seriously*, asumir los derechos económicos, sociales y culturales *en serio*:

Si queremos que nuestras leyes y nuestras instituciones legales nos proporcionen las normas básicas dentro de las cuales hayan de ser cuestionados estos problemas, esas normas básicas no deben ser la ley del conquistador, que la clase dominante impone a los más débiles, tal como suponía Marx que era el derecho de una sociedad capitalista. El grueso del derecho —aquella parte que define y condiciona la política económica, social y extranjera no puede ser neutral. Debe enunciar, en su mayor parte, la opinión que tiene la mayoría de lo que es el bien común. La institución de los derechos es por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la libertad e igualdad de éstas serán respetadas²³⁰.

Dworkin sostiene que su teoría del activismo judicial se sustenta en *conceptos* fundamentales —que consideramos equivalentes a nuestros valores superiores— de naturaleza ética, que deben ser interpretados por los jueces para determinar las mejores *concepciones*:

(...) Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del ‘Bill of Rights’ como las cláusulas de igual protección y de proceso debido, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un *tribunal activista*, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moral política²³¹ (cursiva agregada).

²³⁰ Dworkin, Ronald (2012) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, p. 303.

²³¹ *Ibidem*, pp. 230-231.

Hay que precisar que Ferrajoli —desde la orilla del garantismo— critica al principialismo por basarse en principios morales extrajurídicos:

Esta tesis se funda, en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino la moral; y que se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen una idea semejante, los principios formulados en nuestras constituciones —la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales— no son simplemente valores de justicia compartidos y firmemente defendidos por ellos, sino principios y contenidos de justicia ‘verdaderos’ y, en algún misterioso sentido de la palabra, ‘objetivos’. La conexión entre derecho y moral que teorizan se resuelve así en un tendencial iusnaturalismo conjugado con ese variante del legalismo ético que es el constitucionalismo ético; *es decir, en una concepción exactamente opuesta a la aquí sostenida del constitucionalismo como segundo positivismo, esto es, como positivismo jurídico reforzado en virtud de la positivización también de las opciones ético-políticas que deben presidir la protección del derecho positivo mismo* (cursiva agregada)²³².

Así, es pertinente resaltar las diferencias entre el neoconstitucionalismo de Dworkin y el garantismo. Salazar Ugarte los diferencia en los siguientes términos:

(...) El primero, promueve una actuación judicial activista en virtud de la presunta existencia de principios morales extrajurídicos y juridificados que *deben orientar* la decisión de los jueces; el segundo, en cambio, promueve el activismo fuera del derecho y, si es jurídicamente posible, *en el derecho*, como parte de un programa político que, *debería orientar*, el quehacer de los juzgadores. La diferencia no es baladí: el juez del neoconstitucionalismo está autorizado a suplantar al legislador en aras de una justicia con asidero moral objetivo; el juez del garantismo está obligado a provocar que el legislador haga su tarea en aras de una agenda política liberal y democrática²³³.

²³² Ferrajoli, Luigi (2014) *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit. p. 100.

²³³ Salazar Ugarte, Pedro *El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente*, cit.

Así, postulamos la siguiente síntesis: del principialismo asumimos la idea que los conceptos fundamentales, esto es, en nuestro sistema jurídico, los valores superiores juridificados y positivizados en el texto de la Norma Suprema, *deben orientar la decisión de los jueces*. Parafraseando a Dworkin, el juez constitucional debe ser activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones ético-políticas guiado por los valores superiores, pero con la finalidad del garantismo: la tutela en serio de los derechos económicos, sociales y culturales de los más débiles.

III. EL ROL DEL JUEZ EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

3.1. La legitimidad democrática del juez

Sobre el rol de la jurisprudencia cabe citar el pensamiento de Alf Ross —uno de los ideólogos del realismo jurídico— quien sostenía que las leyes pasan a ser normas jurídicas vinculantes cuando efectivamente se incorporan a la ideología normativa de los jueces y son aplicadas en sus sentencias²³⁴.

A partir de este enfoque de sociología jurídica, antes de preguntarnos si es viable el activismo judicial en la interpretación constitucional, debemos plantearnos si el juez constitucional goza de suficiente legitimidad democrática para esta misión. Como afirma Pozzolo, el rol del juez constitucional ya no es puramente mecanicista, sino que tiene que realizar una labor interpretativa con la finalidad de materializar los principios previstos en la Norma Suprema:

Por tanto, él se configura como el protagonista sobre la escena del Estado Constitucional democrático contemporáneo; en efecto, la naturaleza del objeto que interpreta (la Constitución), la explicación de funciones particulares (establecer la escala de valores considerada justa), las especí-

²³⁴ Ross Alf (1958) *On Law and Justice*, citado por Pérez Luño, Antonio-Enrique y otros (1997) *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, p. 98.

ficas consecuencias de su actividad interpretativa (su particular impacto jurídico-político), hacen de la corte uno de los principales órganos de la moderna organización estatal, transformándolo contemporáneamente en el *gestor del constitucionalismo moderno*²³⁵ (cursiva nuestra).

Sin embargo, este nuevo rol de gestor del constitucionalismo afronta el cuestionamiento de la *dificultad contramayoritaria*. Nino lo resume en los siguientes términos:

El argumento anterior, sin embargo, aparece neutralizado por un argumento negativo que no solo lo descalifica, sino que constituye una razón independiente para rechazar el control de constitucionalidad. Éste es el argumento basado en el hecho de que los jueces no tienen legitimidad democrática para encarar las gravísimas cuestiones valorativas que, según el argumento anterior, ellos deben encarar para justificar sus decisiones. Los jueces no están elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo (...) ²³⁶.

Una respuesta al cuestionamiento de la *dificultad contramayoritaria* es la aplicación por el juez constitucional del método de la *ponderación* pues le permite al juez constitucional que explicita las razones por las cuales resuelve en un determinado sentido, sobre todo sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales²³⁷.

Como apunta Prieto Sanchís, mientras que el Parlamento goza de una legitimidad de origen, el juez ostenta una legitimidad de ejercicio: “(...) al primero se le controla a través de su elección, de su origen, y al segundo mediante la crítica de su comportamiento”²³⁸.

²³⁵ Pozzolo, Susanna (2011) *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra, p. 169.

²³⁶ Nino, Carlos Santiago (2005) *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, p. 682.

²³⁷ Blume Rocha, Aldo (2013) “La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho: El debate respecto a la dificultad contramayoritaria”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 6, Lima, p. 382.

²³⁸ Prieto Sanchís, Luis (2005) *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Lima: Palestra/Temis, p. 239.

3.2. El principio de proporcionalidad

Así, una de las respuestas del neoconstitucionalismo al cuestionamiento de la legitimidad democrática del juez es la aplicación del *principio de proporcionalidad*, concepto jurídico, que emerge en la segunda mitad del siglo XX y que se ha consolidado en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales²³⁹. Está estructurado por tres subprincipios:

El subprincipio de idoneidad, que impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo lugar, que sea adecuada para favorecer su obtención²⁴⁰.

El subprincipio de necesidad, que implica que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a obtener el objetivo propuesto²⁴¹.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que asume que la relevancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada a su vez por la relevancia de la realización del fin de perseguido por la intervención legislativa²⁴².

Bernal Pulido analiza las diversas doctrinas o concepciones sobre la naturaleza de las disposiciones iusfundamentales de los *derechos sociales*

²³⁹ Ha sido asumido y desarrollado en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. Cabe citar, entre otras, a la STC 2235-2004-AA/TC, fundamento 6 y a la STC 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 109. Cfr. Rubio Correa, Marcial (2011) *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: PUCP.

²⁴⁰ Bernal Pulido, Carlos (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 687.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 734.

²⁴² *Ibidem*, p. 757.

*prestacionales*²⁴³ y siguiendo a Alexy²⁴⁴, asume la doctrina que afirma que las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales prestacionales son normas que estatuyen posiciones jurídicas con carácter *prima facie*, que admiten limitaciones legislativas en el marco jurídico del principio de proporcionalidad:

De acuerdo con esta concepción, ya propuesta por Alexy y desarrollada luego de manera exhaustiva por M. Borowski, *los enunciados de los derechos fundamentales dan lugar a normas y a posiciones prima facie, que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas*. Estas restricciones pueden estar justificadas en razón de las limitaciones económicas, y además en razón de las exigencias que se desprenden de otros derechos fundamentales, sociales, democráticos o de libertad, o de otros bienes constitucionales. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad actúa como criterio definitorio de la vinculación que emana de los enunciados de los derechos prestacionales²⁴⁵ (cursiva agregada).

²⁴³ Bernal Pulido distingue las siguientes concepciones: (i) las que consideran a las normas iusfundamentales de prestación como disposiciones programáticas; (ii) las que conciben a estas normas como normas-fines del Estado; (iii) las que les adscriben deberes estatales objetivos; (iv) las que les adscriben posiciones iusfundamentales que revisten la estructura triádica de las posiciones iusfundamentales con un carácter definitivo; (v) las que las estatuyen posiciones iusfundamentales con carácter *prima facie*. El mencionado autor descarta que todas las posiciones iusfundamentales sean definitivas, por cuanto “se llega al sin sentido de afirmar que en el sistema constitucional puede existir antinomias irresolubles, es decir, que dos normas contradictorias entre sí pueden valer al mismo tiempo de manera definitiva. Este problema se evitaría si se piensa que las únicas posiciones iusfundamentales adscritas a estos derechos que valen definitivamente, son aquellas que integran el núcleo esencial del derecho. Sin embargo, con este expediente se evita un inconveniente para dar pie a otro, pues es necesario diseñar un criterio para definir qué normas y posiciones pertenecen al núcleo esencial del derecho y qué normas y posiciones están excluidas del mismo”.

²⁴⁴ Alexy, Robert (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 494.

²⁴⁵ Bernal Pulido, Carlos (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p.390

3.3. El activismo del juez mediante la interpretación constitucional

Salvada la dificultad contramayoritaria, surge otra cuestión: la de plantearnos los alcances de la interpretación judicial. Wroblewsky divide las teorías de la interpretación en dos grandes vertientes:

1. Las formalistas o racionalistas en las que predomina “(...) el descubrimiento del significado inherente a la regla legal interpretada, y considera la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado”²⁴⁶.
2. Las realistas o antiformalistas en las cuales predomina un enfoque exterior a la norma interpretada, “(...) considera a la interpretación como una actividad creadora similar o análoga a la del legislador”²⁴⁷.

Aplicadas estas teorías a la interpretación constitucional, asumimos que es una actividad creadora similar o análoga a la del legislador, en la que los intereses, fines y valores se toman en consideración por el intérprete en el caso concreto. En realidad, el magistrado es de carne y hueso, con una ideología que juega un rol innegable. Como anota con precisión Diez-Picazo:

Las diversas concepciones del derecho, con arreglo a los puntos de vista adoptados en la línea de partida, diseñan el alcance de la función interpretativa de uno u otro modo²⁴⁸.

Sobre la actividad creadora del juez constitucional, Alonso García afirma que:

Consideramos como un hecho indiscutible que en todos los sistemas con jurisdicción constitucional el intérprete judicial *crea y formula* normas derivadas de la Constitución, bien expresa, bien implícitamente²⁴⁹ (cursiva agregada).

²⁴⁶ Wroblewsky, Jerzy (1985) *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, p.18.

²⁴⁷ *Ibíd*em, p.18.

²⁴⁸ Diez-Picazo, Luis (1973) *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, p. 226.

²⁴⁹ Alonso García, Enrique (1984) *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 4.

Con relación al Tribunal Constitucional Federal de Alemania y su función interpretativa de la Norma Suprema, Hesse afirma:

Las decisiones del Tribunal Constitucional contienen sin duda un momento de configuración creadora. Pero toda interpretación tiene un carácter creador. Y sigue siendo *interpretación* aun cuando sirva para responder a cuestiones de derecho constitucional y tenga por objeto normas de la amplitud y apertura de las que son propias del derecho constitucional. La concretización de tales normas puede ofrecer mayores dificultades que la de preceptos elaborados con mucho más detalle, pero ello no cambia el hecho de que son procesos estructuralmente análogos²⁵⁰.

En similar dirección, el alemán Häberle se refiere a la *política de la jurisdicción constitucional a través de la interpretación constitucional*:

Muy conscientemente hablo de la “política de la jurisdicción constitucional a través de la interpretación constitucional”. Menciono ejemplos: la interacción entre el activismo judicial y la autolimitación en el Tribunal Supremo de los EE. UU. Demuestra que la política es codiseñada por parte de la jurisdicción a través de la interpretación constitucional. Piénsese en la jurisprudencia decisiva del Tribunal Supremo en contra de la legislación del *New Deal* del presidente F.D. Roosevelt, Un ejemplo actual lo pone el activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo, él es criticado por los franceses ocasionalmente como el ‘gobierno de los jueces’. Como ejemplo menciono también los tratados europeos calificados tempranamente como Constitución, mejor dicho como ordenamiento jurídico autónomo, y la construcción dinámica de las libertades fundamentales a lo largo de muchas décadas. Ya he mencionado ejemplos de la jurisprudencia del TCF alemán. Una decisión que no puede llegar a ser sobrestimada en absoluto es la ya clásica sentencia Lüth (E7, 198), también el derecho a la protección de la confidencialidad e integridad de los sistemas técnicos de información²⁵¹.

Así, compartimos la tesis de Landa, ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, quien sostiene:

²⁵⁰ Hesse, Konrad (1990) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Citado por Habermas Jürgen, (2010) *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, p. 317.

²⁵¹ León Vásquez, Jorge “Entrevista al Profesor Häberle” (2014). En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 7, Lima, p. 162.

Más que duda cabe que los principales tribunales y cortes constitucionales en el actual contexto de la mundialización de la justicia constitucional han venido afirmándose como en las más importantes instituciones dentro de sus propios sistemas, no precisamente por mantener una actuación auto-limitativa anulante y de renuncia a sus competencias, sino por desarrollar nuevas fórmulas judiciales de resolución de los nuevos desafíos y conflictos. Y es que el poder de los jueces constitucionales no puede consistir en creer que con sus decisiones no hacen más que ejecutar la Constitución, y que no crean nada; que solo aplican el Derecho y están limitados por él, por reglas preestablecidas, puestas y legitimadas por el constituyente; sin considerar que esa norma suprema tiene como finalidad servir a la persona humana concreta *hic et nunc*.

Si ello no fuera así se caería en una fundamentación solipsista que, escapando a la legitimidad que se deriva de la argumentación jurídica en la motivación de la decisión judicial, se refugiaría en un misticismo histórico que terminaría por desconocer la esencia vital de lo constitucional que, en tanto creación humana, no solo puede ser transformada, mediante la reforma constitucional, sino también adaptada a las nuevas realidades emergentes a través de la interpretación y mutación constitucional de un tribunal supremo o constitucional²⁵².

Como reseña Landa el Tribunal Constitucional a su carácter de órgano constitucional y jurisdiccional, se suma su carácter de órgano político, en los siguientes términos:

(...) Pero este último no debe ser entendido en el sentido literal del término. Antes bien, la naturaleza política del Tribunal Constitucional está determinado, por un lado, porque sus decisiones pueden tener efectos políticos; y de otro, porque cabe la posibilidad de someter a someter a control constitucional las cuestiones políticas²⁵³.

En esa dirección, la interpretación de la Constitución es dinámica y tiene como objeto el derecho viviente y no puede ser análoga a la interpretación y ejecución de un testamento. Ya el *justice* Holmes en el caso “*Missouri vs. Holland*” sobre la interpretación de la Constitución estadounidense que

²⁵² Landa, César (2010) Prólogo de *Interpretando la Constitución*, cit. pp. 15-16.

²⁵³ Landa, César (2006) *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, p. 318.

los creadores de la Constitución habían originado un documento “cuyo desarrollo no pudieron prever por completo (...) de ahí a que el caso (en cuestión) debe ser resuelto a la luz de nuestras experiencias más acabadas, y no meramente a partir de lo que fue dicho cien años atrás.

En nuestros tiempos cabe citar a Tribe y Dorf, quienes son muy expresivos sobre el rol del intérprete constitucional:

(...) Desde este punto de vista, ‘interpretar’ una práctica cultural o social, o un texto legal, es hacer de cada una de éstas lo mejor que uno puede creer que son capaces de ser. Como Dworkin lo entiende, por ejemplo, el intérprete de un poema o una puesta en escena busca entenderlos de tal forma que se conviertan en el mejor poema o la mejor obra teatral posible. Y urge al intérprete de un concepto constitucional, como lo son el ‘debido proceso’ o la ‘protección igualitaria de la ley’, a buscar entender estos conceptos de acuerdo con la visión más amplia del intérprete de lo que una Constitución debería ser²⁵⁴.

En 1937 en plena confrontación entre el Tribunal Supremo y el Ejecutivo estadounidense por el *New Deal*²⁵⁵, el futuro juez supremo Felix Frankfurter escribió una carta al Presidente Franklin D. Roosevelt en la que sentenció: “Hasta un ciego debería ver que el tribunal hace política”.

Así, suscribimos la posición de Morisi sobre el rol político del juez constitucional en coordinación con la sociedad civil:

El juez, en el cumplimiento de sus propias tareas institucionales, está así llamado a compartir con la clase política la distribución de los valores y recursos que alimentan el conflicto, la convivencia y la fragmentación de una colectividad histórica dada. En una palabra, el magistrado debe (y no puede no hacerlo) participar en una función de coordinación política de la sociedad civil²⁵⁶.

²⁵⁴ Tribe, Lawrence y Michael Dorf (2010) *Interpretando la Constitución*, cit., pp. 54-55.

²⁵⁵ En ese periodo “(...) de 30 casos federales el Tribunal Supremo anuló 13 leyes entre 1934 y 1937, entre ellas las del salario mínimo, de sindicación, de agricultura, de impuestos, de bancarrota municipal, industria de la construcción, etc”. Landa, César (2006) *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, p. 481.

²⁵⁶ Morisi, M., (1994) “Jurisdicción y política: viejas preguntas al hilo del caso italiano”. En: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 85: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 22-23.

Con relación a la necesidad de una interpretación dinámica de la Constitución, Frankfurter en “*Youngstown Sherr Tube Co vs. Sawyer*” 343, U.S. 579 (1952) afirmaba que: “Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional (...) la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ellas”.

Si en los Estados Unidos, los académicos y jueces opuestos al activismo judicial para la tutela de los derechos sociales han invocado una concepción *hamiltoniana* de la democracia, afirmando que los jueces se deben ajustar al texto históricamente fijado de la Constitución, en América Latina, cuyas constituciones incorporan una larga lista de derechos sociales, aquella doctrina hamiltoniana habilitaría precisamente ese rol de la judicatura²⁵⁷.

Por tanto, podemos afirmar que la Constitución en América Latina es un estímulo para el activismo judicial. O como afirma Prieto Sanchís: el problema que debe afrontar el juez es que ya no se limita a verificar si la norma es idónea para resolver el supuesto de hecho, sino que previamente, ha de cuestionarse acerca de la propia legitimidad constitucional de la norma y de la solución más idónea a la luz de la Constitución²⁵⁸.

Así, si compare el Estado de derecho decimonónico y el actual Estado Constitucional, como precisa Zagrebelsky:

²⁵⁷ Gargarella, Roberto (2013) “Justicia dialógica y derechos sociales”. En: Espinoza de los Monteros, J. y J. Ordóñez (eds.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 118. El citado autor afirma: “Básicamente, lo que sostienen quienes defienden esta postura es que los jueces deben hacer cumplir estrictamente la Constitución, sin reemplazar el contenido de la misma con su propia voluntad. Como sostuvo Alexander Hamilton, en *El Federalista* n. 78, el respeto estricto de la Constitución constituye la manera apropiada de defender la voluntad democrática de la ciudadanía, que se encuentra incorporada en dicho documento. Y, dado que la Constitución (en los EE.UU.) no afirma derechos sociales, luego, los jueces no pueden aplicar la misma asumiendo que los derechos sociales tienen un rango constitucional, para desafiar, desde allí, a los legisladores que no avancen lo suficiente en la materia”.

²⁵⁸ Prieto Sanchís, Luis, op. cit. p. 249.

(...) se advierte que más que una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente la concepción del derecho²⁵⁹.

Es a través de la jurisprudencia, que se ha podido establecer el contenido mínimo de los derechos sociales (Alemania, Colombia y Suiza). En Alemania: BVerfGE 40, 121 (133, 134), BVerfGE 82, 60, I (85); en Suiza: Schweizerisches Bundesgericht (Bger) Laussaane, II. Öffentliche Abteilung, 29. September 1995, EuGH 1996, p.208; en Colombia: ST-531 de 1992²⁶⁰.

Böckenforde afirma que la creación parlamentaria del derecho dejó de ser una creación jurídica originaria y se ve degradada a la concretización, en tanto que la realizada por la jurisdicción constitucional deja de ser aplicación interpretativa del derecho para ascender al nivel de concretización *jurídico-creativa*, lo que implica el tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional²⁶¹.

Sin negar el rol del legislador para definir la política del Estado Social de Derecho²⁶², nuestra tesis propone que en el Perú, el juez constitucional impulse la reconstrucción del significado de la Cláusula del Estado Social, desde un rol activista de protección de los sectores más débiles y excluidos por el statu quo dominante. En esa dirección, se ha sostenido que la judicatura está en mejores condiciones para establecer los contenidos mínimos del Estado Social con relación del legislador²⁶³.

²⁵⁹ Zagrebelsky, Gustavo (2008) op. cit., p. 34.

²⁶⁰ Jurisprudencia citada por Petit Guerra, Luis Alberto (2015) *El Estado Social. Los contenidos mínimos de los derechos sociales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p.34.

²⁶¹ Böckenforde, Ernst W. (1993) "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de ley fundamental". En: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlags gesellschaft, p. 345. Citado por Díaz Revorio, F.J., op. cit., p. 345.

²⁶² Pérez Royo, Javier (2010) *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, p.151.

²⁶³ Von Bernstorff, Jochen (2011) "Protección del contenido esencial de los derechos fundamentales". En: Armin Von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales

Así, suscribimos a Petit cuando sostiene sobre el rol activista del juez que no debe entenderse como una falta de imparcialidad e independencia:

(...) como forma de ejercicio respecto a integrar al juez en el contexto social y mirar distinto a la ley a la ley (que antes era la máxima expresión jurídica), con la asunción de la Constitución con su valor normativo y su escala de valores y principios. Entonces ya no juez ‘positivista’ (del silogismo puro); que es muy distinto al juez ‘partidista’ (...). El primero ‘juez activista’ no es cierto que se predique como dependiente del poder político y menos parcial, pues si así fuera, desnaturalizaría su función y no serían verdaderos jueces naturales; en cambio, el segundo (juez partidista) estaría mal llamado ‘juez’ al desnaturalizar esa sagrada misión en función de la ideología de determinado ‘partido político’²⁶⁴.

Con esa finalidad, la hoja de ruta del juez constitucional debe encontrarla en los valores superiores de la Norma Suprema, que —como los *conceptos fundamentales* de Dworkin— lo guíen para la *tutela efectiva y en serio* de los derechos económicos, sociales y culturales. Similar postura respecto a los tribunales constitucionales los conceptúa como agentes de cambio social²⁶⁵.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO TERCERO

Para los defensores del statu quo hegemónico, la Constitución de 1993 contiene un régimen económico pétreo en las tesis originales de sus autores. Se identifica así al régimen económico constitucional con el modelo económico vigente desde 1990 al que se la atribuye el crecimiento

Antoniazzi, Eduardo Ferrer Mc Gregor (Coordinadores). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Comunque en América Latina*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica núm. 165, p. 176.

²⁶⁴ Petit Guerra Luis, op. cit., p. 181, nota al pie 6.

²⁶⁵ Sagüés, Néstor Pedro (2012) “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”. En: *Direitos Fundamentais Da Pessoa Humana. Um Diálogo Latinoamericano*. Curitiba: Alteridade Editora, pp. 443-461, citado por Petit Guerra, Luis Alberto, op. cit., p.73.

económico, al extremo que se difunde, como sentido común, la idea de que la finalidad suprema de la Constitución Económica es facilitar y tutelar la inversión nacional y extranjera. La Constitución de 1993 encarna el nuevo *paradigma del neoliberalismo* y ha sido en su origen un texto de *deconstrucción* de la Cláusula del Estado Social, como sostenemos como una de las hipótesis centrales del presente trabajo.

En la doctrina nacional, se ha resaltado la antinomia entre la Cláusula del Estado Social del artículo 43 de la Constitución de 1993 (“*La República Social*”) y la opción explícita de consagrar un régimen económico neoliberal en el Título III. Sin perjuicio de ello, es relevante el rol del Tribunal Constitucional del Perú cuya interpretación extrae del concepto de “*economía social de mercado*” desarrollos jurisprudenciales susceptibles de armonizar con la definición estructural de nuestro incipiente Estado de Derecho como *Estado Social*, intentado superar esta abismal contradicción. A nuestro juicio, en el Perú, la naturaleza contradictoria de la Constitución de 1993 facilita el rol de interpretación del juez constitucional, sí como la acción del legislador para desarrollar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hemos denominado a este proceso iniciado por el Tribunal Constitucional del Perú, mediante su jurisprudencia innovativa como la reconstrucción del significado de la Cláusula del Estado Social que debe ser orientada a desarrollar un sistema de garantías para el logro del constitucionalismo de la igualdad.

Con esa finalidad hemos asumido los aportes de dos paradigmas actuales: el neoconstitucionalismo y el garantismo. Así, el juez constitucional mediante la reconstrucción del significado de la Cláusula del Estado Social de Derecho, la aplicará para la tutela garantista de los sectores más débiles y excluidos de la sociedad. La hoja de ruta del juez constitucional debe encontrarla en los valores superiores de la Norma Suprema, que —como los conceptos morales del principialismo— lo guían para la *tutela efectiva y en serio* de los derechos económicos, sociales y culturales, que a su vez es una finalidad del garantismo.

CAPÍTULO CUARTO
LOS VALORES SUPERIORES
COMO CLAVES EN LA
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Como Rubio Llorente ha destacado, la teoría de la interpretación es actualmente el núcleo central de la teoría de la Constitución y el problema de la interpretación es el tema central de la teoría del Estado y de la teoría del Derecho²⁶⁶. En la doctrina latinoamericana, García Belaunde ha puesto de relieve la importancia de la interpretación constitucional. Así, entre las características de la Constitución que inciden sobre su interpretación señala a su contenido valorativo o axiológico²⁶⁷.

La mayoría de la doctrina asume que una teoría de la Constitución “constitucionalmente adecuada” exige principalmente una teoría de la

²⁶⁶ Rubio Llorente, Francisco (1997) “La interpretación constitucional”. En: *La Forma del Poder, estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 573 y sigts.

²⁶⁷ García Belaunde Domingo (1994) “La interpretación constitucional como problema”. En: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, pp. 27 y sigts.

interpretación constitucional “principalista” o “valorativa”²⁶⁸. Peralta, citado por Díaz Revorio, resalta los efectos interpretativos de los valores, dado que constituyen:

(...) un eje axiológico que interpenetra en todas las disposiciones del ordenamiento jurídico, configurando un argumento interpretativo teleológico para la comprensión global unitaria de toda nuestra realidad jurídica²⁶⁹.

Uno de los caracteres de la Norma Suprema es su naturaleza axiológica o valorativa, dado que el texto fundamental contiene valores y principios generales. En España, el Tribunal Constitucional en la STC 18/1981, de 8 de junio, asume que al incorporar la Constitución un sistema de valores su “observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental”.

Cabe señalar como cuestión previa que para parte de la doctrina no hay distinción muy nítida entre principios generales y valores. Así, Arce y Flórez-Valdés sostienen que hay una equivalencia conceptual entre ambos, siendo “perspectivas diferentes de una misma realidad”, ya que los valores superiores son la perspectiva teleológica de los principios generales²⁷⁰.

Seguimos a Lavagna quien sostiene la necesidad de una *interpretación evolutiva de la Constitución*:

(...) la Constitución contiene una serie de preceptos elásticos, que concurren a la realización de una democracia viva y vital, por lo que están sometidos de manera especial a la interpretación evolutiva; por ello debe recurrirse a los valores sociales, políticos y culturales de la realidad histórica para dotar a tales preceptos de un contenido adecuado a dicha realidad; en dichos supuestos ello implicará la elección entre varias interpretacio-

²⁶⁸ Díaz Revorio, Francisco, op. cit., p. 37.

²⁶⁹ Peralta R. (1994) *La interpretación del orden jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Universidad Complutense, p. 91. Citado por Díaz Revorio, Francisco, op. cit., p. 372.

²⁷⁰ Arce y Flórez Valdés J. (1990) *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, p. 116 y sigts.

nes, de la que deriva la continua traducción del texto constitucional en la Constitución sustancial, como *Constituzione vivente*²⁷¹.

En suma, una *teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada* —como la llama Böckenförde— no puede prescindir de los valores que la inspiran. Asimismo, no puede dejar de lado la interpretación evolutiva que evita el anquilosamiento del texto fundamental.

Como afirma Roellecke, los valores “no son palabras desnudas” ni “vainas vacías”. Tienen un contenido real al que es indispensable apelar, toda vez que un órgano de un Estado pluralista tiene vedado imponer una filosofía jurídica o un derecho natural concreto²⁷².

En la doctrina, Smend asignó a la interpretación constitucional un sentido valorativo, asumiendo que los derechos fundamentales constituyen un reflejo de un sistema de valores que debe ser realizado por el Estado. Para este autor, el fundamento de la legitimidad del Estado son los valores concretos que actúan como factores y como elementos básicos de la validez del sistema jurídico y político²⁷³.

Para Häberle —invocando al modelo de sociedad abierta de Popper— la función de la jurisprudencia es la realización de aquellos valores que tiendan a perpetuar la apertura de la sociedad, de manera que ninguna idea o grupos social queden imposibilitados de raíz de llegar a impactar en el conjunto de la sociedad²⁷⁴.

Podemos afirmar con Llamas Cascón, que la inclusión de los valores como norma jurídica supone un cambio trascendental en el Derecho resultando *ampliamente subversivos del orden mental de los juristas*. El

²⁷¹ Lavagna C. (1985) *Istituzioni di diritto pubblico*. Turín: UTET, pp. 188-189. Citado por Díaz Revorio, Francisco, op. cit., p. 131.

²⁷² Roellecke G. (1976) *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*. En: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Citado por Alonso García, Enrique (1984) *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 314.

²⁷³ Smend R. (1985) *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Citado por Díaz Revorio, op. cit., p. 226.

²⁷⁴ Häberle, Peter (1978) *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Citado por Alonso García, Enrique, op. cit., p. 329.

mencionado autor señala como consecuencias concretas de los valores sobre el ordenamiento:

- (i) Identificación del derecho por sus contenidos materiales.
- (ii) La legitimidad racional deberá incluir un consenso sobre la moralidad o sobre los grandes principios políticos.
- (iii) La concepción sistemática del derecho requiere “complementos” para su explicación en el ámbito moral y político.
- (iv) Comunicación entre el Estado Social y democrático de Derecho y los valores superiores.
- (v) Los valores superiores son la puerta para la incorporación de dimensiones morales al Derecho.
- (vi) Los valores superiores son límite material al poder²⁷⁵.

Asumimos que existe una relación directa entre la interpretación evolutiva basada en valores y principios constitucionales y el activismo judicial. En el caso estadounidense, Dworkin ha desarrollado la distinción entre concepto y concepción, a propósito de cláusulas supuestamente vagas como *due process law* o *equal protection*. Este autor —desde un enfoque próximo al jusnaturalismo y al neoliberalismo progresista de Rawls— es un defensor destacado del activismo judicial, basado en principios morales —equivalentes a los valores superiores—, que facilitarán el desarrollo de nuevos derechos. De este modo, se integra el derecho constitucional y la ética, y se fundamenta el activismo judicial en la aplicación de los principios constitucionales:

Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales contra el Estado. Las cláusulas difíciles del ‘Bill of Rights’, como cláusulas de igual protección y de proceso debido, deben ser entendidas como apelaciones a principios morales, más bien que como establecimiento de determinadas concepciones, por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar

²⁷⁵ Llamas Cascón, A. (1993) *Los valores jurídicos como ordenamiento material*. Madrid: Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, pp. 197-198. Citado por Díaz Revorio, F.J., op. cit. p. 96.

plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad pública²⁷⁶.

Para el neoconstitucionalismo, la Constitución sería un conjunto de valores (político-morales) supremos a los que el ordenamiento ha positivado, que expresarían una ideología compartida, según Pozzolo. Así afirma que:

(...) El acento puesto sobre los valores constitucionales presupone una concepción que rechaza pensar la Constitución como mero conjunto de meta-reglas sobre los poderes públicos, pensándola por el contrario como una especie de programa político destinado a todos los miembros de la sociedad: la Constitución expresaría un catálogo de valores que debería actuar como inspiración para solucionar conflictos sociales y, tener, por eso, continua aplicación y verificación. En ese sentido, las prescripciones constitucionales se convierten en justiciables y aplicables en cualquier tipo y estado de juicio. Esto lleva a la permanente verificación de la potencialidad de la Carta Fundamental, a su continua pretensión de legitimación que se basa en las acciones de los órganos del Estado se corresponden con la realización de los valores sancionados en la Constitución (...). Este proceso permanente de adecuación del Derecho positivo a la realidad implicará la aproximación de los valores constitucionales según una metodología elástica, orientada al futuro (...)²⁷⁷.

Desde el garantismo, Ferrajoli sostiene que los principios ético-políticos mediante los cuales se expresaban los viejos ‘derechos naturales’ han sido positivados, convirtiéndose en principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas²⁷⁸.

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, los valores superiores no pueden ser alcanzados si se les subordina totalmente a la “utilidad”, la “eficiencia” o la “maximización de la riqueza” como propone

²⁷⁶ Dworkin, Ronald (2012) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, pp. 230-231.

²⁷⁷ Pozzolo, Susanna (2011) *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 103.

²⁷⁸ Ferrajoli, Luigi (2014) “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En: Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero (coords.), *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra Editores, p. 109.

el Análisis Económico del Derecho. Semejante concepción economicista del Derecho es incompatible con los fines de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. Como señala De Castro debería llamarse *Análisis Económico sin Derecho*. Se trata de una teoría que “nos ofrece una hábil y recatada versión de tendencia permisiva del incontrolado poder de las grandes empresas y de las multinacionales, autorizada por el lenguaje propio de la ciencia económica a la moda”, y que “supone propugnar una sociedad amoral, en la que el débil es sacrificado en el altar de la eficiencia del mercado, en beneficio de las grandes de la economía”²⁷⁹.

En la Constitución peruana de 1993 si bien la intención del constituyente fue minimizar los valores superiores —bajo el influjo del paradigma descrito por Delgado Güembes— emerge su presencia subyacente —explícita e implícita— que debe ser estudiada y desarrollada por la doctrina y jurisprudencia constitucional. Especialmente debe destacarse la existencia de valores superiores que complementan a la Cláusula del Estado Social, siendo el “reverso político” de éstos²⁸⁰. Así, será un deber del juez constitucional desarrollar una más amplia tutela jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales. Como venimos sosteniendo, el Estado Social está orientado a la satisfacción de la procura existencial y la atención de las necesidades básicas (supra 1.1.3. b), de modo que consideramos que la fundamentación de los valores superiores se debe basar en la *teoría de la necesidades*, que afirma el reconocimiento y satisfacción de esas necesidades radicales que precisamente es la característica más relevante de ese paradigma constitucional²⁸¹.

²⁷⁹ De Castro, Federico (1982) “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, ADC, fasc. IV, octubre-diciembre de 1982, pp. 988-989. Citado por Font Galán, Juan Ignacio (1987) *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Madrid: Tecnos, p. 31.

²⁸⁰ Díaz Revorio; E.J., op. cit., p. 312.

²⁸¹ En ese sentido, sobre la teoría de las necesidades, destacamos el aporte de Heller, Agnes (1974) *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*. Barcelona: Grijalbo. La mencionada autora de la Escuela de Budapest sustentó un orden axiológico desde las “*necesidades radicales*”. Esta teoría es asumida por Peces-Barba, Gregorio, citado

En esa dirección, debe destacarse a la STC Exp. 0008-2003-AI/TC, “*Caso Roberto Nesta Brero*”, de fecha 11 de noviembre de 2003, con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartrigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma. En esa sentencia se afirma la importancia de los contenidos axiológicos del texto fundamental:

Ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un ‘mínimo común axiológico’, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, ‘la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...) De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente ‘cultivados’ (la voz ‘cultura’ como sustantivo procede del verbo latín *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución’. (Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35).

Consecuentemente, será un imperativo de este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la letra viva que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.

Los fundamentos axiológicos de la Constitución —cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1°)— son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

por Barraco Avilés, María del Carmen (2010) “Exigibilidad de los derechos sociales y democracia”. En: Silvina Ribotta y Andrés Rosetti (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III/Editorial Dykinson.

Se aprecia en la sentencia del “*Caso Nesta*” una marcada influencia del constitucionalismo principialista que considera que en la Constitución se han incorporado principios de justicia de carácter ético –político. Sin embargo, la Constitución peruana de 1993 no tiene definidos de manera explícita a los valores jurídicos que la inspiran. Sin perjuicio de ello, podemos inferirlos utilizando la jurisprudencia constitucional, doctrina y el derecho comparado. Así, consideramos que constituyen valores de la ética pública jurídica: la dignidad humana, la libertad y autonomía personal, la justicia, la igualdad formal y sustancial y la solidaridad.

II. EL VALOR SUPERIOR DE LA DIGNIDAD HUMANA

El valor superior de la dignidad humana tiene antecedentes en la tradición del iusnaturalismo cristiano católico. En la doctrina social de la Iglesia Católica, la dignidad humana está estrechamente relacionada con el derecho al trabajo que sirve “para permitir al trabajador y a su familia un tenor de vida acorde con la dignidad humana”, como afirmó Juan XXIII en *Pacem in terris*, de 11 de abril de 1963.

Asimismo, Pablo VI en *Populorum Progressio*, de 26 de marzo de 1967, conexas directamente a la dignidad humana con el derecho social al trabajo y con la satisfacción de las necesidades sociales básicas que permitan al hombre:

(...) verse libres de la miseria, hallar con más seguridad la propia subsistencia, la salud, una ocupación estable; participar todavía más en las responsabilidades, fuera de toda opresión y al abrigo de situaciones que ofenden su dignidad de hombres; ser más instruidos; en una palabra, hacer, conocer y tener más para ser más: tal es la aspiración de los hombres de hoy, mientras que un gran número de ellos se ven condenados a vivir en condiciones que hacen ilusorio ese legítimo deseo.

Actualmente, el respeto a la dignidad humana es asumido como un principio de la Ética Mundial a partir del Parlamento de las Religiones del Mundo, reunido en Chicago en 1993, como la regla del humanitarismo²⁸².

²⁸² Küng, Hans y Angela Rinn-Maurer (2008) *La ética mundial entendida desde el cristianismo*. Madrid: Trotta, p. 37.

Más recientemente, se debe destacar el memorable discurso a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015, el Papa Francisco afirmó en ese sentido, la conexión entre el valor de la dignidad humana y los derechos sociales fundamentales, cuyo contenido mínimo definió:

Al mismo tiempo, los gobernantes han de hacer todo lo posible a fin de que todos pueden tener la mínima base material y espiritual *para ejercer su dignidad* y para formar y mantener una familia, que es la célula primaria de cualquier desarrollo social. *Este mínimo absoluto tiene tres nombres: techo, trabajo y tierra;* y un nombre en lo espiritual: libertad de espíritu, que comprende la libertad religiosa, *el derecho a la educación* y todos los derechos cívicos (cursiva agregada).

Desde una perspectiva humanista secularizada, Peces-Barba afirma que el fundamento de los derechos humanos es ético y que parte de la dignidad humana²⁸³. Así, la dignidad humana es el referente moral último, el hombre centro del mundo y centrado en el mundo²⁸⁴.

Es interesante destacar que para Gramsci, los socialistas tienen como máxima jurídica que quieren realizar la: “*posibilidad de realización íntegra de la personalidad humana, reconocida a todos los ciudadanos*”²⁸⁵.

En la doctrina alemana, Dürig, define a la dignidad humana como el valor supremo y criterio interpretativo de todos los derechos fundamentales, conformando así “un sistema de valores global que al mismo tiempo resulte ser un sistema lógico-jurídico de derechos en que el valor

²⁸³ Bustamante, R. Entre la moral, la política y el Derecho: el pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba, Madrid: Dykinson, p.p. 218 y sigts. Citado por Rodríguez Uribes, José Manuel (2014) “*Los derechos fundamentales según Gregorio Peces-Barba*”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. I, Libro I, Capítulo I. Madrid: Editorial, Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 19.

²⁸⁴ Rodríguez Uribes, José Manuel, op. cit., p. 17.

²⁸⁵ Gramsci, Antonio, op. cit., p.22.

superior se comporte respecto de los valores parciales como la norma jurídica superior respecto de las normas inferiores”²⁸⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal califica a la dignidad humana como el valor jurídico superior dentro del orden constitucional (BVerfGE 45, 187 y sigts)²⁸⁷. Como subraya Habermas, la teoría de los valores constituye el núcleo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal²⁸⁸.

Así, para el Tribunal Constitucional Federal, la Ley Fundamental de Bonn no es tanto un sistema de reglas estructurado por principios, sino como un “orden concreto de valores”²⁸⁹.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal invoca el valor superior de la dignidad humana para la extensión de los derechos humanos. Petit conceptúa al valor de la dignidad humana como: “elemento transversal para el reconocimiento de casi todos los derechos sociales en el Estado alemán, incluyendo esa valiosa creación jurisprudencial del derecho fundamental a un mínimo vital”²⁹⁰.

Así, Habermas ha calificado de revolucionaria a la sentencia pronunciada el 9 de febrero de 2010 que reconoció la constitucionalidad del subsidio al desempleo, como derivado de la *dignidad humana* que

²⁸⁶ Dürig G. “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”. En *Gesammelte Schriften 1952-1983*. Berlín: Dunker & Humblot, p.129. Citado por Estevez Araujo J. A. (1994) *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Ed. Trotta, p. 100.

²⁸⁷ Citado por Díaz Revorio, op. cit., p. 66.

²⁸⁸ Habermas, Jürgen (2010) *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, p. 312. Habermas es un constitucionalista principialista por cuanto considera que: “En los sistemas constitucionales la moral no está supeditada en el aire, sobre el derecho, tal como sugería la construcción del derecho natural en los términos de un conjunto suprapositivo de normas; ahora la moral se introduce en el corazón mismo del derecho positivo”. Cfr. Habermas J. (1988) *Rech und Moral*. Citado por Ferrajoli Luigi (2014) “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, cit. p. 96.

²⁸⁹ *Ibídem*, p. 327.

²⁹⁰ Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 145.

garantiza un mínimo existencial que posibilite al beneficiario y a sus hijos, una adecuada “participación en la vida social, cultural y política”²⁹¹.

Peces-Barba conceptúa a la dignidad humana como el “valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irreplicable, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo”²⁹². En esa dirección, como afirma Parejo, la dignidad humana sustenta por entero el orden jurídico en calidad de fundamento del orden jurídico y de la paz social²⁹³.

Asimismo, la Constitución peruana de 1993 declara en el numeral 1 del artículo 2, el derecho que toda persona tiene “a su libre desarrollo”, derecho derivado directamente del valor superior de la dignidad humana, que tiene una indudable carga axiológica puesto que asume como derecho inviolable el libre desenvolvimiento de la personalidad²⁹⁴.

Así, el artículo 1 de la Norma Suprema declara que:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Hay que resaltar en el derecho comparado a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que en su párrafo 1 del artículo 1 proclama:

1. La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. 2. El pueblo alemán se identifica, por tanto, con la inviolabilidad de los inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

Cabe señalar que el artículo 151 de la Constitución alemana de 1919 —texto fundamental paradigmático del constitucionalismo social— declaró que: “(...) la organización de la vida económica debe

²⁹¹ Habermas, Jürgen (2012) *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta, p. 18.

²⁹² Peces-Barba, Gregorio (2002) *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Cuadernos Bartolomé de las Casas/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Dykinson, p. 65.

²⁹³ Parejo, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública*, cit. p. 81.

²⁹⁴ Es interesante destacar que Karl Marx en la *Ideología Alemana* afirmaba que “todos los hombres deben tener garantizado el libre desarrollo de sus capacidades personales”. Citado por Hobsbawm, Eric, op. cit. p. 40.

responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una *existencia digna del hombre*".

En el Perú el antecedente directo se encuentra en la Constitución peruana de 1979, en la que los constituyentes proclamaron su creencia en la primacía humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado. El mencionado antecedente fue iniciativa del constituyente Alberto Ruiz-Eldregde del Partido Socialista Revolucionario²⁹⁵.

Actualmente, el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993 es la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y el soporte de todo el edificio constitucional peruano, tanto de la forma de gobierno como del sistema económico. Al estar consignada en el artículo 1 es el pórtico de los demás valores y principios consagrados en la Norma Suprema. Como sostiene César Landa, ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú:

(...) fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes públicos y de los agentes económicos y sociales, así como también, establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades²⁹⁶.

En el sistema constitucional italiano los fundamentos normativos de los derechos sociales son el respeto de la dignidad humana y el principio de igualdad²⁹⁷.

Aun en la Constitución peruana de 1993 se han reconocido nuevos derechos culturales fundamentales como el derecho a la identidad étnica y cultural (art. 2, inciso 19) que anclan su raíz moral en

²⁹⁵ Canales, Carolina (2010) "La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico peruano". En: *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 22-23.

²⁹⁶ Landa, César (2002) "Dignidad de la persona humana". En: *Cuestiones Constitucionales*, núm. 6, UNAM. México D.F., p. 110.

²⁹⁷ González Moreno, Beatriz (2002) *El Estado Social, Naturaleza jurídica y estructura jurídica de los derechos sociales*. Madrid: Universidad de Vigo/Civitas, p. 31.

la dignidad humana, así como en los valores superiores de la libertad e igualdad²⁹⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha asumido que la dignidad humana es el valor superior del ordenamiento constitucional. Así, en el fundamento 14 de la sentencia del “Caso Roberto Nesta Brero” afirma que:

(...) la dignidad de la persona humana *es el valor superior dentro del ordenamiento* y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo desde luego, aquellos de contenido económico (cursiva agregada).

En la STC Exp. 0010-2002-AI/TC “*Caso Marcelino Tineo Silva*”, pronunciada el 3 d enero de 2003, con el voto de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartrigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Gonzales Ojeda, ha sostenido en el fundamento 161 que la dignidad humana constituye:

(...) un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.

La dignidad humana impone un rol protector y de promoción de los derechos fundamentales, incluyendo a los derechos sociales. Así, en esa dirección garantista, el Tribunal Constitucional del Perú en sentencia pronunciada el 30 de mayo de 2005, con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, ha declarado en el fundamento 3 de la STC Exp. 3208-2004-AA/TC que:

(...) En dicho contexto, se trata evidentemente de que el Estado fomente condiciones alrededor de otro tipo de derechos, como los sociales, los económicos y culturales, atributos que, a diferencia de los tradicionales ya mencionados, no se caracterizan por una posición negativa o abs-

²⁹⁸ Cfr. Real Alcalá, Alberto del (2014) “El derecho a la identidad cultural: Criterios de fundamentación”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXX. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 1617-1659.

tencionista, sino por una posición dinámica y promotora por parte del poder. La lógica principalista que justifica ese cambio de visión tiene su sustento en *la dignidad como valor superior del ordenamiento* (artículo 1 de la Constitución), que, a la par que fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones, tanto de protección como de promoción (cursiva agregada).

En el fundamento 19 de la STC Exp. 2945-2003-AA, “*Caso Azanca Albeli Meza García*”, de fecha 20 de abril de 2004, el Supremo Tribunal ha afirmado que el principio de dignidad “irradia a toda la gama de derechos, ya sean los civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales”.

En ese sentido es pertinente citar a Kriele, sobre la relevancia de los derechos sociales para la dignidad humana:

(...) el Estado constitucional democrático, con sus instituciones que garantizan los derechos humanos cívicos y políticos, no solo es condición indispensable para una vida con dignidad humana. Es también la base de cualquier lucha democrática por un ordenamiento jurídico y económico que tenga en cuenta los derechos humanos económicos, sociales y culturales²⁹⁹.

En esa dirección, si la dignidad humana es un valor superior del ordenamiento, el Estado Social debe priorizar la protección de los más débiles. Así, Petit se pregunta:

(...) ¿Tienen los minusválidos garantizados a plenitud de derechos respecto a la dignidad? ; ¿tienen estos garantizados en el transporte público unidades con rampas arregladas para su normal desenvolvimiento?, o ¿cuentan las ciudades con aceras lo suficientemente extensas para aquellos? ; ¿tienen las personas de la tercera edad garantizados su acceso a medicinas en forma gratuita en el servicio público?; ¿existen suficientes unidades de servicios —y de calidad— para el cuidado de ancianos?; ¿quiénes tienen derecho a la pensión de vejez?; ¿existe legislación que obligue al Estado o a la empresa privada contratar a personas con determinadas minusvalías?³⁰⁰.

²⁹⁹ Kriele, Martin (1982) *Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos Humanos*. Barcelona, p. 69. Citado por González Moreno, Beatriz (2002) *El Estado Social, Naturaleza jurídica y estructura jurídica de los derechos sociales*, cit., p. 44.

³⁰⁰ Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 51.

Finalmente, debemos destacar a la STC Exp. 00020-2012-AI/TC, “*Caso Ley de Reforma Magisterial 2*” que define a la dignidad humana, en el fundamento 75:

(...) La dignidad humana es una cualidad inherente a la persona en cuanto ser humano, forma parte de ella y es inseparable de ella. Su reconocimiento expreso en el texto constitucional supone que la fundamentación del ordenamiento jurídico no depende de un valor suprapositivo o de un poder político determinado; (...) La dignidad humana es el *prius* lógico y axiológico de todo el sistema constitucional. Desde esta perspectiva, se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en si conjunto.

III. EL VALOR SUPERIOR DE LA JUSTICIA Y SU DIMENSIÓN SOCIAL

En la doctrina latinoamericana, Bidart, que asume el *trialismo* en el Derecho Constitucional, con sus tres dimensiones: de las conductas, de las normas y de los valores, conceptúa que la justicia es “el valor más importante y excelso en el mundo jurídico”³⁰¹.

Díaz Revorio resalta que, en los Estados Democráticos, el derecho refleja un sistema axiológico en el que destaca es el valor justicia:

El valor jurídico por antonomasia es la justicia, que se entiende como un criterio que cabe utilizar para valorar el sistema jurídico, aunque existan otros conceptos con los que pueda evaluarse el Derecho (por ejemplo, la libertad, la igualdad o la seguridad)³⁰².

La Constitución peruana de 1979 declaró en su Preámbulo que “la justicia es el valor primario de la vida en comunidad y que el ordenamiento social se cimenta en el bien común y en la solidaridad humana”.

³⁰¹ Bidart Campos, Germán (1986) *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, p. 32.

³⁰² Díaz Revorio, Francisco Javier (1997) *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 32.

El artículo 44 del texto fundamental de 1993 proclama los fines superiores del Estado: “defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y *promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación*”.

A propósito del fin social del Estado de “promover el bienestar general” y su conexión con el valor justicia, es pertinente citar al fallo *Bercaitz, Miguel Ángel s/ jubilación*, de 13 de septiembre de 1974, de la Corte Suprema de la Nación en Argentina:

(...) tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *indubio pro justicia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana conforme su excelsa dignidad. (...) [Esta Corte] ha afirmado, ‘enfáticamente, que las leyes de materia previsional deben interpretarse conforme a la finalidad que con ellas se persigue, lo que impide fundamentar una interpretación restrictiva’ (Fallos: 263: 400; 265; 256; 267: 196; 279: 389). No solo, pues, la interpretación analógica restrictiva de un derecho social —en el caso previsional— contraría a la uniforme jurisprudencia de esta Corte, concordante con la doctrina universal (‘el principio de favorabilidad’), *Günstigkeitprinzip*, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar...), sino que se contrapone a la hermenéutica de las leyes que surge —según lo mostramos— del ‘objetivo preeminente’ de ‘promover el bienestar general’ que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino³⁰³.

De ahí que la Cláusula del Estado Social del artículo 43 (“*La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana*”) debe relacionarse directamente con el valor justicia. Como la igualdad sustancial y la justicia social se pueden encontrar como valores inherentes al Estado Social de Derecho, consideramos que el valor justicia ha de relacionarse con la cláusula del Estado Social. Díaz Revorio señala tiene un signifi-

³⁰³ Citado por Curtis Christian y Víctor Abramovich (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, p. 111.

cado autónomo bastante limitado. En nuestra opinión, el valor justicia se le debe definir en relación directa con la Cláusula del Estado Social que conforme a Peces Barba compatibiliza liberalismo con socialismo³⁰⁴.

Sobre el valor *justicia* siempre hay que revisar las teorías más influyentes en nuestros días con relación a la justicia distributiva: Rawls³⁰⁵, Dworkin, Nözick, Sen y Nussbaum. Para los fines del presente trabajo reseñaremos que el liberalismo progresista –en el que situamos a Amartya Sen– admite la compatibilidad entre justicia social y economía de libre mercado, bajo los siguientes límites:

- 1) El primero se refiere a la revisión de los modelos ideales del mercado y en concreto al orden espontáneo (mano invisible de Smith). Es necesario la intervención de los poderes públicos para tutelar al medio ambiente, los consumidores, los ancianos y los enfermos³⁰⁶.
- 2) El segundo implica la garantía de la igualdad de oportunidades de manera de evitar puntos de partida excesivamente privilegiados.

³⁰⁴ Peces-Barba, Gregorio (1984). *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, p. 63.

³⁰⁵ Cabe resaltar que Rawls reformuló los dos principios de la justicia, que propuso en *A Theory of Justice*, publicada por la Universidad de Harvard en 1971, en los siguientes términos: (i) Cada persona tiene derecho a exigir un esquema de derechos y libertades igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema sea compatible con el mismo esquema para todos; y en ese esquema, las libertades políticas iguales, y solo estas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo. (ii) las desigualdades sociales y económicas solo se justifican por dos condiciones: en primer lugar estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados. En ese sentido, sostuvo que una provisión mínima para la satisfacción de las necesidades básicas de todos los ciudadanos también es un contenido constitucional esencial. Cfr. *Liberalismo Político* (1995). México: Fondo de Cultura Económica. Como sostiene Arango, Rodolfo (2005) *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis/Universidad Nacional de Colombia, p. 247: “aquí el mínimo social se relaciona directamente con la Constitución”.

³⁰⁶ Siguiendo el enfoque de capacidades que sustenta Nussbaum, Martha (2007) *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, hay que incluir a las personas con problemas físicos y mentales, temporales y de por vida.

- 3) El tercero supone un compromiso con la educación cívica para que todos los ciudadanos puedan ejercer plena y conscientemente sus derechos civiles y políticos.
- 4) El cuarto está orientado a asegurar análogas posibilidades de participación política a todos los ciudadanos³⁰⁷.

Muy distante está el liberalismo igualitario del neoliberalismo conservador de Von Mises y Hayek, que inspiró a la Escuela de Chicago de Friedman. Sobre la justicia social, Hayek, patriarca de los neoliberales, llegó al extremo de afirmar que:

(...) no pasa de ser sino una mera superstición pseudo-religiosa que cabe tolerar y respetar en la medida en que contribuya a serenar el ánimo de quienes la sustentan, pero contra la que resulta obligado luchar en la medida que se convierta en pretexto a cuyo amparo se intente someter a la humanidad a coacción. La generalizada aceptación del concepto 'justicia social' representa hoy, quizá, la más trascendental amenaza que sobre la mayoría de los valores esenciales a nuestra civilización se cierne³⁰⁸.

Pérez Luño resalta que el valor de la *justicia social* constituye uno de los valores-guía en el Estado Social de Derecho, en los siguientes términos:

El tránsito desde el Estado liberal al Estado social de derecho ha significado un nuevo protagonismo para la justicia social, que constituye uno de los valores-guía de esta forma de Estado. En el Estado social los poderes públicos asumen la responsabilidad de garantizar el pleno y efectivo disfrute sus derechos por individuos y los grupos; el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos; la redistribución equitativa de las rentas y recursos a través de un sistema tributario basado en los principios de igualdad y progresividad; la subordinación de la riqueza al interés general mediante la función social de la propiedad; las políticas tendentes a garantizar el pleno empleo y la remuneración suficiente del trabajo, la tutela de los intereses

³⁰⁷ Pérez Luño, Antonio-Enrique (1997) *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, p. 220.

³⁰⁸ Hayek, F. von (1988) *Derecho, legislación y libertad: Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la política económica*. Vol. II: El espejismo de la justicia social. Madrid: Unión editorial, p. 126.

de los consumidores y usuarios frente a la actuación de multinacionales y/o monopolios que puedan interferir el equilibrio del mercado³⁰⁹.

Por su parte, Bobbio resalta la necesidad de un principio de justicia distributiva dentro de un nuevo contrato social, lo que evidencia su importancia como valor superior del ordenamiento constitucional:

Pero ¿qué contrato social? Un contrato social mediante el cual los individuos contrayentes piden a la sociedad política y por tanto al gobierno, que es su producto natural, solamente protección, como pedían los escritores contractualistas, y que hoy solicitan los nuevos escritores liberales (el caso típico el libro de Nozick) ¿o un nuevo contrato social en el que se vuelva objeto de contratación algún principio de justicia distributiva? Precisamente desde hace algunos años tiene lugar un amplio debate sobre este punto; la izquierda democrática no puede ignorarlo. En pocas palabras, se trata de ver si, partiendo de la misma concepción individualista de la sociedad, que es irrenunciable, y utilizando los mismos instrumentos, seamos capaces de contraponer al neocontractualismo de los liberales un proyecto de contrato social diferente, *que incluya entre sus cláusulas un principio de justicia distributiva y por tanto que sea compatible con la tradición teórica y práctica del socialismo*. En el seno del Partido Socialista Italiano se ha comenzado a hablar del socialismo liberal. Me parece que el proyecto del nuevo contrato social es la única manera de hablar de socialismo liberal que no sea demasiado abstracto o incluso contradictorio. Por tanto, es un tema sobre el que será necesario regresar (cursiva agregada)³¹⁰.

También en la doctrina social de la Iglesia Católica debe destacarse la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII, de 5 de mayo de 1891, —que fue calificada por Pío XI como la “Carta Magna del Orden Social”—. En *Rerum Novarum* se afirma que la importancia del rol tuitivo del Estado con relación a los más débiles, entre ellos los trabajadores:

(...) la gente rica, protegida por sus propios recursos, necesita menos de la tutela pública, la clase humilde, por el contrario, carente de todo recurso, se confía principalmente al patrocinio del Estado. Éste deberá, por consi-

³⁰⁹ Pérez Luño, Antonio-Enrique, cit., p. 220.

³¹⁰ Bobbio, Norberto (1996) *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 141-142.

guiente, rodear de singulares cuidados y providencia a los asalariados, que se encuentran entre la muchedumbre desvalida.

Con mayor profundidad con relación a la *justicia social*, debe destacarse el aporte de Pío XI en la encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de mayo de 1931. En esta notable encíclica denuncia al “imperialismo internacional del dinero” —crítica que mantiene su vigencia frente a la globalización capitalista—. Asimismo, por primera vez, se conceptúa a la justicia social como un valor del orden social y jurídico:

Más la libre concurrencia, aun cuando dentro de ciertos límites es justa e indudablemente beneficiosa, no puede en modo alguno regir la economía, como queda demostrado hasta la sociedad por la experiencia una vez que entraron en juego los principios del funesto individualismo.

Es de todo punto necesario, por consiguiente, que *la economía se atenga y someta de nuevo a un verdadero y eficaz principio rector*. Y mucho menos aún pueda desempeñar esta función la dictadura económica, pues tratándose de una fuerza impetuosa y de una enorme potencia, para ser provechosa a los hombres tiene que ser frenada poderosamente y regirse con gran sabiduría, y no puede ni frenarse ni regirse por sí misma.

Por tanto, *han de buscarse principios más elevados y más nobles, que regulen severa e íntegramente a dicha dictadura, es decir la justicia social y la caridad social*. Por ello conviene que las instituciones públicas y toda la vida social estén imbuidas de esa justicia, y sobre todo es necesario que sea suficiente, esto es, que constituye un orden social y jurídico, con quede como informada toda la economía (cursiva agregada).

Pablo VI en *Populorum Progressio* afirmaba que la paz se construye, día a día, con la justicia: “Combatir la miseria y luchar contra la injusticia, es promover, a la par que el mayor bienestar, el progreso humano y espiritual de todos, y por consiguiente el bien común de la humanidad”.

IV. EL VALOR SUPERIOR DE LA LIBERTAD Y LA AUTONOMÍA PERSONAL

Consideramos a la libertad concebida como autonomía personal como un valor superior de nuestro ordenamiento constitucional. En términos de Nino, el valor de la autonomía personal:

(...) sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos, la libertad de expresión, la libertad de cultos, el acceso a recursos materiales, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y el acceso al ocio, etc., son todos prerequisites para la elección y materialización de planes de vida³¹¹.

Como precisa Habermas, el concepto jurídico de *derecho subjetivo* está estrechamente relacionado al de la libertad:

Para la comprensión moderna del derecho, el concepto de derecho subjetivo desempeña como hemos visto en el primer capítulo, un papel central. Se corresponde con el concepto de libertad subjetiva de acción: los derechos subjetivos (en inglés *rights*) fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad. Tales derechos definen iguales libertades de acción para todos los individuos, entendidos como portadores de derechos o de personas jurídicas. En el artículo 4 de la ‘Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano’ de 1789 se dice: ‘La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de un hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Esos límites solo pueden establecerse por ley’ Con este principio conecta Kant en su formulación del ‘principio general del derecho’, conforme al cual es legítima toda acción que pueda hacerse compatible con la libertad de todos los demás conforme a una ley general. A este principio se atiene todavía Rawls en la formulación de su primer principio de justicia: ‘Toda persona ha de tener un igual derecho a las libertades básicas lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás. El concepto de ley aclara y explicita la idea de trato igual, contenida ya en el concepto de derecho: en la forma de leyes abstractas y generales competen a todos los sujetos los mismos derechos³¹².

³¹¹ Nino, Carlos Santiago (2005) *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, p. 167.

³¹² Habermas, Jürgen (2010) *Facticidad y validez*, cit., pp. 147-148.

Dentro de esta concepción liberal del derecho subjetivo, se protege a su titular de las interferencias no consentidas a la libertad de contrato y la libertad de adquisición y transferencia de propiedad³¹³.

Empero, Dworkin considera que no existe tal derecho a la libertad —en el sentido fuerte del derecho— porque el Estado puede limitar la libertad de las personas en política de bienestar general. Para este liberal igualitario, el principio de igualdad es el primer y superior derecho:

No creo que el derecho a la libertad significara mucho, ni alcanzara gran poder en la discusión política, si se apoyara en algún sentido en el derecho del más débil que el citado. Sin embargo, si nos ponemos de acuerdo sobre este concepto de [lo que es] un derecho, parece obvio que no existe ningún derecho a la libertad como tal. Yo no tengo ningún derecho político a conducir en ambos sentidos por Lexington Avenue. Si el gobierno decide que el tránsito por Lexington Avenue es de dirección única, es justificación suficiente que esto favorezca el interés general, y sería ridículo que yo sostuviera por alguna razón, de todas maneras, está mal. La gran mayoría de las leyes que disminuyen mi libertad se justifican por razones utilitarias, porque favorecen el interés general o el bienestar general; si como supone Bentham, cada una de esas leyes disminuye mi libertad, no me privan de cosa alguna que tenga derecho a tener. No basta, en el caso de la calle de dirección única, decir que, aunque tengo derecho a recorrer Lexington Avenue en ambos sentidos, se justifica que por razones especiales el gobierno invalide ese derecho. Decirlo me parece absurdo porque el gobierno no necesita ninguna justificación especial, sino solo una justificación para ese tipo de legislación. *De modo que puedo tener un derecho político a la libertad, tal que todo acto de restricción disminuya o infrinja ese derecho, solo en un sentido tan débil de [la palabra] derecho que el llamado derecho a la libertad no resiste en modo alguno la competencia con los derechos fuertes, como el derecho a la igualdad. En cualquier sentido fuerte de la palabra derecho, que pudiera competir con el derecho a la igualdad, no existe, en modo alguno, ningún derecho general a la libertad* (cursiva agregada)³¹⁴.

³¹³ Ibídem, p. 150.

³¹⁴ Dworkin, Ronald, op. cit. p. 384.

En el marco del régimen económico, podemos reconocer que el valor superior de la libertad se materializa en el principio general de libertad de iniciativa (artículo 58) y del derecho de libertad de empresa. Como resume Correa sobre el núcleo esencial de la libertad de empresa:

En ese orden, la definición objetiva y subjetiva del contenido o núcleo esencial de la libertad de empresa se explica a través de dos conceptos principales: la preservación del mercado como sistema económico protegido y la garantía concreta de los ingredientes de ese derecho que reflejen en lo económico el principio de libertad e igualdad (libertad fáctica de acceso y competencia económica), el libre desarrollo de la personalidad económica y en la Constitución material de uno y otro Estados, el derecho de ganarse la vida a través de los actos de emprendimiento independiente³¹⁵.

Acudimos a Alexy en *Teoría de los derechos fundamentales*, quien se refiere a la llamada teoría liberal en los siguientes términos:

“Una teoría liberal muy fuerte es sostenida por quien ve en la libertad de acción o decisión, en el sentido de ausencia de intervenciones estatales, es decir, hace valer solo el principio de libertad negativa frente al Estado como principio iusfundamental³¹⁶. Frente a esta *teoría liberal o burguesa del Estado de Derecho* —como la llama Böckenförde³¹⁷— emerge la teoría del Estado Social:

Típicas de una teoría del Estado Social son tesis como las que sostiene que la ‘libertad a la que se ‘refieren los derechos fundamentales [...] (es) querida como oportunidad real de vida y libertad’ o que la función de los derechos fundamentales debe ser vista en ‘la conservación o creación de estructuras sociales que garanticen la mayor oportunidad posible del desarrollo de la personalidad’. Con esto se afirma que, frente al principio

³¹⁵ Correa Henao, Magdalena (2008) *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 741.

³¹⁶ Alexy, Robert, op. cit. pp. 542-543.

³¹⁷ Böckenförde, Ernst W. (1974) *Grundrechtstheorie un Grundrechtsinterpretation*, citado por Alexy, R. (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 542 y sigts.

de libertad jurídica, el de la libertad fáctica es, por lo menos, un principio iusfundamental de igual rango³¹⁸.

En esa dirección, Alexy afirma que *el argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad*. Para Alexy: “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica, es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de valor”. En segundo lugar, que: “bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales”³¹⁹.

En similar dirección, Böckenförde afirma que los derechos fundamentales sociales encuentran su fundamento en el aseguramiento de la libertad:

(...) ciertamente no como contraprinzipio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad”. Así, sostiene que: “Si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”³²⁰.

En la concepción neoliberal depredadora se sostiene que la Constitución de 1993 se basa en el individuo, en el libre mercado y el principio de subsidiariedad estatal. Es conservadora por cuanto exalta el valor de la libertad para negar la necesidad de corregir las fallas del mercado y de ese modo defender el capitalismo neoliberal. Se trata de una involución en el liberalismo. Como anota Martínez García se trata del *liberalismo depredador*:

³¹⁸ Loc. cit.

³¹⁹ Alexy, R. (1997) *Teoría de los derechos fundamentales, cit.*, p. 486.

³²⁰ Böckenförde, Ernst W. (1993) “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”. En: Escritos sobre derechos fundamentales. Baden Baden: Nomos, p. 74. Citado por Bernal Pulido, C. (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 353.

(...), pero hay que decir que es una parodia de la gran tradición liberal y ni siquiera está a la altura de los planteamientos más individualistas del liberalismo clásico, incluso del más economicista. Con frecuencia el ultraliberalismo no es una teoría digna de este nombre, mínimamente rigurosa, sino una práctica destructiva. Es la cobertura ideológica del capitalismo salvaje³²¹.

Esa concepción de la libertad económica es inconstitucional, desde la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social.

Por ello, compartimos la idea de Martínez García que frente al neoliberalismo depredador está en juego el mantenimiento del Estado Social:

Lo que aquí están en juego es el tránsito del Estado liberal de derecho al Estado Social y el mantenimiento de este último. Dado que este tránsito, aun con todas sus insuficiencias, efectivamente se ha producido en la segunda mitad del siglo XX, el liberalismo que no lo asuma y luche por una libertad efectiva queda como una ideología anacrónica que se conforma con el *laissez faire* de los viejos tiempos, a contracorriente e incluso retrógrada, que inevitablemente aparecerá como un intento para frenar los avances sociales, por mucho de que hable de progreso y adopte un lenguaje innovador³²².

La importancia de la libertad económica recoge una evidencia clara que recoge la historia y las estadísticas en el sentido de que las libertades del mercado son condiciones necesarias para la producción de bienes y servicios que promueven el desarrollo y progreso material. Sin embargo, pese la implosión del imperio soviético y la neta hegemonía de la globalización neoliberal, a partir de fines del siglo XX, la tensión entre libertad e igualdad se mantiene vigente, así como en gran medida la crítica de Marx a la concentración de la propiedad privada de los medios de producción, que Zolo resume así:

De esta tradición se separa neta y conscientemente el análisis marxista. Marx no ha criticado nunca la propiedad como tal, ni ha propuesto su

³²¹ Martínez García, José Ignacio (2014) "Liberalismo y derechos humanos", cit., p. 37.

³²² *Ibidem*, p. 28.

abolición. Su crítica se refería, como todo el mundo sabe, a la propiedad privada de los medios de producción que, a su juicio, constituía la clave de bóveda de la economía capitalista. Apuntaba en realidad, a esa ilimitada facultad de poseer —ya no proporcional a la (limitada) capacidad de consumo del propietario y, sobre todo, a su (limitada) capacidad de trabajo— que fue teorizada y justificada moralmente por el padre fundador del liberalismo, John Locke. La crítica marxista se refería en segundo lugar, a aquella libertad, desde Adam Smith a David Ricardo o a Stuart Mill. Marx refutaba, en resumen, aquellos aspectos de la institución de la propiedad —principalmente, el derecho atribuido a todos los individuos de convertirse sin límites en propietarios de bienes e instrumentos productivos y de ejercitar, así, una actividad económica privada— que, si he entendido bien, Ferrajoli asimila a los ‘derechos fundamentales’³²³.

Coincidimos con Correa en el sentido de que hay que tener en la libertad “*el más claro derrotero del espíritu humano y de sus manifestaciones*”³²⁴. Empero no se puede invocar la libertad para justificar la concentración del poder económico y la opresión del más débil. Nuestra propuesta apunta a que el valor superior de la libertad —en su dimensión socio-económica— debe armonizarse con el valor superior de la dignidad humana —*como oportunidad real de vida y libertad*— que se garantiza en el marco jurídico fundamental del Estado Social de Derecho.

En esa dirección, la libertad como valor superior del ordenamiento constitucional es la libertad vinculada socialmente o “*sozialgebundene Freiheit*”³²⁵. Esta concepción fundamenta una de las dimensiones de la Cláusula del Estado Social: la referencia social de los derechos fundamentales. Sin esta dimensión, los derechos de libertad cuando benefician

³²³ Zolo Danilo (2007) “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’”. En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, p. 89.

³²⁴ Correa Henao, Magdalena, op. cit., p. 740.

³²⁵ Dürig, G. (1953) *Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsaat*. JZ, p. 197. Citado por Parejo, Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit. p. 45.

únicamente a una minoría y sirven para consolidar su posición de privilegio se transforman en derechos de no libertad³²⁶.

Así, el valor libertad —entendido como *libertad igualitaria o solidaria*— es compatible con la Cláusula del Estado Social. Como sostiene Parejo comentando la Cláusula del Estado Social en la Constitución española de 1978, los derechos de libertad y de igualdad descansan sobre el suelo de la dignidad humana:

Pues tanto estos derechos como los principios de política social y económica se nutren de un mismo suelo axiológico: la dignidad de la persona (artículo 10.1) de modo que el valor libertad predominante en los primeros debe entenderse como libertad solidaria socialmente o libertad en igualdad, como hace presente el encabezado del propio capítulo de derechos y libertades con el principio de igualdad (art. 14). Consecuentemente no existe tal antinomia radical e insuperable entre los principios de Estado de Derecho y Estado Social, tal como los recoge y conforma la Constitución. Pues ambos han de actuar y de hacer efectivas sus exigencias propias y diferenciables desde, sobre y en un mismo sistema fundamental de valores (presidido por la dignidad de la persona) que determina la superación de su tensión recíproca en una superior unidad³²⁷.

Sobre el particular, cabe citar la sentencia del “*Caso Roberto Nesta Brero*”, que en su fundamento 16 declara:

16. (...) La economía social de mercado es representativa de los *valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos y axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho*. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material (...).

Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del *laissez faire*, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico.

³²⁶ Parejo, Alfonso, Luciano (1983) *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit. p. 56.

³²⁷ *Ibidem*, p. 92.

Y es que dado el carácter ‘social’ del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas., lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos (cursiva agregada).

En la STC Exp. 00011-2013-AI/TC, fundamento 19, “*Caso Ley de Protección a la Economía Familiar*”, el Supremo Tribunal señala los fines del sistema económico incluyen procurar no solo el lucro sino el bienestar general:

La ‘Economía Social de Mercado’, como modelo ius-fundamental económico busca asegurar la competencia mediante el estímulo de la capacidad productiva individual, con el objeto no solo de generar la creación de riqueza, sino de contribuir con la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación [art. 44 de la CP]. Esta promoción del bienestar comprende la articulación de un diversificado sistema de protección [cf. Art. 64 de la Constitución], especialmente de los sectores económicos más vulnerables.

V. EL VALOR SUPERIOR DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL O MATERIAL

Tony Judt ha resalta la vigencia en el siglo XXI del ideal igualitario:

Cuanto más igualitaria es una sociedad más confianza reina en ella. Y no solo es una cuestión de renta: donde las personas tienen vidas y perspectivas parecidas es probable que también compartan lo que se podría denominar una ‘visión moral’³²⁸.

Debe resaltarse que la concepción liberal de la igualdad no superaba el reconocimiento de la igualdad ante la ley. La igualdad formal del Estado liberal podía llegar a desarrollar en Estados Unidos la doctrina de “*separados pero iguales*”, mediante la cual se garantizaba que blancos y afroamericanos gozaran de los mismos derechos (al transporte público o

³²⁸ Judt, Tony, op. cit., p. 73.

la escuela pública) pero reconociendo que fueran en los mismos medios de transporte o asistieran a las mismas escuelas.

En esencia, esa concepción de la igualdad es la misma del neoliberalismo reaccionario de Hayek para quien la única igualdad aceptable es la igualdad ante la ley. De ahí que la justicia social desnaturaliza el Estado de Derecho³²⁹.

Desde el liberalismo igualitario —en su *Teoría de la Justicia*— Rawls asume unos bienes sociales como básicos como el establecimiento de un mínimo social, un mínimo de bienes imprescindible fuera del cual no es posible alcanzar ningún plan de vida. Esta tesis es desarrollada en *Liberalismo Político*, obra en la que plantea un principio previo que:

(...) exigiera que las necesidades básicas de los ciudadanos fueran satisfechas, al menos hasta el punto en que su satisfacción fuera necesaria para que los ciudadanos comprendieran lo que significa y fueran capaces de ejercer fructíferamente esos derechos y libertades³³⁰.

En el marco jurídico del Estado Social, la igualdad jurídica dejó de concebirse como igualdad formal ante la ley y se le agregó el valor de la *igualdad sustantiva* o *igualdad material*. Baldessarre describe este proceso en los siguientes términos:

(...) una diferente consideración de los sujetos frente a la ley, en el sentido de que determinadas categorías de sujetos pueden recibir de la ley un tratamiento diferenciado o preferente en vista a la consecución de particularidades finalidades-valores de justicia social (...) lleva implícita la exigencia de que la ley trate de manera diferente a las diferentes categorías de sujetos a fin de permitir la actuación de los valores constitucionales de libertad efectiva y de concreta justicia social³³¹.

³²⁹ Cfr. Hayek, F. A. von, *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza Editorial.

³³⁰ Rawls, John, *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 32.

³³¹ Baldessarre, Antonio (1994) “Constitución y teoría de los valores”. En: *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, pp. 28-29. Citado por Elena Alvites (2006) “Igualdad de derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado Social y Democrático”. En: S. Mosquera (coord.) *El derecho fundamental de igualdad*. Lima: Palestra, p. 144.

Cossío afirma que tal es la identificación entre los derechos sociales y la igualdad, que éstos deben ser denominados *derechos de igualdad*³³². Como anota Bobbio, la razón de ser los derechos sociales es una razón igualitaria³³³.

En términos de Petit, la búsqueda de la igualdad material es un desiderátum del Estado Social para a los más necesitados o excluidos del sistema³³⁴.

Como ya lo hemos indicado líneas arriba, es emblemática en esta materia la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 3 previó la Cláusula de la Igualdad Sustancial. En esa dirección, fue exaltada como instrumento para una interpretación evolutiva del derecho por todos los poderes públicos.

En la Constitución peruana de 1993, la igualdad *en sentido formal* y de la interdicción de toda discriminación ilegítima está reconocida en el artículo 2, inciso 2, que declara:

Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Sin embargo, la huella de la Cláusula del Estado Social se manifiesta con la presencia del *Principio de Igualdad Sustancial* en las siguientes disposiciones:

- (i) La atención prioritaria del Estado al trabajo, en sus diversas modalidades, especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (artículo 23).
- (ii) El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades (artículo 59).

³³² Cossío Díaz, José Ramón (1989) *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 46.

³³³ Bobbio, Norberto (1995) *Derecho e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Madrid: Taurus, p. 135.

³³⁴ Petit Guerra, Luis, op. cit., pp. 198-199.

(iii) El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios (artículo 65).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú —ciertamente con altibajos— ha ido progresivamente reconstruyendo la Cláusula del Estado Social, siendo relevante la afirmación de la igualdad sustancial como fundamento del Estado Social. En la STC Exp. 0048-2004-AI/TC, “*Caso Ley de Regalía Minera*”, pronunciada el 1 de abril de 2005, en el fundamento jurídico 39 sostiene que la igualdad es un principio guía del Estado Social de Derecho:

(...), la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un *principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho*, y de la actuación de los poderes públicos. (...) (cursiva agregada).

Una de las manifestaciones del proceso de reconstrucción de la Cláusula del Estado Social es el reconocimiento de la *igualdad sustancial*. Así, en la sentencia STC Exp. N° 0001-003-2003-AI/TC, de 4 de julio de 2003, “*Caso Colegio de Notarios de los distritos notariales Lima, Callao, Arequipa*”, pronunciada con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Gonzales Ojeda, en el fundamento jurídico 11:

(...) enfocar la interpretación del derecho de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, *dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución*. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera a estarse desvinculado, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.

En esa dirección, en la sentencia del “*Caso Roberto Nesta Brero*”, el Supremo Tribunal destaca el principio de igualdad sustancial y el rol del Estado para su promoción (fundamento 15):

(...) Debe reconocerse también una *vinculación positiva* del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo,

reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales (cursiva agregada).

Hay que asumir que la igualdad sustancial es un principio-guía que como apuntan Monereo y Molina:

(...) *irradia en las diversas normas constitucionales que realizan su principio base que es el de la igualdad social y democratización plena de la vida política y socio-económica*³³⁵.

La Cláusula de la Igualdad Sustancial se traduce también en políticas públicas de *discriminación* positiva o inversa. Así, se aplican medidas que derogan garantías de igualdad formal en nombre de exigencias de igualdad material que se consideran prevalentes³³⁶. En esa dirección, el Tribunal Constitucional del Perú en la STC “*Caso Colegio de Notarios de los distritos notariales Lima, Callao, Arequipa*”, ha reconocido que es rol del Estado ser promotor de la igualdad sustancial mediante “*acciones positivas o de discriminación inversa*”.

De este modo, la discriminación se constituye en un instrumento de inclusión y es una protección legítima de la igualdad sustantiva dentro del Estado Social de Derecho. A nuestro juicio, es constitucionalmente válida, especialmente, para promover el acceso de la mujer a puestos de responsabilidad, ya que se trata de un sector —que no puede ser calificado de minoritario— pero históricamente excluido. No se trata de establecer privilegios ni ventajas a las mujeres, ni discriminar a los hombres, sino en realidad, de nivelar el piso para hacer efectiva la igualdad de oportunidades.

Por otro lado, como afirman Monereo y Molina, al ser los derechos sociales fundamentales derechos de *integración* son un instrumento de

³³⁵ Monereo Pérez, José Luis y Cristóbal Molina (2002) “La cláusula transformadora: El principio de igualdad de oportunidades”. En José Luis Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, p. 138.

³³⁶ Pérez Luño, Antonio-Enrique, op. cit., p. 230.

participación efectiva de los ciudadanos en el desarrollo de una sociedad democrática³³⁷.

En la Constitución del Estado Social, éste compromete su actividad para que conseguir que la libertad e igualdad del individuo sea efectiva y se facilite la participación de todos los ciudadanos³³⁸. En esa dirección, la Constitución de 1993 —siguiendo a su antecesora de 1979— reconoce en el inciso 17 del artículo 2, el derecho fundamental de toda persona a participar —en forma individual o asociada— en la *vida política, económica, social y cultural* de la Nación³³⁹.

En suma, la igualdad sustancial es un valor superior que obliga al juez constitucional a la plena y amplia protección de los derechos económicos, sociales y culturales, constituyéndose en la *frontera móvil* de la Cláusula del Estado Social (Predieri). La igualdad sustancial es la hoja de ruta que fija como objetivo la homogeneidad social, económica y política mediante los instrumentos redistributivos y participativos del Estado Social.

VI. EL VALOR SUPERIOR DE LA SOLIDARIDAD

La solidaridad es un valor que inspira al socialismo ético y al humanismo cristiano y al liberalismo igualitario. Una de sus principales manifestaciones es la generalización y ampliación de los derechos fundamentales, así como la concreción de los titulares de éstos³⁴⁰ (niños, mujeres, consumidores, usuarios de servicios públicos, tercera edad,

³³⁷ Monereo Pérez, José Luis y Cristóbal Molina (2002) “La cláusula transformadora: El principio de igualdad de oportunidades”. En: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, cit., p. 138.

³³⁸ González Moreno, Beatriz. *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. cit., pp. 38-39.

³³⁹ Previsto en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1979.

³⁴⁰ Peces-Barba, Gregorio (1993) “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”. En *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 295 y sigs. cit. por Díaz Revorio, op. cit., p. 125.

discapacitados, minorías sexuales). Desde la solidaridad es posible razonar un Estado prestador de servicios básicos³⁴¹.

En el liberalismo progresista de Rawls y su teoría contractualista se admite la solidaridad. Así, los sujetos ubicados en la posición originaria “son individuos solidarios, pues los principios de justicia, suponen que pueden ocupar el lugar del natural y socialmente peor situado”³⁴².

Puede señalarse como los primeros exponentes del solidarismo a León Duguit, León Bourgeois, Emile Durkheim, Georges Gurvitch, cuyos planteamientos asumen que:

(...) la sociedad es un organismo cuyas partes se interrelacionan de forma solidaria, es decir, que se engarzan entre sí a través de lazos de codependencia. De ahí extraían el corolario de que, si en una sociedad existen sectores o personas más desfavorecidos, ello no es solamente un problema de individuos aislados que no hayan sabido hacerse valer, sino que es responsabilidad del conjunto: De modo que, concluían, la sociedad está obligada a procurar una serie de garantías tendentes a subsanar la desigualdad³⁴³.

En el socialismo democrático se debe resaltar la importancia de la solidaridad en el pensamiento de Beatrice Webb, como anota Judt:

(...) el socialismo que propugnaba pudiera resumirse en educación pública, provisión pública de servicios sanitarios y seguro médico, parques y campos de juego públicos, provisión colectiva para los ancianos, enfer-

³⁴¹ Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 213.

³⁴² Arcos Ramírez (2014) “Solidaridad”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. IV, Valores, principios y derechos humanos. Capítulo VI. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 228.

³⁴³ Lloredo Alix, Luis Manuel (2014) “La socialización del derecho: El antiformalismo jurídico y los derechos económicos, sociales y culturales”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. I, Cultura, Sociedad y Política en el siglo XX, Libro I, Capítulo XVI. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 927.

mos y desempleados, etcétera. Lo que tenía en mente, por tanto, era la unidad del mundo premoderno, su ‘economía moral’ como la denominó E.P. Thompson: las personas deben cooperar, trabajar juntas para el bien común, sin excluir a nadie³⁴⁴.

Asimismo, es un principio que ocupó una posición central en la Declaración de una Ética Mundial del Parlamento de las Religiones del Mundo, reunido en Chicago en 1993³⁴⁵.

En el derecho comparado, debe destacarse al artículo 2 de la Constitución italiana de 1947, que establece:

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales donde desenvuelve su personalidad, y exige el cumplimiento de los imprescindibles deberes de solidaridad política, económica y social.

Carlos de Cabo desarrolla esta concepción en los siguientes términos:

Por eso, con toda propiedad, a este subsistema de regulación constitucional se le puede denominar la Constitución del más débil o Constitución de los débiles. Y esta ‘Constitución del más débil’ la que realiza en la forma más significativa desde la perspectiva del Estado Social el principio constitucional de la Solidaridad, por lo que desde un punto de vista funcional se la puede llamar ‘La Constitución de la Solidaridad’³⁴⁶.

Contreras Peláez resalta la relación entre Estado social y el contenido ético de la solidaridad:

También Robert M. Titmuss glosó brillantemente la dimensión educativa del Estado social en su obra ‘The Gift Relationship’. El Estado social debería funcionar como un mecanismo de ‘estimulación moral’: debería intentar extraer de los ciudadanos ‘lo mejor’ que hay en ellos; debería actualizar los impulsos de solidaridad y altruismo que, seguramente, duermen en el fondo de cada cual, esperando a ser adecuadamente excitados. El objetivo

³⁴⁴ Judt, Tony, op. cit., p. 79.

³⁴⁵ Küng, Hans y Angela Rinn-Maurer (2008) *La ética mundial entendida desde el cristianismo*, cit. p. 37.

³⁴⁶ Cabo Martín, Carlos de (2006) *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, pp. 63-64.

del Estado social, indica Titmuss, es convertir a todos los ciudadanos en ‘miembros plenos de una comunidad’. Y esta política integradora se desdobra en dos frentes: los débiles y los marginados deben ser rescatados de la pobreza, la ignorancia, la vulnerabilidad, etc., los pudientes deben ser rescatados de la voracidad y del egoísmo. Ambos males (la vulnerabilidad, el egoísmo) sitúan al sujeto fuera de la comunidad. El vínculo asistencial, por tanto, integra-reeduca, no solo al beneficiario, sino también al donante; el pago de impuestos constituye un excelente ejercicio acético, una eficaz vacuna contra la avaricia. Y en un sentido parecido se pronuncia David Harris: ‘El solo acto de declarar políticamente la existencia de derechos sociales es moralmente educativo. Sobre la base de los sentimientos de la solidaridad y altruismo es como se fragua una comunidad’³⁴⁷.

La Constitución peruana de 1979 reconoció en su Preámbulo que “el ordenamiento constitucional se cimenta en el bien común y en la solidaridad humana”.

En la Constitución peruana de 1993 el valor solidaridad no está reconocido explícitamente sino de manera implícita, en el párrafo final del artículo 103 que declara:

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

De ahí, como afirma categóricamente Fernández Sessarego:

La admisión del abuso del derecho refleja, también, una más intensa vivencia, un arraigo mayor en la vida social del supremo valor de la solidaridad³⁴⁸.

En pleno auge de la globalización neoliberal, Fernández Sessarego sostuvo, en palabras que suscribimos:

Va quedando atrás, paulatinamente una visión del hombre abstractamente considerado, aislado del contexto social, egoístamente encerrado en sí mismo, para ser sustituida por otra presidida por el valor solidaridad en la cual la existencia se despliega en la dimensión de la coexistencialidad. Y, al mismo tiempo, el derecho se va desligando, también lentamente de su anclaje preponderantemente patrimonialista, en el cual se exalta lo

³⁴⁷ Contreras Peláez, Francisco José, op. cit., p. 83.

³⁴⁸ Fernández Sessarego, Carlos (1992) *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, p. 3.

absoluto, lo sagrado e inviolable del derecho de propiedad, por una nueva óptica en la cual se vislumbra al ser humano, a la persona como centro y eje de lo jurídico³⁴⁹.

El valor de la solidaridad se basa en la confianza y cooperación con los conciudadanos y con el propio Estado, como resalta Judt:

No obstante, es cierto que la confianza y la cooperación fueron las cruciales piedras angulares del Estado moderno, y cuanto mayor era la confianza, más próspero era el Estado. William Beveridge podía dar por sentado en Inglaterra de su tiempo un alto grado de armonía moral y compromiso cívico. Como tantos liberales nacidos a fines del siglo XIX, simplemente partía de la base de que la cohesión social no solo era un objetivo deseable, sino una suerte de condición previa. La solidaridad —con los conciudadanos y con el propio Estado— antecede a las instituciones del bienestar que le dieron forma pública³⁵⁰.

Más allá de la intención de la ideología de los autores de la Constitución, el valor de la solidaridad está presente de manera implícita en el texto fundamental de 1993, lo que debe obligar al juez constitucional a su aplicación.

Se afirma que es el fundamento de nuevos derechos sociales fundamentales, como el *derecho a la paz* —previsto en el inciso 22 del artículo 2—³⁵¹.

Martínez de Pisón afirma —desde el valor superior de la solidaridad— que es posible comprometerse con el bienestar de los demás “en procura que tengan un mínimo vital”³⁵².

³⁴⁹ Ibídem, p. 20.

³⁵⁰ Judt, Tony, op. cit., p. 76.

³⁵¹ Rodríguez Palop, M. (2006) “El derecho a la paz. Un cambio de paradigma”. En: I. Campoy Cervera, J. L. Pérez y M. E. Rodríguez Palop (eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos, reflexiones sobre el derecho a la paz*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III/Dykinson, p. 57.

³⁵² Martínez de Pisón Cavero, José María (1998) *Política de Bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Madrid: Tecnos/Universidad de Rioja. Citado por Petit Guerra, Luis, op. cit. p. 63.

En esa dirección, la jurisprudencia constitucional del Perú debe destacarse, entre otras, a la sentencia del “*Caso Azanca Albelí Meza García*”, que asume el principio de solidaridad, como fundamento de la protección de los derechos económicos y sociales. Así, en el fundamento 16 sostiene:

(...) La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndonos sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial.

El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.

b) El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.

VII. LA SEGURIDAD JURÍDICA ¿UN VALOR SUPERIOR?

En la sentencia del “*Caso Roberto Nesta Brero*”, se afirma en el fundamento 10 la vigencia de una serie de principios esenciales del Estado peruano como Estado social y democrático de derecho, entre ellos la seguridad jurídica:

(...) Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

Más adelante agrega en el fundamento 11 que:

La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, y se configuran en un marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de la persona.

En la doctrina española, Peces-Barba ha sostenido que la seguridad jurídica es un valor superior de la modernidad, de inspiración liberal, que estaría conexas a los valores de la libertad y de la igualdad. Formaría parte de la justicia, valor superior que comprendería la justicia formal (seguridad jurídica) y la justicia material (libertad e igualdad material)³⁵³.

Sin embargo, sin negar su calidad de principio, coincidimos con la posición de Díaz Revorio, que —en el ordenamiento español— sostiene que no hay fundamento constitucionalmente suficiente para calificarla jurídicamente como un valor superior. El hecho de que pueda considerarse materialización de la justicia formal, o que pueda conexas con la igualdad y la libertad no implica que su tratamiento constitucional sea idéntico a la de estos valores superiores³⁵⁴. En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se inclina por conceder una cierta prioridad a la justicia sobre la seguridad jurídica, pero siempre intentando una armonización entre ambas³⁵⁵.

En el Perú, es interesante para ilustrar nuestra posición sobre la seguridad jurídica, el análisis de la STC Exp. 03343-2007PA/TC, “*Caso Cordillera Escalera*”, pronunciada el 19 de febrero de 2009, con el voto de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda. Se trata de un proceso en el cual el señor Jaime Hans Bustamante Johnson interpuso demanda de amparo conjunto de empresas petroleras, contratistas del denominado

³⁵³ Peces-Barba, Gregorio (1993) “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”. En *Derecho y derechos fundamentales*, cit. pp. 292-294.

³⁵⁴ Díaz Revorio, Francisco Javier (1997) *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, cit. p. 124.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 262.

“Lote 103”, con el fin de paralizar las actividades petroleras dentro del referido lote por cuanto éste se superponía con el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, creada mediante Decreto Supremo N° 045-2005-AG, más de un año después de la firma del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103, que fue aprobado por el Decreto Supremo N° 026-2004-EM. En su defensa, las empresas argumentaron que de acuerdo al artículo 54 del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, los derechos adquiridos de manera previa y su ejercicio no debían estar supeditados a la nueva condición del área.

El Tribunal Constitucional del Perú resolvió declarando fundada la demanda. En el fundamento 46 descartó el argumento de los derechos adquiridos por un “criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP y en la incidencia sobre la sociedad de una posible afectación grave en el entorno”.

En rigor, la sentencia no desarrolla porqué descarta la prevalencia del principio liberal de seguridad jurídica —considerado esencial del Estado Social y Democrático de Derecho— por la protección de un interés público superior. A nuestro juicio, se debió fundamentar la decisión en el interés público preeminente de proteger los recursos naturales que son *patrimonio de la Nación*, siendo el Estado *soberano* en su aprovechamiento (art. 66 de la Constitución), así como en el mandato al Estado de promover la conservación de las áreas naturales protegidas (artículo 68 de la Constitución). De este modo, se debió ponderar los bienes jurídicos y derechos en conflicto. Si se asumiese que la seguridad jurídica es un valor superior del ordenamiento constitucional difícilmente sería viable una sentencia como la del “*Caso Jaime Hans Bustamante Johnson*” que hace prevalecer a determinados bienes jurídicos de relevancia constitucional sobre el principio de seguridad jurídica.

VIII. LA UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN COMO CLAVE DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En Alemania, el Tribunal Constitucional desarrolló la tesis del efecto de irradiación de las normas iusfundamentales [BVerfGE 7, 198 (207)]

en la integridad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo. En términos del Tribunal Constitucional alemán:

De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo que, en tanto decisión básica jurídico constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporción directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia [BVerfGE 39, 1 (41)]³⁵⁶.

Según Alexy la *irradiación de las normas iusfundamentales* tiene las siguientes consecuencias: (i) El sistema jurídico pasa a ser materialmente determinado por la Constitución; (ii) El carácter de los principios implica la necesidad de ponderaciones y el sistema jurídico es abierto; (iii) El sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral. Sobre esta última consecuencia, Alexy afirma lo siguiente:

El tercer efecto se refiere al tipo de apertura. La vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral. Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica. Con ellos han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno. *La ponderación entre ellos conduce a los problemas de la justicia. Así lo ponen ejemplarmente de manifiesto los principios de la justicia formulados por John Rawls. Que no son más que un intento de establecer una relación entre libertad e igualdad.* Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que el legislador constitucional se preocupa por ‘realizar en la Ley Fundamental la idea de justicia’, ello se refiere, sobre todo, a los principios iusfundamentales, en tanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo³⁵⁷ (cursiva agregada).

³⁵⁶ Citada por Alexy, Robert (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 507.

³⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 525-526.

Así, una clave para la superación del conflicto de principios iusfundamentales es la ponderación en términos de Alexy. Para este autor, los principios iusfundamentales son mandatos de optimización, es decir, son mandatos que disponen que algo sea realizado en la mayor medida de lo jurídicamente posible. En caso de conflicto entre los principios iusfundamentales, éste debe resolverse mediante la ponderación que determine a qué principio se le debe otorgar precedencia sobre otro.

El conflicto entre valores superiores o principios iusfundamentales está siempre presente por cuanto los textos fundamentales no son unitarios sino plurales. Si estudiamos el constitucionalismo estadounidense —pese a sus notorias diferencias con el europeo y latinoamericano encontraríamos problemas similares—. Así, Tribe y Dorf afirman sobre la Constitución de los Estados Unidos que:

“La Constitución no puede ser confundida con la expresión unitaria de una sola idea, sea ésta un enorme diseño newtoniano de pesos y contrapesos, una gran idea social darwiniana de evolución moral, una construcción burkeana para perpetuar la tradición, un esquema para la perfección de una democracia representativa u otra cualquiera del gran número de ideales a lo que los intérpretes a lo largo de los años han buscado subordinar la poca ordenada Constitución como existe actualmente. Nosotros iremos más allá: la naturaleza innegablemente plural e internamente dividida de la Constitución no es una triste realidad, más bien podría tratarse de una de las mayores fortalezas de la Constitución”³⁵⁸.

En ese sentido, hay que asumir —como sostiene Serna— la ficción de que la Constitución es un sistema unitario y coherente:

(...) puede objetarse que esto implica considerar a la Constitución como un sistema, lo cual es falso, dado el carácter pacticio y transaccional que frecuentemente impregna sus orígenes, y las diferentes reformas a que se han visto sometidos los textos constitucionales a través del tiempo. En efecto, el contenido de la Constitución no forma necesariamente un sistema: precisamente la exigencia dogmática a la que aludimos incide en esa idea: es preciso interpretar la Constitución *como* si fuese

³⁵⁸ Tribe, Lawrence y Michael Dorf (2010) *Interpretando la Constitución*, cit., p. 65.

un sistema, no ir más lejos en la interpretación que lo permitido por el texto constitucional³⁵⁹.

En caso de conflicto o colisión de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en la doctrina alemana, se propone la siguiente metodología:

– El principio de unidad de la Constitución. La Norma Suprema es un todo, por lo que cualquier intento de descifrar sus disposiciones sin tener en consideración las restantes está condenado al fracaso.

– El principio de concordancia práctica. Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema se requiere que todos ellos conserven su identidad.

Si se producen colisiones, por una simple ponderación de valores no se puede hacer efectivo uno invalidando al otro. Por el contrario, el principio de unidad de la Constitución obliga a determinar los límites de ambos bienes con la finalidad de que se integren para alcanzar su efectividad óptima. Hesse sostiene sobre el principio de unidad de la Constitución que:

(...) Así tenemos, en primer lugar, el principio de unidad de la Constitución. La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso solo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en que debe ser situada; todas las normas constitucionales deben ser interpretadas de tal manera que eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales³⁶⁰.

Sobre el principio de la *concordancia práctica*, Hesse afirma que:

³⁵⁹ Serna, Pedro (1994) “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”. En: *Humana Iura*, núm. 4, Pamplona, pp. 224-225.

³⁶⁰ Hesse, Konrad (1983) *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 48.

En íntima relación con el anterior se encuentra el principio de la concordancia práctica: los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de unidad de la Constitución exige una labor de ‘optimación’ se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima³⁶¹.

La fijación de los límites de los límites a los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad, que no debe ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes en conflicto. Sobre la proporcionalidad, Hesse la conceptúa así:

La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad, no debe ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. ‘Proporcionalidad’ significa en este contexto una relación entre dos magnitudes variables., concretamente aquella que mejor responda a dicha tarea de optimación³⁶².

En similar dirección, Häberle sostiene que la ponderación entre bienes jurídico-constitucionales no implica relaciones de supra o subordinación que conlleven la exclusión de uno de los dos bienes, por el contrario, se trata de un “equilibrio y coordinación” entre ambos³⁶³.

Mención al margen amerita la ponderación de valores en la jurisprudencia estadounidense. Alonso la describe en estos términos:

Uno de los motivos por los que la jurisprudencia de los valores ha sufrido tan gran desarrollo en el enjuiciamiento constitucional ha sido la necesidad de compaginar, para generar coherencia, principios y normas en potencia son contradictorios entre sí. Medio ambiente y desarrollo económico,

³⁶¹ Ibídem, pp. 48-49.

³⁶² Ibídem, p. 49.

³⁶³ Häberle, Peter (1993) *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, traducción italiana, p. 68. Citada por Díaz Revorio, F. J., op. cit., p. 230.

libertad de expresión e intimidad, seguridad y justicia, derechos sindicales y derechos de los sindicatos, proceso justo y libertad de prensa, libertad parlamentaria de ordenación del gasto público y desigualdades, derechos o intereses de participación y eficacia administrativa, etc., son en potencia contradictorios. La coherencia entre todos ellos no puede alcanzarse sino es por medio de equilibrios puntuales o, en caso de imposibilidad de equilibrarlos, por medio de jerarquizaciones relativas (sin negación de algún valor en todo caso) entre ellos en atención a los intereses en juego, al respectivo 'peso específico' en la relación jurídica que da lugar al enjuiciamiento constitucional³⁶⁴.

Así, en la búsqueda de una interpretación unitaria de una Constitución plural y contradictoria, la relevancia de la Cláusula del Estado Social es crucial. Pérez Luño, sobre la definición del tipo de Estado Constitucional destaca la necesidad de su armonización mediante el principio de unidad de la Constitución:

(...) los principios de unidad (Einheit), coherencia o concordancia práctica (Praktischer Konkordanz) y fuerza integradora (Integrierender Wirkung) de la Constitución (...) se traducen en la necesidad de no contemplar las nociones de Estado de Derecho, Estado Social y Estado democrático como tres categorías antinómicas, ni siquiera como tres fórmulas independientes susceptibles de interpretaciones o aplicaciones fragmentarias sino como tres funciones, facetas o exigencias de una única definición constitucional³⁶⁵.

En la jurisprudencia constitucional peruana el principio de unidad de la Constitución ha sido determinante para la reconstrucción de la Cláusula del Estado Social. En la emblemática sentencia del "*Caso Roberto Nesta Brero*", se afirma en el fundamento 5 el concepto de la *interpretación institucional* de sus cláusulas en los siguientes términos:

La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado

³⁶⁴ Alonso García, Enrique, op. cit., pp. 417-418.

³⁶⁵ Pérez Luño, Antonio-Enrique (2001) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Citado por Elena Alvites (2006) "Igualdad de derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado Social y Democrático", cit., p. 134.

social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Más adelante, en el fundamento 10 afirma la vigencia de la Cláusula del Estado Social, a partir de la interpretación sistemática de los artículos 3³⁶⁶ y 43 de la Constitución de 1993 (supra 2.5):

El Estado peruano definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. *Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental.* (...) (cursiva agregada).

En esa dirección, la STC Exp. 0050-2004/0051-2004-AI/0004-2005-AI/0007-20005-AI/0009-2005-AI, “*Caso Ley de reforma constitucional de régimen pensionario y contra la Ley N° 28449*, pronunciada el 3 de junio de 2005, en el fundamento 42, destaca el rol de la cláusula del Estado Social a la luz del principio de unidad de la Constitución:

(...) en virtud del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la condición ‘social’ del Estado se instituye, de un lado, como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general, y de otro, como una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Prima facie, la Constitución peruana de 1993 es cierto que adolece de un déficit axiológico. Una profunda diferencia con la Carta democrática de 1979 es la eliminación del Preámbulo, tesis sostenida por Blume Fortini, quien acertadamente sostiene que el texto carece propiamente

³⁶⁶ El artículo 3 contiene la Cláusula de *derechos implícitos*: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

de contenido preambular³⁶⁷. Se evidencia la ausencia de sentimiento y cultura constitucional en los autores del texto de 1993, así como la prevalencia del paradigma neoliberal y la cultura del pragmatismo a la que se refiere Delgado Güembes.

Empero, pese a ello, emergen en su texto los valores superiores de la dignidad humana, la justicia, la libertad y autonomía personal, la igualdad y la solidaridad. Recoge los derechos económicos, sociales y culturales en el capítulo II del Título I (“De la Persona y de la Sociedad”) —en una versión minimizada respecto a la Constitución de 1979— que no pudieron ser eliminados del texto fundamental por el neoliberalismo, por táctica de sus agentes políticos: se habría perdido abrumadoramente el referéndum que lo legitimó. Están reconocidos pese al neoliberalismo conservador que inspiró a los autores de la Constitución que consiguieron imponer sus principios en el régimen económico constitucional. ¿Entonces tenemos una pluralidad de Constituciones contradictorias entre sí? Mientras que la Carta Fundamental de 1979 —de inspiración socialdemócrata y socialcristiana— constituyó instrumento de un proceso de transición democrática, la Constitución peruana de 1993, que fue en su momento una herramienta de legitimación de un régimen neoliberal autoritario, es en efecto antinómica en su texto. Esta realidad obliga a que el intérprete recurra actualmente al principio interpretativo de la *unidad de la Constitución* para reconstruir el significado de la Cláusula del Estado Social.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO CUARTO

En la Constitución peruana de 1993 si bien la intención del constituyente fue minimizar los valores superiores emerge su presencia —explícita e implícita— que debe ser estudiada y desarrollada por la doctrina y jurisprudencia constitucional. Especialmente debe destacarse

³⁶⁷ Blume Fortini, Ernesto (2001) “Preámbulo de la Constitución del Perú”. En: Torres Moral, Antonio y Javier Tajadura (dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, p. 365.

la existencia de valores superiores que revitalizan a la Cláusula del Estado Social incorporada en 1979 y que nos permitirán desarrollar una más amplia tutela jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, la Constitución peruana de 1993 no tiene definidos de manera explícita a los valores jurídicos que la inspiran. Empero, podemos inferirlos utilizando la jurisprudencia constitucional, doctrina y el derecho comparado. Así, consideramos que constituyen valores de la ética pública jurídica: la dignidad humana, la libertad y autonomía personal, la justicia, la igualdad formal y sustancial y la solidaridad.

En esa dirección, sobre el valor superior de la dignidad humana, reconocido expresamente en el artículo 1 de la Norma Suprema, debe destacarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la STC Exp. 0008-2003-AI/TC, la STC Exp. 0010-2002-AI/TC, la STC Exp. 2945-2003-AA.

Con relación a la libertad como valor superior del ordenamiento constitucional es la libertad vinculada socialmente o “*sozialgebundene Freiheit*”. Esta concepción fundamenta una de las dimensiones de la Cláusula del Estado Social: la referencia social de los derechos fundamentales. Sin esta dimensión, los derechos de libertad cuando benefician únicamente a una minoría y sirven para consolidar su posición de privilegio se transforman en derechos de no libertad. Así, el valor libertad —entendido como *libertad igualitaria o solidaria*— es compatible con la Cláusula del Estado Social. En esa dirección, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, en la STC Exp. 008-2003-AI, “*Caso Neta*”, (fundamento 16).

El valor superior de la igualdad ha ido progresivamente reconstruyendo la Cláusula del Estado Social, siendo relevante la afirmación de la igualdad sustancial como fundamento del Estado Social, la STC Exp. 0048-2004-AI/TC, “*Caso Ley de Regalía Minera*”, (fundamento jurídico 39). Asimismo, la sentencia STC Exp. N° 0001-003-2003-AI/TC, (fundamento jurídico 11); STC Exp. 008-2003-AI/TC, (fundamento 15). En la Constitución del Estado Social, éste compromete su actividad para que conseguir que la libertad e igualdad del individuo sea efectiva y se facilite la participación de todos los ciudadanos. En suma, la

igualdad sustancial es un valor superior que obliga al juez constitucional a la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales, constituyéndose en la *frontera móvil* de la Cláusula del Estado Social (Predieri). La igualdad sustancial es la hoja de ruta que fija como objetivo la homogeneidad social, económica y política mediante los instrumentos redistributivos y participativos del Estado Social.

La solidaridad es un valor que inspira al socialismo democrático, al liberalismo igualitario y al humanismo cristiano. En el derecho comparado, debe destacarse al artículo 2 de la Constitución italiana de 1947, que lo reconoce explícitamente. La “*Constitución del más débil*” es la que realiza en la forma más significativa desde la perspectiva del Estado Social el principio constitucional de la Solidaridad, por lo que desde un punto de vista funcional se la puede llamar ‘La Constitución de la Solidaridad. En la Constitución peruana de 1993 el valor solidaridad no está reconocido explícitamente sino de manera implícita, en el párrafo final del artículo 103 que declara: “*La Constitución no ampara el abuso del derecho*”. En suma, el valor de la solidaridad subyace de manera implícita en el texto fundamental de 1993, lo que debe obligar al juez constitucional a su aplicación.

En la jurisprudencia constitucional del Perú debe destacarse, entre otras, a la STC Exp. 2945-2003-AA/TC, “*Caso Azanca Alhelí Meza García*”, (fundamento 16) que asume el principio de solidaridad, como fundamento de la protección de los derechos económicos y sociales.

En la búsqueda de una interpretación unitaria de una Constitución plural y contradictoria, destaca la relevancia de la Cláusula del Estado Social y el principio de unidad de la Constitución. En esa dirección, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia del “*Caso Roberto Nesta Brero*”, afirma la vigencia de la Cláusula del Estado Social a partir el concepto de la interpretación institucional y de la interpretación sistemática de los artículos 3 y 43 de la Constitución de 1993.

Prima facie, es cierto que la Constitución peruana de 1993 adolece de un déficit axiológico. Empero, pese a ello, emergen en su texto los valores superiores de la dignidad humana, la justicia, la libertad y autonomía personal, la igualdad, así como subyace el valor de la solidaridad. Recoge

los derechos económicos, sociales y culturales en el capítulo II del Título I (“De la Persona y de la Sociedad”) —en una versión minimizada respecto a la Constitución de 1979—. Mientras que la Carta Fundamental de 1979 —de inspiración socialdemócrata y socialcristiana— constituyó instrumento de un proceso de transición democrática, la Constitución peruana de 1993, que fue en su momento una herramienta de legitimación de un régimen neoliberal autoritario, es en efecto antinómica en su texto. Esta realidad obliga a que el intérprete recurra actualmente al principio interpretativo de la *unidad de la Constitución* para reconstruir el significado de la Cláusula del Estado Social.

CAPÍTULO QUINTO

LA INTERPRETACIÓN INNOVATIVA DE LA CONSTITUCIÓN SOCIO-ECONÓMICA

I. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Nuestra jurisprudencia constitucional solo se ha referido al orden público como el límite a la libertad de contrato. Es definido como conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento en sentido amplio que son necesarias para la vida en comunidad (STC Exp. 3283-2003-AA/TC, fundamento 28, pronunciada el 15 de junio de 2004:

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.

El orden público es definido por Espinoza como compuesto por los principios no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros, que constituyen la base de la organización y estructura de la so-

ciudad. Espinoza distingue el *concepto estático* del orden público-límite a la autonomía privada del *concepto dinámico*: entendido como una obligación de un Estado Promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes” y lo ejemplifica con el artículo 3, segundo párrafo de la Constitución italiana de 1947 que conocemos como el principio de igualdad sustancial³⁶⁸.

El orden público económico es una concreción del “orden público” en la vida económica. Es un concepto que emerge a mediados del siglo XX como un contrapeso a los excesos del liberalismo clásico del siglo XIX y se destaca el aporte de los juristas franceses Georges Ripert y Gérard Farjat

En la doctrina española Diez-Picazo está estructurado por las reglas básicas del sistema económico, en un determinado momento histórico y la estructura económica de esa misma sociedad³⁶⁹. González Pérez sostiene que el orden público económico habilita intervenciones positivas del Estado en materia económica³⁷⁰.

En la doctrina chilena —que más recurre a este concepto en materia de régimen económico— Cea Egaña lo define como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía y habilitan al Estado para regularla en conforme con los valores de la sociedad explicitados en la Norma Suprema³⁷¹.

³⁶⁸ Espinoza Espinoza, Juan (2003) “La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y de orden público. En Walter Gutiérrez (dir.) *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, p. 55 y sigts.

³⁶⁹ Diez-Picazo, Luis (1970) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, p. 42. Citado por Sainz Moreno, Fernando (1977) “Orden Público Económico y restricciones de la competencia”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 84, Madrid, septiembre-diciembre, p. 606, nota al pie 20.

³⁷⁰ González Pérez, Jesús (1971) *Comentarios a la Ley de Orden Público*. Madrid, p. 85. Citado por Sainz Moreno, Fernando (1977) “Orden Público Económico y restricciones de la competencia”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 84, Madrid, septiembre-diciembre, p. 606.

³⁷¹ Cea Egaña, José Luis (1988) *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 158.

Hemos sostenido con Kresalja en conceptualizar al Orden Público Económico como una dimensión axiológica inspirada por los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y autonomía personal, la justicia social, la igualdad sustancial y la solidaridad, dentro del marco jurídico de la Cláusula del Estado Social de Derecho, que organiza la vida económica de la Nación³⁷².

II. LA RESTITUCIÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Asumimos, que la Constitución se basa en dos elementos básicos del modo de producción capitalista: la propiedad y el mercado³⁷³. La protección de ambos se reforzó en el texto constitucional de 1993 dentro de un modelo de capitalismo neoliberal. Así, en el artículo 58 se declara que el régimen económico es el de una economía *social* de mercado. Por otro lado, el artículo 70 declara que el derecho de propiedad: “es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el *bien común* y dentro de los límites de ley”.

Como hemos precisado, el constituyente de 1993 eliminó el concepto de “interés social” del régimen económico constitucional pretendiendo borrar la evolución constitucional del Perú.

Su concepción hiperindividualista niega la existencia de intereses sociales, sin embargo, consagró los privilegios de grupos de intereses específicos al elevar a rango constitucional la protección de los contratos-

³⁷² Kresalja Baldo y César Ochoa, op. cit., Tomo I, p. 356.

³⁷³ Rochabrún, Guillermo (2007) *Batallas por la teoría. En torno a Marx y el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, p. 100, nota al pie 7, afirma que coincide con la tesis que sostiene que la teoría marxista de los modos de producción es una teoría de las clases sociales. Así, afirma: “(...) esa relación se encuentra en *El Capital*, toda esta obra es una teoría de las clases en la sociedad capitalista. Pero la noción de ‘modo de producción’ no existe en Marx como concepto general que pudiera aplicarse a cualquier forma social; más aún pensamos que en rigor solo tiene plena validez en el capitalismo, puesto que es el tipo de división de trabajo existente en él lo que lleva a identificar una ‘instancia económica’ como esfera fundamentalmente autónoma, en apariencia”.

ley en el artículo 62. Se reaccionó así contra la utilización del concepto de “interés social” como causal de expropiación para fines de reforma agraria y como concepto técnico jurídico habilitante para la intervención económica del Estado.

Sin embargo, pese a la voluntad de sus autores, como señala Gonzáles Barrón el resultado de una Constitución presuntamente individualista, pero que leída sistemáticamente y en conjunción con los tratados de derechos humanos, tiene una perspectiva social³⁷⁴.

En esa dirección, la Corte IDH ha desarrollado una importante jurisprudencia, por la cual propiedad mediante su función social satisface el bien común. Sobre el particular, cabe citar la sentencia de excepción preliminar y fondo, de 6 de mayo de 2008, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*.

Sobre la diferencia entre interés público e interés social cabe señalar, por ejemplo, que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el interés público no necesariamente debe incidir sobre el conjunto de la sociedad, sino que es suficiente que beneficie a un grupo específico por razones de justicia social, propios de la vida en comunidad (*Caso James contra Reino Unido*, párrafo 41).

En esta materia acudimos a Font Galán quien sostiene que el interés social se debe definir a través del estudio de la constitucionalización de la importancia social de determinados intereses, cuya promoción y tutela es directamente encomendada al Estado³⁷⁵.

Así, Avendaño ejemplifica que un programa de vivienda para personas de escasos recursos económicos puede calificarse como de “interés social”, porque beneficia un sector determinado de personas para tutelar el derecho a la vivienda³⁷⁶.

³⁷⁴ Gonzáles Barrón, Gunther (2011) *Propiedad y Derechos Humanos. Superación del modelo liberal y codificado de propiedad*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., p. 165.

³⁷⁵ Font Galán, Juan Ignacio (1979) “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”. En: *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 152, Madrid, p. 223-224, nota 22.

³⁷⁶ Avendaño, Jorge (2003) “Definición de propiedad”. En: Walter Gutierrez (dir.), *Código Civil Comentado*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica: Lima, pp. 189-190.

En la doctrina española, Barnés afirma que el contenido esencial del derecho de propiedad está penetrado por su función social. En suma: “aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva”³⁷⁷.

En opinión de Gonzáles Barrón, la diferenciación entre bien común e interés social es irrelevante jurídicamente, considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en forma expresa que el uso de la propiedad de los bienes queda sujeto a las medidas de limitación o intervención fundadas en el interés social (art. 21)³⁷⁸.

Correspondió a la jurisprudencia constitucional innovativa restituir la función social de la propiedad en nuestra Constitución Socio-Económica. Así, en la sentencia del “*Caso Roberto Nesta Brero*”, el Tribunal Constitucional afirmó en el fundamento 26:

Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual) sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata en efecto de un ‘instituto’ constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe los derechos fundamentales como derechos absolutamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son solo una categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria (...).

La exigencia de la funcionalidad social surge del principio de justicia; es decir dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y el ensanchamiento del bien común.

El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar, y el deber de encauzar el uso y disfrute del

³⁷⁷ Barnés Vásquez, Javier (1989) “La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza”. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 119, Madrid, mayo-agosto, p. 285.

³⁷⁸ Gonzáles Barrón, Gunther (2011) *Propiedad y Derechos Humanos. Superación del modelo liberal y codificado de propiedad*, cit., pp. 182-183.

mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece (cursiva agregada).

Esa doctrina jurisprudencial innovativa fue ratificada en la STC 0048-2004-PI/TC, “*Caso Ley de Regalía Minera*”, con el voto de los magistrados, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo. Así, se restituyó la función social como contenido esencial del derecho de propiedad en el marco jurídico del Estado Social:

76. Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70°, según la cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

77. Dicho artículo *es acorde con las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, que reconoce la función social que el ordenamiento reserva a la propiedad, la cual es inherente el derecho mismo.*

78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, *no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.*

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

80. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleva a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.

(...)

84. Ahora bien, como ya se ha señalado, cuando el artículo 70° de la Constitución *establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, presupone de un lado que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustentan en el interés general para el logro del bien común.*

85. El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad (...) (cursiva agregada).

En la STC Exp. 0030-2004-AI/TC, “*Caso Adolfo Urbina Lizama y otro en representación de más de cinco mil ciudadanos c. Congreso de la República*”, de 2 de diciembre de 2005, fundamento 11 el Supremo Tribunal, asumió al derecho de propiedad como un derecho subjetivo y una institución objetiva valorativa. También reconoció al bien común como un principio y un valor constitucional:

(...) En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de principios y valores.

Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es solo un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional.

De este modo, la jurisprudencia constitucional al reconocer la faz institucional del derecho de propiedad se ubica en el lugar de los intereses sociales para, sin desconocer la titularidad del derecho, sostiene la

primacía de los mismos y reduce la libertad del propietario al espacio residual resultante³⁷⁹.

Sobre el bien común, Alf Ross destaca su dimensión axiológica. Como lo resume Pérez Luño, para Ross: “Los bienes o intereses coincidentes y conexos suponen relaciones o situaciones sociales de hecho, pero el bien común representa un valor y como tal algo que no se da espontáneamente en la convivencia *sino que exige un clima de solidaridad colectiva y un compromiso social constructivo*” (cursiva agregada)³⁸⁰.

En esa dirección, hemos sostenido que el bien común está directamente conexionado con el valor superior de la solidaridad, predicado por la doctrina social de la Iglesia Católica³⁸¹.

Así, se cita en la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI, de 1931. Juan XXIII definió al bien común como el conjunto de condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona en la encíclica *Mater et Magistra*, de 15 de mayo de 1961, así como “la razón misma de ser de los poderes públicos” en la encíclica *Pacem in Terris*, de 11 de abril de 1963. La concepción del bien común de Juan XXIII lo conecta directamente con los derechos económicos, sociales y culturales: la garantía del pleno empleo, el salario justo y suficiente, la participación de los trabajadores en la empresa, la creación de cuerpos intermedios y la participación de todos en los bienes de la cultura.

La idea del desarrollo humano —fin último del bien común— es resaltada por Pablo VI en *Populorum Progressio*. Afirma que “el desarrollo no se reduce al simple crecimiento económico. Para ser auténtico ha de ser integral, es decir promover a todos los hombres y a todo el hombre”. Agrega citando a Lebre: “Con gran exactitud ha subrayado un eminente

³⁷⁹ Cordero Quinzacara, Eduardo (2006) “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”. En: *Revista de Derecho*, vol. XIX, Santiago de Chile, julio de 2006, p. 126.

³⁸⁰ Pérez Luño, Antonio-Enrique (1997) *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, p. 238.

³⁸¹ Kresalja, Baldo y César Ochoa, op. cit., Tomo I, p. 308.

experto: ‘Nosotros no aceptamos la separación de la economía de lo humano, el desarrollo de las civilizaciones en que está inscrito. Lo que cuenta para nosotros es el hombre, cada hombre, cada agrupación de hombres hasta la humanidad entera’ ”.

Pablo VI defendió la posibilidad de expropiación de la propiedad privada, que aquí en plena pandemia del coronavirus era calificada por los defensores del lucro como valor supremo como una manifestación de populismo. En *Populorum Progressio* sostuvo: “El bien común exige, pues, algunas veces la expropiación, si, por el hecho de su extensión, de su explotación deficiente o nula, de la miseria que de ella resulte a la población, del daño considerable a los intereses del país, algunas posesiones sirven de obstáculo a la propiedad colectiva”.

Con relación al bien común, las necesidades de la persona y los fines del Estado la jurisprudencia de la Corte Suprema suiza (EuGZ, 1996) declaró:

(...) El aseguramiento de necesidades humanas como alimento, ropa, vivienda, es condición de existencia y desarrollo humano por excelencia. Al mismo tiempo es parte indispensable para el ‘bien común’ del Estado de Derecho³⁸².

Retomando estas concepciones proponemos conceptualizar el bien común como el fin social del Estado y de la sociedad, inspirado por el valor superior de la solidaridad, orientado a crear las condiciones socioeconómicas para el desarrollo integral de la persona.

Así, la función social de la propiedad es el parte del contenido esencial de ese derecho fundamental que debe ser ejercido en armonía con el bien común. Aquí, hay que citar en el humanismo cristiano a Juan Pablo II en *Solicitudo Rei Socialis*, de 30 de diciembre de 1987:

(...) la propiedad privada, de hecho, se encuentra bajo una ‘hipoteca social’, lo que significa que tiene una función intrínsecamente social, basada y justificada precisamente en el *principio del destino universal de los bienes* (cursiva agregada).

³⁸² Citado por Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 185.

En esa dirección coincidimos con Gonzáles Barrón quien afirma que, al margen de la intención del constituyente de 1993, de suprimir al interés social como causal de expropiación se debe admitir que un concepto inicialmente cerrado como la “*necesidad pública*” se expanda en mediante una jurisprudencia constitucional innovativa para atender hipótesis propias de conceptos históricamente más abiertos a la equidad, la cohesión social y la justicia distributiva como el interés social³⁸³.

En el plano de la libertad de empresa, Correa Henao destaca que se encuentra dentro del marco jurídico fundamental del Estado Social de derecho:

La libertad de empresa o económica como derecho de libertad del Estado social de derecho, a pesar de que en su gestión interna y de mercado se encuentra sujeta de modo preponderante a la autonomía (a la libertad) antes que a la regulación, no puede ser ni existir ni ser legítima ni protegida sino cuando el desarrollo de su actividad y cuando el logro de sus objetivos y beneficios se hallan en consonancia con la totalidad de derechos y bienes constitucionalmente garantizados por el ordenamiento superior. Con distintas formas e intensidad pero de modo cierto, el ejercicio de la libertad se halla vinculado a la realización del Estado social de derecho³⁸⁴.

La Constitución peruana de 1993 eliminó la función social de la empresa que estuvo prevista en la Constitución de 1979 que en su artículo 130 declaró: “Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo a ley”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha reconstruido el concepto de la función social de la empresa. Así, en la sentencia del “*Caso Ley de Regalía Minera*”, en el fundamento 15 se afirma la responsabilidad social de la empresa:

³⁸³ Gonzáles Barrón, Gunther (2011) *Propiedad y Derechos Humanos. Superación del modelo liberal y codificado de propiedad*, cit., p. 401. Citado por Kresalja, Baldo y César Ochoa, op. it., Tomo I, p. 329

³⁸⁴ Correa Henao, Magdalena (2008) *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, cit., p. 758.

En esta perspectiva es que la *empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado*. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no solo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto (cursiva agregada).

Y en el fundamento 16 afirma que la propiedad y la autonomía privada se interpretan a la luz de la Cláusula del Estado Social:

(...) Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionalmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Solo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es ‘tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario’ (cursiva agregada).

En la STC Exp. 03343-2007-PA, “*Caso Cordillera Escalera*” el Tribunal Constitucional asumió que, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible a la empresa (fundamentos 21 a 25).

En esa misma dirección, en la STC Exp. 0001-2012-PI/TC “*Caso del Fiscal de la Nación c. el Gobierno Regional de Cajamarca*”, al margen de la controversia por haber declarado fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional de Cajamarca que declaró “*inviabilidad la ejecución del Proyecto Conga*”, debe destacarse su afirmación doctrinaria sobre la responsabilidad social de la empresa, que desarrolla en el fundamento 47:

(...) En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; *en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social*, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En la actualidad, existe consenso en señalar que actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad. El concepto de responsabilidad social de la empresa tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno (cursiva agregada).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha precisado que el ejercicio de la libertad de empresa no puede ser contrario a los derechos fundamentales. Así, en la STC Exp. 7320-2005-PA/TC, pronunciada el 23 de febrero de 2006, declaró en fundamento 53 que:

(...) La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley —siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente—, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

En esa dirección, la libertad de empresa puede ser limitada, al amparo del principio protector, para la imposición por el legislador de normas de seguridad en el trabajo.

III. LA INTERPRETACIÓN INNOVATIVA DE LA LIBERTAD DE CONTRATO

3.1. Los valores superiores de la solidaridad y de la igualdad como límites a la libertad de contrato

El artículo 62 de la Constitución de 1993 asumió el dogma de la santidad e inmutabilidad de los contratos. Así, declara que: “La libertad

de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo del contrato. *Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase*". De este modo, no solo ampara la libertad de contratar sino también la libertad contractual, esto es, el contenido del contrato.

Frente a los abusos en la libertad de contrato es aplicable la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte o la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales*. Como sostiene De Vega:

Porque la realidad social del Estado Constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, y porque, en consecuencia, desde situaciones de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles, existe una tendencia generalizada doctrinal, jurisprudencial e, incluso, legalmente, a admitir la fórmula de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista doctrinal militan claramente en esta orientación autores como Neumann, Nipperdey, Scheumer, Lombardi, Gomes Canotilho, etc. A su vez, desde la jurisprudencia, cabría recordar el carácter paradigmático que en Europa adquirió la famosa sentencia de 1956 del Tribunal Laboral Federal Alemán, siendo presidente del mismo Nipperdey, o las sentencias de la Corte Suprema Argentina, que no duda, por ejemplo, en sostener en los casos Siri y Samuel Knot que:

‘Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos esté circunscrita a los ataques que provengan de la autoridad solamente (...) Hay ahora una categoría de sujetos con o sin personalidad jurídica que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos esenciales³⁸⁵.

³⁸⁵ De Vega García, Pedro (1988) “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social”. En: Derecho y Economía en el Estado Social”. En: J. Corcuera y M. A. García Herrera (eds.), *Derecho y Economía en el Estado Social*. Madrid: Tecnos, p. 133.

En Alemania, la doctrina de Nipperdey, sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros de los derechos fundamentales, fue recogida en materia laboral por el Tribunal Laboral Federal y se extendió al ámbito del derecho civil, como lo destaca Carmona:

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal trató de sortear este escollo al resolver el famoso caso Lüth-Urteil, de 15 de enero de 1958. Entendió esta Sentencia que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución rigen también en las relaciones entre particulares y precisamente actúan a través de ciertas disposiciones de Derecho civil, en particular, las llamadas ‘cláusulas generales’ (exigencia de actuar de ‘buena fe’ o respetando las ‘buenas costumbres’, etc.). De este modo, en la interpretación y concreción del significado de estas cláusulas, han de utilizarse preferentemente los derechos fundamentales de la Constitución. En particular, son los jueces ordinarios quienes, a la hora de aplicar estas disposiciones de Derecho civil, deben interpretarlas de acuerdo con los preceptos constitucionales. Así, se expresa en la sentencia Lüth-Urteil antes mencionado³⁸⁶.

En esa dirección, nuestro Supremo Tribunal, ha modulado los alcances de la libertad contractual. Así, en la STC Exp. 0858-2003-AA-TC, “*Caso Leyler Torres del Águila*”, pronunciada el 24 de marzo de 2004, el Tribunal Constitucional declaró —en el fundamento 22— que la libertad contractual debe armonizarse con los derechos de las demás personas y proscribirse el abuso del derecho:

La respuesta de un Tribunal comprometido con la defensa de los derechos fundamentales no puede ser otra que afirmar que los derechos también vinculan a los privados, de modo que, en las relaciones que entre ellos se puedan establecer, éstos están en el deber de no desconocerlos. Por cierto, no se trata de una afirmación voluntarista de este Tribunal, sino de una exigencia que se deriva de la propia Norma Suprema, *en cuyo artículo 103º enfáticamente ha señalado que constitucionalmente es inadmisibles el abuso del derecho*. Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en el ejercicio de la autonomía privada

³⁸⁶ Carmona Cuenca, Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit. p. 167.

y la libertad contractual de los individuos, *no pueden contravenir otros derechos fundamentales*, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de los valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano (resaltado agregado).

Y en el fundamento 23 agrega que:

Ello es particularmente evidente en aquellas situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable auto-restricción del ejercicio de sus derechos fundamentales (vg. el ejercicio de la dimensión negativa de la libertad contractual, esto es, desvincularse del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante).

En esos casos, dado que se presentan relaciones contractuales en las que es patente la existencia de una heteronomía, esto es, una pérdida efectiva de autonomía privada por privada por una de las partes, los derechos fundamentales, en su dimensión institucional y como sistema de valores materiales de su ordenamiento, pueden y deben servir de fundamento para defenderse contra las consecuencias de su propio hacer, es decir que pueden lícitamente invocarse en la protección frente a sí mismos.

Al lado de esa invocación de la protección de sí mismos recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. También en estos casos, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, existe una obligación de protección de los derechos fundamentales.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional asume los valores de solidaridad y de igualdad sustancial para la interpretación innovativa del artículo 62 de la Norma Suprema. Hemos sostenido que en nuestro ordenamiento constitucional la buena fe es un principio general implícito

dado que excluye el abuso del derecho³⁸⁷. Constituye un principio general que como señala Nicolau “se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico”³⁸⁸.

Asumiendo que el principio de la buena fe es de raíz constitucional, descartamos la tesis neoliberal que minimiza los valores éticos en las relaciones contractuales en nombre de la libertad. Es la tesis de De Trazegnies, que partiendo de una concepción de la libertad como valor ilimitado —dentro de una imaginaria sociedad en la que los hombres viven sin contradicciones— sustenta el discurso ideológico del ultraliberalismo, bajo el escudo de una supuesta ética hiperindividualista:

Todo ello no significa que la Etica haya sido dejado de lado: simplemente, se trata de una Etica diferente que no impone una forma de vida a los hombres, *sino que plantea como su principal valor la posibilidad de que los hombres se den la forma de vida que quieran*. Es así como un sistema jurídico que de brinde esta posibilidad de libertad a los individuos es considerado moralmente superior a uno que no la da. Pero se trata de una moral no intrusiva que, lejos de inmiscuirse en los detalles de vida de los hombres, se limita a fundamentar de manera socialmente coherente el principio superior de la libertad individual³⁸⁹ (cursiva agregada).

Resulta evidente que tal tesis es inconstitucional en nuestro sistema jurídico. La libertad es un valor superior siempre que sea solidaria y es una libertad en conflicto. Es el *conflicto de la libertad consigo misma*, como anota Martínez García:

La libertad se fragmenta, se diversifica en distintas modalidades que se desafíen entre sí. Para responder a problemas distintos de un mismo problema, la libertad emprende trayectorias divergentes. En su disparidad, en su incompatibilidad pero a la vez en su complementariedad, las libertades

³⁸⁷ Kresalja Baldo y César Ochoa, op. cit. Tomo I, pp. 367-369.

³⁸⁸ Nicolau, Noemí Lidia (2005) “El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato”. En: Córdoba Marco (dir.), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: *La Ley*, p.303.

³⁸⁹ Trazegnies, Fernando de (2005) “Desacralizando la buena fe en el derecho”. En: Córdoba Marco (Director) *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Tomo II, cit., p. 27.

conectadas no son absolutas. Se necesita un ajuste, un compromiso entre libertades³⁹⁰.

Así, se denomina ética liberal a la antiética. Es un liberalismo que se pretende moderno, pero en rigor es el liberalismo al viejo estilo que nos recuerda el rechazo de Hayek por la justicia social y los sentimientos humanos de la solidaridad al que consideraba un atavismo primitivo: el de la *sociedad del desprecio*³⁹¹.

3.2. El orden público como límite a la libertad de contrato

Con relación al orden público como límite a la autonomía privada, se debe destacar en el derecho comparado al artículo 6 del Código Civil francés que dispone:

No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afectan el orden público y las buenas costumbres.

En esa dirección, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil del Perú preceptúa:

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres.

Entre las causales de nulidad absoluta del acto jurídico el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil prevé:

El acto jurídico es nulo:

(...)

8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el fundamento 53 de la STC Exp. 001-2005-PI, recaída en el “*Caso José Alfredo Chinchay Sánchez*”, referido a la obligación de contratar seguros a través del Seguro

³⁹⁰ Martínez García, Jesús Ignacio, op. cit., p. 37.

³⁹¹ Honneth, A. (1997) *La sociedad del desprecio*. Madrid: Trotta, pp. 127 y sigs. Citado por Martínez García, op. cit., p. 36.

Obligatorio de Accidentes de Tránsito-SOAT, señaló expresamente al orden público como límite a la libertad de contrato:

Así, las cosas, el orden público al que hace alusión el numeral 2.14° de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que supone *la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora.* Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora, en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho de la libertad de contratación, y de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales (cursiva agregada).

3.3. La unidad de la Constitución en la interpretación de la libertad de contrato

Conforme a nuestra tesis, el valor interpretativo de la Constitución Económica se debe guiar por el principio de unidad de la Constitución, tal como propone Correa Henao, quien sostiene que:

(...) los instrumentos integradores de la Constitución Económica adquieren un valor trascendental más en conjunto, interpretables como una suma de unidades específicas e interdependientes, “en concordancia práctica”, en estrecha reciprocidad con las demás normas que determinan esa opción constitucional de la economía, de suerte que ninguna de ellas puede ser cabalmente comprendida sin el reconocimiento latente e implícito de las otras³⁹².

³⁹² Correa Henao, Magdalena (2008) *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, cit., p. 95.

Con relación al artículo 62 de la Constitución que protege la seguridad contractual en los siguientes términos: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” y su relación con el artículo 2, párrafo 14 de la Norma Suprema que reconoce el derecho fundamental de contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, proponemos asumir la doctrina de Alexy que distingue en las disposiciones constitucionales entre principios y reglas. Así, las disposiciones que formulan objetivos políticos, valores morales y derechos fundamentales, tienen la forma de principios y no de reglas que se aplican a los casos previstos por ellas. Los principios son de mayor importancia, mayor indeterminación y un carácter más genérico y constituyen mandatos de optimización, que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”³⁹³.

En esa dirección, los límites del derecho fundamental de la libertad de contrato, previstos en el artículo 2.14 Constitución³⁹⁴, modulan la regla de seguridad contractual del artículo 62, cuando, consideradas las circunstancias, el resultado de su aplicación contraviene Cláusula del Estado Social, el valor superior de la solidaridad y deviene en jurídicamente desigual, irrazonable e inaceptable.

De este modo, el inciso 14 del artículo 2 de la Norma Suprema, que define el derecho fundamental de la libertad de contrato, contiene un principio o mandato de optimización que reconoce el derecho, *siempre que no se contravengan leyes de orden público*.

En cambio, el artículo 62 constituye una regla de aplicación del principio cuando enuncia que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. En la doctrina civilista, Cárdenas ha sostenido una analítica interpretación

³⁹³ Alexy, Robert (1985) *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. pp. 81 y sigs.

³⁹⁴ Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

innovativa del mencionado artículo 62³⁹⁵. Así, en el marco del principio de unidad de la Constitución, “en concordancia práctica”, proponemos que la regla de seguridad contractual del artículo 62, debe ser interpretada en el sentido que es viable que las leyes imperativas cuya finalidad sea impedir el abuso del derecho, pueden modificar excepcionalmente los términos contractuales para garantizar el mandato de optimización previsto en el inciso 14 del artículo 2 de la Norma Suprema que incluye *la plena realización de los bienes jurídicos de orden público*³⁹⁶.

A nuestro juicio, además en situaciones extraordinarias de *emergencia económica, ambiental y sanitaria* una ley basada en la necesidad de preservar el bienestar general, conforme al artículo 44 de la Norma Suprema podría habilitar a la modificación de los términos contractuales, con la finalidad de proscribir el abuso del derecho.

IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL MARCO DE LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL

En materia de actividad empresarial del Estado, el artículo 60 de la Constitución, en su segundo párrafo establece el principio de subsidiariedad:

Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La primera sentencia del Tribunal Constitucional del Perú sobre el régimen económico de la Constitución peruana de 1993, fue pronunciada el 11 de noviembre de 2003, en el Expediente N° 00008-2003-AI/TC, correspondiente a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5, 000 ciudadanos representados por Roberto Nesta Brero contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001. El fondo de la controversia se encontraba en que la mencionada disposición permitía

³⁹⁵ Cárdenas, Carlos (2000) *Contratación contemporánea. Teoría General y Principios*. Lima: Palestra Editores, pp. 257-272.

³⁹⁶ Cfr. Kresalja, B. y C. Ochoa, op. cit. Tomo I, pp. 362-367.

que mediante decreto supremo se puedan fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y de carga.

El Supremo Tribunal por primera vez se refirió a la “*Constitución Económica*”. Sin desarrollar ni citar definición alguna la sentencia —en los fundamentos 2 y 3— elude asumir un concepto de régimen económico constitucional, aunque considera necesario un ordenamiento económico constitucional:

“Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía”.

En materia del derecho público económico, la sentencia del “*Caso Neta*” destaca el *principio de subsidiariedad de la iniciativa pública*. En esa dirección, es importante resaltar el fundamento 23:

23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que ‘(...) Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]. Se consagra así, el ‘principio de subsidiariedad’ de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

Debe enfatizarse que ‘la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no solo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario,

ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa’, y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación —de cada persona— de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción’ (Encíclica Mater et Magistra. Iter N° 55)³⁹⁷.

La sentencia del “*Caso Neta*” es relevante al desarrollar doctrina jurisprudencial sobre principios fundamentales como las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico; (fundamento 26); los derechos de los consumidores y usuarios (fundamento 27 al 34); el rol vigilante, garantista y corrector (fundamento 35 a 40); el rol de los organismos reguladores (fundamento 41).

Sobre el principio de subsidiariedad de la iniciativa pública y su relación con los principios y deberes del Estado Social de Derecho, se debe citar la STC Exp. 034-2004-PI/TC, correspondiente al “*Caso Luis Nicanor Maravi*”, pronunciada el 15 de febrero de 2005, con el voto de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo. En los fundamentos jurídicos 26, 27 declaró:

26. Específicamente en lo concerniente el régimen económico de la Constitución de 1993, el capítulo sobre principios generales establece una serie de directrices de amplia determinación pero que, en conjunto, constituyen el hilo conductor constitucional que sirve de guía a la

³⁹⁷ Debe destacarse el aporte del humanismo cristiano que asume el principio de subsidiariedad como estrechamente conectado al principio de solidaridad. Véase: Pío XI, *Quadragesimo anno* (15 de mayo de 1931); Juan Pablo II, *Centesimus annus* (1 de mayo de 1991); *Caritas in veritate* (29 de junio de 2009). Sobre el principio de subsidiariedad en la doctrina social de la Iglesia Católica: Kresalja, Baldo (2010) *El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra; Kresalja, Baldo (2015) *Estado y Mercado. El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 41 y sigts. Sobre el principio de subsidiariedad: Kresalja Baldo y César Ochoa, op. cit. Tomo I, pp. 452-459.

actuación estatal en materia económica; y en base a los cuales el legislador puede modular su libertad de configuración, a fin de cumplir los objetivos ahí establecidos.

27. Tales principios integrantes de la denominada Constitución Económica constituyen normas programáticas, *mandatos de optimización a cargo del legislador que se fundamentan, a su vez, en el deber estatal de promocionar el bienestar general (artículo 44° de la Constitución)*. Cabe precisar, sin embargo que aun cuando semánticamente presentan cierto grado de indeterminación y, por consiguiente, amplia flexibilidad a favor del legislador, tales disposiciones no pueden asumirse como capaces de sustentar cualquier tipo de legislación arbitraria y carente de adecuación objetiva, pues los límites a la intervención estatal en la actividad económica de los particulares, se constituyen ahí donde tal actuación supondría una violación del principio de vinculación a los derechos fundamentales (cursiva agregada).

En el fundamento 28 asumió como complementario al principio de subsidiariedad el valor de la solidaridad social:

28. No se trata, pues, ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo de intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador *tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo; y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social*.

Consideramos que el equilibrio entre el principio rector del régimen económico de la subsidiariedad y el valor superior de la solidaridad obliga a interpretar que se cumple con aquel principio, si la creación de la empresa pública responde al fin del Estado de promover el bienestar general a que se refiere el artículo 44 de la Constitución, aludido en la sentencia del “Caso Maraví”.

En esa dirección, Quintana afirma que atender la demanda de sectores marginados de la población es un claro supuesto de subsidiariedad. Esta intervención es constitucionalmente relevante por consideraciones

redistributivas, destinando recursos para que el Estado, mediante la iniciativa pública empresarial, cubra esa demanda³⁹⁸.

Asimismo, las causales de “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional” previstas en el artículo 60 para habilitar legislativamente a la actividad empresarial del Estado, también pueden entenderse referidas a la actividad empresarial del Estado en áreas estratégicas que defina el legislador, en el marco del artículo 58 de la Constitución, que asigna al Estado la rectoría del régimen económico, bajo la fórmula de que “orienta el desarrollo del país”. Nuestra interpretación es que la rectoría del Estado tiene como fines la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales y la realización de bienestar y cohesión social. Como sostenía, desde el humanismo cristiano, Juan XXIII, en la encíclica *Mater et Magistra*, la ampliación de la propiedad del Estado “*solo es lícita cuando lo exige una manifiesta y objetiva necesidad de bien común*”.

Coincidimos con Quintana quien señala que en este supuesto la iniciativa pública empresarial está habilitada para competir con empresas privadas, dado que el último párrafo del artículo 60 de la Constitución declara que: “La actividad pública o no pública, recibe el mismo trato legal”. Si hay igualdad jurídica en la competencia entonces no hay subsidiariedad, si se entiende rígidamente como inexistencia de la empresa privada. Así, la Constitución permite actividad empresarial del Estado de alto interés público, calificada por el legislador. La explicación es que la subsidiariedad, en última instancia, es un juicio de valoración política que corresponde al Congreso. Aquí acudimos al profesor Ariño quien sostiene que ni el Tribunal Constitucional de España es competente para descalificar la declaración de reserva de recursos o servicios al sector público³⁹⁹

En ese sentido, como el primer párrafo del artículo 60 declara que el Estado reconoce el pluralismo económico y que la economía

³⁹⁸ Quintana Sánchez Eduardo (2011) “Una nueva mirada a la actividad empresarial del Estado”. En: *ConexiónEsan.com*. Disponible en: <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2011/09/26/una-nueva-mirada-a-la-actividad-empresarial-del-estado/>

³⁹⁹ Ariño, Gaspar (2004) *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: ARA Editores, p. 465.

nacional se sustenta en diversas formas de propiedad y de empresa, lo que aunado a la atribución del Estado de orientar el desarrollo del país hay fundamento para sostener el carácter mixto del sistema económico constitucionalizado.

Hay que tener siempre presente como precisa Galgano que la empresa pública no actúa primordialmente con fines de lucro, sino para la *directa realización de un fin público*: el de industrializar una zona subdesarrollada, combatir una injustificada elevación de precios, o para incentivar el ahorro mediante cajas de ahorro⁴⁰⁰.

A nuestro juicio, en una situación de *emergencia económica, ambiental y sanitaria* una ley basada en la necesidad de preservar el bienestar general, conforme al artículo 44 de la Norma Suprema podría habilitar a la nacionalización o intervención transitoria de empresas, como ha ocurrido en diversas experiencias históricas a nivel mundial —entre ellas la crisis de 2008— siendo el último recurso para salvar al propio sistema capitalista.

En suma, compartimos la posición de Céspedes, quien sostuvo que el dogma de la no intervención del Estado en los servicios públicos evidencia una ceguera intelectual:

Negar la existencia o importancia del Estado para la prestación de determinados servicios públicos, e inclusive financieros, constituye una miopía, que se asemeja a uno de los títulos de novela más queridos, de la obra de Saramago⁴⁰¹.

V. EL VALOR SUPERIOR DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL Y EL RÉGIMEN DE LIBERTAD DE COMPETENCIA

Si el contenido esencial de la libertad de empresa se basa en la preservación del mercado como sistema económico, la Cláusula del Estado

⁴⁰⁰ Galgano, Francesco, (1989) “Estructura técnico-jurídica del concepto de empresario público”. En: *La Actividad Empresarial del Estado. Revista Peruana del Derecho de la Empresa*, núm. 27, Lima, abril, p. 129.

⁴⁰¹ Cfr. Céspedes Zavaleta, Adolfo (2010) *El Estado Empresario. Verdades, mitos y conjeturas jurídicas*. Cap. I. Lima: Caballero Bustamante.

Social implica un mandato a los poderes públicos para promover la realización de la igualdad material o sustantiva. Aquí acudimos a Correa Henao quien sostiene que:

Como la igualdad formal tiene una respuesta satisfactoria con la decisión política traducida en normas de derecho, la igualdad material reclama, además de eso, una decisión económica. Decisión-acción que procede del Estado y no del funcionamiento natural, espontaneo y necesario de la economía de mercado, por lo que es estructural en el ordenamiento constitucional, por sobre todos los órdenes insertos en la Norma Suprema del Estado⁴⁰².

Se debe destacar que la Constitución de 1979 establecía un rol promotor del Estado respecto a las empresas cooperativas, autogestionarias, comunales y demás formas asociativas (artículo 116) y con relación a la pequeña empresa y la actividad artesanal (artículo 135). Este rol promotor se inspira en el humanismo cristiano. Así, Juan XXIII en *Mater et Magistra* afirmó que:

Deben, pues asegurarse y promoverse, de acuerdo con las exigencias del bien común y las posibilidades del progreso técnico, las empresas artesanas, y las agrícolas de dimensión familiar, y las cooperativas, las que pueden servir también para completar y perfeccionar las anteriores.

Así, el pilar de la igualdad —como lo denomina Correa Henao⁴⁰³— del Estado Social prevalece en su carácter de principio estructural de la Constitución Económica en el artículo 59, cuyo párrafo final declara que:

“El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades” como garantía de *igualdad material*.

De este modo, la Constitución reconoce dentro de un régimen de libre competencia que:

1. La igualdad no implica necesariamente un trato idéntico a todas las empresas.

⁴⁰² Correa Henao, Magdalena (2008) *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, *cit.*, pp. 112.

⁴⁰³ *Ibíd.*, pp. 119-120.

2. La desigualdad es jurídica sí está dotada de una justificación objetiva y razonable.

En consecuencia, la ley puede regular de forma distinta o con regímenes especiales a la pequeña empresa u otras modalidades empresariales que sufran desigualdad material si se cumplen los requisitos precitados.

En una sentencia controvertida en materia de compras estatales, el Supremo Tribunal se pronunció afirmativamente el 26 de abril de 2004. Se trató del caso de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 27633, modificatoria de la Ley N° 27143, Ley de Promoción Temporal al Desarrollo Productivo Nacional, que estableció una bonificación del 20% en los procesos de selección de contratación estatal a los bienes y servicios calificados como nacionales. La sentencia no fundamenta explícitamente porqué considera que la industria nacional está en una situación de desigualdad ni que circunstancias justifican esa medida transitoria, por ejemplo, situaciones de emergencia económica. Sin perjuicio de ello, es relevante por cuanto reconoce que el Estado puede promover a la industria nacional, rompiendo el paradigma neoliberal. A nuestro juicio, el Supremo Tribunal omitió invocar y analizar si era pertinente reconocer en este caso que la medida temporal había sido ejercida dentro del fin social del Estado de “orientar el desarrollo del país”, prevista en el art. 58 de la Norma Suprema. En la STC 018-2003-AI/TC, en el fundamento 2, aplicando el principio de razonabilidad, el Supremo Tribunal sostuvo, con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, que la medida se justificaba en el marco del rol de rectoría del Estado en el desarrollo del país y en el fin social del Estado de promover el bienestar general:

Sobre este particular, y aun cuando la Ley N° 27633 efectivamente incorpore una fórmula preferente (Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional) a favor de aquellas empresas o industrias sujetas a la inversión nacional o extranjera y proveedores de bienes y servicios en el territorio de nuestro país, no se realiza de una forma tal que pueda considerarse jurídicamente irrazonable.

Lo expuesto se justifica por las razones siguientes:

a) La medida especial de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional establecida en la Ley N° 27633 se adopta porque, conforme a la política legislativa en materia económica establecida por el Estado, éste prevé que a través de ella se contribuirá a asegurar el desarrollo de la producción nacional, y, por consiguiente, a fomentar el empleo, la riqueza nacional y el bienestar general de la población.

b) Dicha medida especial parte del supuesto estatal de la peculiar e inconveniente realidad económica y social del país.

c) Asimismo, se ampara en el cumplimiento de los deberes y competencias estaduales previstas en los artículos 44°, 58° y 59° de la Constitución.

En efecto, el artículo 44° hace referencia a *la promoción del bienestar general y el desarrollo de la Nación*; el artículo 58° alude a la responsabilidad del Estado en cuanto a la *orientación del desarrollo del país* y a la promoción del empleo para sus habitantes; y el artículo 59° prescribe la obligación de estimular la creación de la riqueza nacional.

Asimismo, en la STC Exp. 034-2004-PI/TC, correspondiente al “*Caso Luis Nicanor Maravi*” el Tribunal Constitucional, analizando el precitado artículo 59 de la Constitución afirmó en el fundamento 30 que:

(...) A juicio de este Tribunal dicha cláusula no solo determina un rol negativo para el legislador, de no interferir irrazonablemente en tales libertades económicas, sino que al mismo tiempo le otorga un margen de actuación a fin de garantizar condiciones de igualdad.

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO DEBERES DEL ESTADO SOCIAL

6.1. Introducción: La procura existencial y los servicios públicos

Como afirma Pérez Luño “en el Estado social de derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina

germana ha calificado de ‘procura existencial’ (*Daseinvorgorse*)⁴⁰⁴. De ahí la relevancia del estudio del servicio público, sus mutaciones y proyecciones para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.

En el humanismo cristiano, Juan XXIII en *Mater et Magistra* resaltaba la importancia de los servicios públicos esenciales en las zonas más deprimidas:

A este fin se debe intentar que en las zonas económicamente menos desarrolladas se garanticen los *servicios públicos fundamentales* más adecuados a las circunstancias del tiempo, lugar y de acuerdo, en lo posible, con la común manera de vida (cursiva agregada).

En la doctrina, Torres del Moral conceptúa que todo Estado que se precie de ser Estado Social debe asegurar a sus conciudadanos un mínimo existencial de prestaciones⁴⁰⁵. Así, como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Suiza que reconoce como derecho constitucional innominado el derecho fundamental de todos al aseguramiento de la existencia o al mínimo vital⁴⁰⁶.

En los Estados Unidos —pese a la marcada influencia del liberalismo— durante la década del sesenta del siglo XX se impulsaron políticas públicas de bienestar social, como señala Judt:

Algo parecido se podría haber dicho de los extraordinarios logros de mayoría demócrata de los años sesenta, en los que se gestaron los cupones para alimentos, Medicare, la Ley de los Derechos Civiles, el programa Headstart, el National Endowment for the Humanities y la Cooperación for Public Broadcasting. Si esto era Estados Unidos, tenía una curiosa semejanza con la ‘vieja Europa’⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique (1993) *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, p. 193.

⁴⁰⁵ Torres del Moral. Antonio (1988) *Principios de Derecho Constitucional Español*. Tomo I. Madrid: Atomo Ediciones, p.34. Citado por Petit Guerra, Luis, op. cit. p. 122.

⁴⁰⁶ Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 86.

⁴⁰⁷ Judt, Tony, op. cit., p. 44.

El desmantelamiento de los servicios públicos —que preconiza el neoliberalismo depredador— destruye el tejido del Estado y disuelve la cohesión social. Así, Judt precisa sus efectos:

“Este proceso no tiene nada de misterioso: Edmund Burke lo describió acertadamente en su crítica de la Revolución Francesa. Toda sociedad —sostiene en sus Reflexiones sobre la Revolución Francesa— que destruye el tejido de su Estado no tarda en “desintegrarse en el polvo y las cenizas de la individualidad”. Al eviscerar los servicios públicos y reducirlos a una red de proveedores privados subcontratados hemos empezado a desmantelar el tejido del Estado. En cuanto al polvo y a las cenizas de la individualidad, a lo que más se parece es a la guerra de todos contra todos de la que hablaba Hobbes, en la que, para muchas personas, la vida se ha vuelto de nuevo solitaria, pobre y más que un poco desagradable”⁴⁰⁸.

A nivel jurisprudencial en los Estados Unidos, destaca el Caso *Golberg versus Kelly* (1970) en que la Corte adoptó el criterio de la llamada “nueva propiedad” en el sentido de que quien recibía apoyo de la asistencia pública tenía derecho a una audiencia antes de que le retirasen el beneficio. La Corte, estableció con el voto del *Justice Brennan*:

Desde su fundación, el compromiso histórico de la Nación ha sido promover la dignidad y el bienestar de todas personas que se encuentren dentro de sus fronteras. Hemos terminado por reconocer que existen fuerzas que escapan al control de los pobres que contribuyen a su miseria (...) Al satisfacer las demandas básicas de la subsistencia, la asistencia social puede contribuir a poner al alcance de los pobres las mismas oportunidades de las que disfrutaban otros para participar de un modo significativo en la vida de la comunidad (...) La asistencia pública no es simple caridad sino un medio para ‘promover el bienestar general, y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros mismos y para nuestra posteridad.

En una dirección garantista de estos derechos, se asume como premisa que de que existen servicios básicos en cada uno de los derechos sociales previstos en la Constitución, pero que es conveniente que sean

⁴⁰⁸ *Ibíd.*, p. 119.

expresamente fijados por el constituyente y no por la acción política del legislador, evitando que se vacíe de contenido la Norma Suprema⁴⁰⁹.

Petit sostiene la tesis que hay prestaciones básicas, cuyos fundamentos están en la propia Constitución que permiten identificar ciertos servicios como *esenciales*, y por ende, que son *intocables*⁴¹⁰ desde su esencialidad y necesidad vital⁴¹¹.

En similar dirección, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado —sobre la aplicación del PIDESC— que las medidas “deliberadamente retrógradas” que recorten inversiones públicas en asistencia sanitaria, educación pública y servicios sociales contravienen las obligaciones internacionales de los Estados Parte. El CESCR ha declarado sobre las obligaciones mínimas que:

Corresponde a cada Estado una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por los niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de la salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto.

Así, siguiendo a Petit, proponemos que las prestaciones mínimas o básicas del Estado Social, puedan ser determinadas por el activismo positivo de la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional⁴¹².

6.2. La noción formal del servicio público

Como cuestión previa, citamos al Consejo de Estado en Francia sobre la definición del servicio público:

⁴⁰⁹ Petit Guerra, Luis Alberto, op. cit., p. 39.

⁴¹⁰ En este aspecto de ser “*prestaciones intocables*”, Petit Guerra, L., op. cit., p. 230 cita a Sotelo, Ignacio. (2010) *El Estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 89.

⁴¹² *Ibidem*, p. 259.

El servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, no su contrario⁴¹³.

Tal como sostiene Kresalja, en nuestro país aún no se ha llegado a la prestación universal de los servicios públicos, tarea pendiente de nuestro incipiente Estado Social:

Las entusiastas y aún populares afirmaciones neoliberales que pregonan una privatización total de la vida económica suelen olvidar, sin embargo, que en países como el nuestro el servicio público ha alcanzado carácter universal, es decir, no ha llegado -por muy diversas y complejas razones- a todos los ciudadanos, y que existe un alto porcentaje ausente de los beneficios que proporciona, entre otros, para alcanzar la modernidad. Ello no debe interpretarse en el sentido de promover una gestión directa de los servicios públicos, por empresas de propiedad estatal, porque consideramos que su fracaso sería otra vez inevitable, sino más bien resaltar la planificación concertada y consensuada que permitirá una cobertura más amplia e igualitaria, a través de una política económica que sea más ambiciosa que de limitarnos a extraer materias primas bajo el escudo de una división internacional de trabajo que nos hemos autoimpuesto por la sostenida y falsa-creencia en nuestra inferioridad⁴¹⁴.

Así, asumimos la tesis garantista de Ferrajoli que propone extender la prestación de los derechos humanos a todos por igual —*universalidad del servicio*— (independientemente de su categoría jurídica de ciudadano o no)⁴¹⁵, aun cuando debe ser modulada siguiendo a Peces-Barba, quien sostiene la excepción para aquellas personas que si pueden satisfacer sus necesidades básicas⁴¹⁶.

⁴¹³ Rapport Public, 1994, titulado “Service public, services publics: declin ou renouveau”. Citado por Kresalja, Baldo, “*El rol del Estado en la gestión de los servicios públicos*”. En: *Thémis*, núm. 39, 1991, p. 39.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 97.

⁴¹⁵ Ferrajoli, Luigi (2008) *Democracia y garantismo*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho. Madrid: Trotta, p. 45. Citado por Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 131.

⁴¹⁶ Peces-Barba, Gregorio (1991). *Curso de Derechos fundamentales*. Vol. I Teoría General, citado por Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 131.

Petit sostiene que mediante los valores de la solidaridad, igualdad, dignidad y justicia social se puede fundamentar la necesidad de establecer unos servicios esenciales dentro de cada prestación de orden social⁴¹⁷.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 77 de la Constitución peruana de 1993, consagra el principio de legalidad presupuestaria pero dentro del marco del intervencionismo del Estado Social para posibilitar la satisfacción de necesidades sociales básicas:

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de *necesidades sociales básicas* y de descentralización.

La noción clásica del servicio público es caracterizada por Parejo como la *concepción formal, subjetiva y estricta* del servicio público⁴¹⁸. En esta noción clásica, la ley ha reservado una actividad a la Administración (*publicatio*) para que ésta la reglamente, dirija y la gestione de manera directa o indirecta, para su prestación regular y continua.

Esta concepción es asumida en el fundamento 40 de la STC “*Caso Luis Nicanor Maraví*”:

(...) existe una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

⁴¹⁷ Petit Guerra, Luis Alberto, op. cit, p. 220.

⁴¹⁸ Parejo, Luciano *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros* Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/20.pdf>

La sentencia del Tribunal Constitucional en el “*Caso Luis Maraví Arias*” determina cuatro notas distintivas que pueden ser calificadas como principios rectores del servicio público:

Esencialidad, en el sentido de que el servicio público satisface necesidades vitales para la comunidad.

Continuidad. La prestación debe ser ininterrumpida y toda vez que el usuario la requiera.

Naturaleza regular. En el sentido de normalidad conforme a los marcos regulatorios. Para el Tribunal se debe desenvolver garantizando un mínimo de calidad y eficiencia.

Acceso en condiciones de igualdad. Rotondo conceptúa que este acceso igualitario implica no solo la inexistencia de discriminación sino también la exigencia de equidad o igualdad de oportunidades que:

(...) impone el servicio incluya —de alguna manera— de apoyos específicos a personas o sectores en situación de vulnerabilidad socio-económica, de forma que tengan un real igualdad en el acceso y utilización del servicio. Puede hablarse, entonces del principio de inclusión o universalidad correspondiente a una ‘cobertura social’ o ‘universal’⁴¹⁹.

A los principios desarrollados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Perú, se debe agregar el de la *primacía del usuario y el interés social*⁴²⁰. El fundamento de estos principios en el caso peruano se encuentra en el mandato del artículo 65 de la Norma Suprema. En ese sentido, hemos afirmado: El Estado no es neutro ni debe serlo: defiende el interés de los usuarios⁴²¹.

En el régimen jurídico peruano, los procesos de privatización de la década del noventa del siglo pasado, no afectaron el elemento deter-

⁴¹⁹ Rotondo, Felipe (2013) “Los principios de los servicios públicos”, en: *Derecho Administrativo en el siglo XXI*. Vol. II. Lima: Adrus D & L Editores S.A.C., p. 830.

⁴²⁰ Loc. cit.

⁴²¹ Cfr. Pérez Hualde, Alejandro (2007) “La raíz constitucional de la protección del usuario de los servicios públicos”. En: *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, pp. 488-489. Kresalja, Baldo y César Ochoa, op. cit., Tomo II, p. 176.

minante de la *publicatio*, pues las empresas privadas operaron mediante el título habilitante de la concesión. Así, en nuestro ordenamiento, se ha mantenido vigente el concepto *formal, subjetivo y estricto* del servicio público⁴²².

El régimen económico de la Constitución de 1993 —en el marco del proceso de privatización de la economía peruana de esos años— eliminó la previsión de habilitar al Estado la reserva en exclusividad actividades productivas o de servicios, reconocida en el artículo 114 de la Constitución de 1979⁴²³.

Así, el artículo 58 de la Constitución declara: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y *actúa principalmente* en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, *servicios públicos* e *infraestructura*» (cursiva agregada). Sin embargo, el artículo 60 al establecer que la actividad empresarial del Estado solo puede autorizarse por ley expresa y de acuerdo con el *principio de subsidiariedad*, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, bloquea la posibilidad de retornar al Estado empresario.

En la doctrina nacional, se sostiene que el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado —en los términos rígidos del artículo 60 de la Norma Suprema— sería de aplicación a los servicios públicos⁴²⁴.

A nuestro juicio, es justamente todo lo contrario, el servicio público en su concepción formal, subjetiva y estricta, no se enmarca en esos

⁴²² Zegarra, Diego (2008) *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Palestra, pp. 347 y sigts.

⁴²³ El mencionado artículo 114 establecía: “Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el estado establecer reservas de dicha actividad en favor de los peruanos”.

⁴²⁴ Danós, Jorge (2008) “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana” en: *Thémis*, Lima, núm. 55, p. 259. En una dirección de neoliberalismo extremo, Lasarte Molina, Jorge (2003) “El concepto de servicio público en el derecho peruano”. En: *Ius et Veritas*, núm. 26, Lima, pp. 81-82.

principios, sino en un mandato de actuación para el cumplimiento de fines sociales del Estado⁴²⁵.

Así, Quiñones Alayza, señala que la actividad empresarial del Estado a la que alude el artículo 60 de la Constitución es: “*necesariamente distinta* a las actuaciones atribuidas al Estado en el artículo 58 de la Constitución” (cursiva nuestra)⁴²⁶. Más adelante, concluye: “En el interín, no queda más que reconocer que, en tanto la actividad estatal califique como Servicio Público no puede ser calificada como ‘actividad empresarial’, por tratarse del cumplimiento de un cometido estatal expresamente reconocido en nuestra Constitución. A pesar de que con ello se abra un forado a la aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad estatal reconocido en el artículo 60 de la Constitución”⁴²⁷.

Siguiendo a Torres Moral, el Estado Social debe garantizar las prestaciones positivas necesarias para garantizar un mínimo existencial de los ciudadanos y promover la satisfacción de necesidades individuales y generales que el mercado no proporciona⁴²⁸. En suma, se trata de fines sociales del Estado de los que no puede abdicar⁴²⁹.

6.3. La noción funcional del servicio público

Debe resaltarse que en la mencionada sentencia del “*Caso Luis Maraví Arias*”, el Tribunal Constitucional afirma que es obligación constitucional del Estado garantizar la prestación del servicio público sin que necesariamente se imponga una titularidad estatal del servicio. Así, en el fundamento jurídico 41 declara que:

⁴²⁵ En una posición dubitativa, Villota, Marco Antonio (2010) “Hacia una delimitación de los elementos esenciales del concepto de servicio público”; en: *Retos contemporáneos del Derecho Público*. Lima: ARA Editores/Escuela de Posgrado Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 210. Nuestra tesis está desarrollada en: Kresalja, Baldo y César Ochoa, op. cit., Tomo II, p. 171.

⁴²⁶ Quiñones Alayza, María (2012) “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, diciembre, p. 72.

⁴²⁷ *Ibídem*, p. 73.

⁴²⁸ Torres Moral, Antonio, op. cit., p. 34.

⁴²⁹ Kresalja, Baldo y César Ochoa, op. cit. Tomo II, p. 172,

Resulta relevante tener en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal, *sino la obligación de garantizar la prestación del servicio*, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de las necesidades públicas, y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el Estado (cursiva agregada).

Así, se reconoció la viabilidad de que en nuestro ordenamiento se conserve la esencia del servicio público también en los servicios de titularidad privada pero de *interés económico general*, como los denomina la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, que en su artículo 36 declaró:

La Unión Europea reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como lo disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el tratado, con el fin de promover la *cohesión social* y territorial de la Unión (cursiva agregada).

Así, sostenemos que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional admite un concepto *funcional* del servicio público —en términos de Parejo— con una distinta organización de las correspondientes actividades (despublicación) y acceso de éstas al mercado. La razón es manifiesta: la paralela subsistencia de la tutela del interés público.

Como señala Cassagne, dentro de estos nuevos marcos regulatorios y contractuales —inspirados en el *valor superior de la solidaridad*— podrán preverse tarifas sociales para permitir el acceso a los servicios públicos económicos por los sectores más débiles de la sociedad:

Ahora bien, el *principio de solidaridad* también puede jugar para permitir el acceso de los sectores carenciados de la población a los servicios públicos económicos, especialmente a los servicios universales, a precios que contemplan la grave situación económica en que se encuentran tales sectores y su capacidad de pago⁴³⁰ (cursiva agregada).

⁴³⁰ Cassagne, Juan Carlos (2013) “La permanencia del servicio público como institución jurídica. Crisis y metamorfosis”. En: *Derecho administrativo en el siglo XXI*. Vol. II, Lima: Adrus D & L Editores S.A.C., pp. 713-714.

De este modo, el Supremo Tribunal admite que, dentro de nuestro régimen económico constitucional, los marcos regulatorios de los servicios públicos puedan evolucionar hacia fórmulas equivalentes a la noción comunitaria europea de *servicio de interés general*, en un proceso que Casagne denomina gráficamente como la metamorfosis del servicio público.

6.4. La educación como derecho social fundamental y servicio público

Como sostiene Elena Alvites, el derecho a la educación es uno de los fundamentos de un Estado Constitucional:

El derecho a la educación constituye un presupuesto indispensable para la democracia, así como para la plena realización y el ejercicio de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, las libertades de expresión e información o de los derechos políticos. Asimismo, como señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su satisfacción es un presupuesto para la superación de males que todavía subsisten en nuestra sociedad como la opresión de la mujer, la explotación de los niños, niñas o adolescentes⁴³¹.

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido que la educación es un “servicio público”. Así, en la STC Exp. 0034-2004-AI/TC, f.j. 40; en la STC Exp. 4232-2004-AA/TC, f.j. 11; la STC Exp. 04646-2007-PA/TC reiterado en los fundamentos 20 al 22 de la STC Exp. 0025-2007-PI/TC “*Caso Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú c. Congreso de la República*”, de 19 de septiembre de 2008:

20. El derecho a la educación se encuentra garantizado por diversos artículos de nuestra Carta Magna. Las principales manifestaciones del derecho a la educación que emanaron del propio texto constitucional son las siguientes: a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y c) la calidad de la educación.

⁴³¹ Alvites, Elena (2010) “Perspectivas constitucionales sobre el derecho fundamental a la educación”. En: *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 525.

21. Sobre el particular y, como también ya ha sido establecido por este Tribunal,

“(…) en un Estado Social y Democrático de Derecho el derecho a la educación adquiere un carácter significativo. Así, del texto constitucional se desprende una preocupación sobre la *calidad de la educación*, la cual se manifiesta en la obligación que tiene *el Estado de supervisarla* (segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución). ‘También se pone de manifiesto al guardar un especial *cuidado respecto al magisterio, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente*, (Art. 15°, primer párrafo, de la Constitución). Asimismo, se incide firmemente en la obligación de brindar una educación ‘ética y cívica’, siendo imperativa la enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales (art. 14, tercer párrafo)” (...) ⁴³².

22. Pero además, la educación posee un carácter binario, pues no solo constituye un derecho fundamental, *sino también un servicio público*. Así lo ha señalado este Tribunal al establecer que,

“(…) la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos (...)” ⁴³³.

En ese sentido, la STC Exp. 00011- 2013-PI/TC es una sentencia muy relevante. Se refiere al proceso de inconstitucionalidad promovido contra el artículo 2 de la Ley N° 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar, que establece que los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas e posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni a la atención de los reclamos formulados al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso. Prevé —en este último caso— que las instituciones educacionales pueden retener los certificados correspondientes al periodo

⁴³² STC Exp. 04646-2007-PA/TC.

⁴³³ STC Exp. 4232-2004-AA/TC.

no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente a los usuarios al momento de la matrícula y procedan a la matrícula del ciclo siguiente previa cancelación de su deuda.

El caso plantea —centralmente— una tensión entre el derecho a la educación y la libertad de empresa. La sentencia del Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad del artículo 2 de la mencionada ley, con los votos de los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Ledesma Narvaez y Espinosa Saldaña Barrera⁴³⁴. El fundamento más relevante es el carácter de servicio público de la educación, subrayado en el fundamento 61:

Ahora bien, este tribunal recuerda que la educación superior ostenta el carácter de servicio público. Así, ha sido reconocido por el artículo 4 de la Ley N° 28044, General de Educación. Se trata de una actividad de ejecución estatal o realizada por terceros, bajo fiscalización estatal [fundamento 11 de la STC N° 04232-2004-AA], reiterado en los fundamentos 20-22 de la STC N° 00025-2007-PI], cuya finalidad se vincula directamente con la autorrealización del ser humano y el progreso colectivo de la sociedad [Vid. Fundamentos 71-74, infra].

Esta sentencia reitera en el fundamento 71, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, que sostiene que la educación goza de una naturaleza binaria:

No solo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público” (STC Exp. 0025-2007-AI/TC, fundamento 22; STC Exp. 00008-2008-AI/TC, fundamento 22).

Vilela sostiene que la controversia entre un derecho social fundamental como el derecho a la educación y el derecho a la libertad de empresa debe resolverse aplicando el *principio de concordancia práctica*, procurando el equilibrio entre la educación entendida como un derecho fundamental de la persona y actividad empresarial, debiendo primar el respeto a los

⁴³⁴ Sin embargo, hay que destacar que el magistrado Sardón, contrario a la jurisprudencia innovativa del Tribunal Constitucional, formuló un voto singular, afirmando que la norma en cuestión vulneraba la libertad de empresa y de contratación, sin analizar la naturaleza de servicio público de la educación.

derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, sobre las garantías de contenido patrimonial no afectadas de manera sustancial⁴³⁵.

En suma, hemos sostenido que la primacía del derecho fundamental a la educación y la dignidad humana se refuerzan por tratarse de un servicio público social⁴³⁶.

Es importante destacar que en la sentencia del “*Caso Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú c. Congreso de la República*”, en el fundamento 72 se afirma que el derecho a la educación cuenta con los siguientes atributos: (i) Acceso; (ii) Permanencia; (iii) Calidad.

Petit se pregunta cuál es el contenido mínimo del derecho a la educación gratuita:

(...) ¿será el ‘derecho mínimo’ la obtención de un cupo o plaza escolar suficiente y obligatoria frente al Estado, en todo momento o circunstancia (sobre todo frente a los más necesitados)?; ¿cuál será la obligación mínima estatal (construcción de escuelas y dotarlas suficientemente, aumentos de salarios a maestros, concursos públicos de credenciales y de oposición para provisión de cargos, becas, subvenciones)⁴³⁷.

En la doctrina, Vásquez afirma que el derecho a la educación comprende cuatro aspectos:

(...) 1.- Disponibilidad: esto es que la educación fundamental debe ser gratuita y obligatoria de para todas las personas. Lo que quiere decir que los poderes públicos deben poner todos los medios posibles, especialmente presupuestarios, para facilitar el acceso de todos, niños o adultos, a la educación.
2.- Accesibilidad: en el sentido de que debe eliminarse toda discriminación

⁴³⁵ Vilela, Jorge Eduardo (2012) “El derecho a la educación como servicio público y como derecho del consumidor susceptible de protección”. En: O. Vignolo y R. Jiménez (coords.), *Homenaje a Allan Brewer Carías. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*. Lima: Ius et Veritas/Ediciones Legales, p. 264.

⁴³⁶ Ochoa Cardich, César “La libertad de empresa, así como las libertades conexas conllevan responsabilidades sociales”. En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, tomo 85, Lima, enero 2015, p. 231.

⁴³⁷ Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 41.

en el acceso a la educación. 3.- Aceptabilidad: la educación ha de ser de calidad. 4.- Adaptabilidad: la educación ha de adaptarse a cada alumno⁴³⁸.

Con relación al financiamiento del servicio educativo y su relación con el derecho social a la educación, en el derecho comparado, es pertinente citar la sentencia del Caso *Mills vs. Board Educationen* en el que el tribunal de distrito del distrito de Columbia falló en favor de un grupo de niños con discapacidad mental que reclamaban contra su exclusión de las escuelas públicas del distrito de Columbia. Como resalta Nussbaum:

(...) Y lo que es más importante aún para nuestros propósitos, el tribunal sostuvo que esa violación no podía justificarse con el argumento de que el sistema no tenía suficientes fondos y que era demasiado costoso incluir a niños. Según el fallo: ‘Las deficiencias del sistema de escuelas públicas del distrito de Columbia, ya sean ocasionadas por una financiación insuficiente o por la ineficacia administrativa, no pueden pesar más sobre el niño discapacitado o ‘excepcional’ que sobre el niño normal⁴³⁹.

6.5. La salud como derecho social fundamental y como servicio público

Sobre el concepto de salud como bien jurídico constitucional debe precisarse que es objeto de protección en una amplia diversidad de aspectos por el ordenamiento jurídico. Su propia determinación (ahora tengo salud, ahora no; tengo más salud o tengo menos salud) no puede estar en función solo en precisiones médico-biológicas de lo que se considere “normal”, sino que está relacionado con características socio-culturales y es un concepto valorativo⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Vásquez, Mónica (2006) “La educación como derecho humano en el marco de las Naciones Unidas”, En: L. M Naya, L.M. y P. Dávila (coords.), *El derecho a la educación en un mundo globalizado*. Tomo I. San Sebastián: EREIN, pp. 212-213.

⁴³⁹ Nussbaum, Martha C., (2007) *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, p. 204.

⁴⁴⁰ Aparicio Tovar, Joaquín (2002) “El derecho a la protección a la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”. En: José Luis Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, p. 1555.

Sobre el derecho a la salud como derecho social fundamental o derecho humano, cabe citar a León Florián:

La idea de un derecho a la salud como un derecho humano universal, tal y como fue recogido desde muy temprano por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por la constitución de la OMS, refleja como es obvio, una concepción de la persona entrada en su dignidad. Dicha concepción es tributaria de la vieja tradición kantiana del hombre como eje, centro y fin de la sociedad y el Estado, recuperada luego de la dramática experiencia de la Segunda Guerra Mundial. A dicha tradición se sumó también la del socialismo: la dignidad del ser humano no puede pensarse siquiera manteniendo a tantas personas en el total desamparo, sin posibilidad alguna de acceso de los bienes esenciales para la vida (...) Ese es el espíritu de también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Observación General N° 14 del Comité⁴⁴¹ y de nuestra Constitución⁴⁴².

El Tribunal Constitucional en las STC Exp. 2945-2003-AA/TC, 2016-2003-AA/TC y 1956-2004-AA/TC, destaca los componentes fisiológicos y orgánicos de la salud.

El derecho a la protección a la salud tiene como uno de sus principales instrumentos a la seguridad social, que es un pilar estructural básico del denominado *Estado de Bienestar*. Es una herramienta fundamental para garantizar de manera real y efectiva la igualdad y la libertad de los individuos ante las situaciones de necesidad como las de alteración de la salud. El Sistema de Seguridad Social no es otra cosa que *un plan para que triunfe la libertad frente a la necesidad* (Informe Beveridge, 1942, pág. 153)⁴⁴³.

⁴⁴¹ Se refiere a la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

⁴⁴² León Florián, Felipe (2010) "El derecho a la salud". En: Juan Manuel Sosa Sacio (coordinador) *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos fundamentales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 523.

⁴⁴³ Citado por Aparicio Tovar, op. cit., p. 1559. Este documento del economista inglés William Beveridge constituyó una de las fuentes más importantes de la seguridad social en el siglo XX.

En América Latina, debe destacarse en el ámbito de la medicina social la obra de Salvador Allende en Chile, quien siendo senador en los años 50 propuso la creación del Sistema Chileno de Salud, el primero en todo el continente con acceso universal⁴⁴⁴.

Nuestra Constitución en el artículo 9 define el rol del Estado en materia de salud:

El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora *para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud*.

En la dirección del acceso universal a las prestaciones de salud, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece que: “El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que puedan afectar su salud y garantizar la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido”.

La Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, LMAUS es la norma que desarrolla constitucionalmente el derecho fundamental a la salud. Así, define en su artículo 4 al *aseguramiento universal en salud* como la garantía de la protección de la salud para todas las personas residentes en el Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

En la STC Exp. 00033-2010-AI/TC, fundamento 17, el Supremo Tribunal ha resaltado la relevancia constitucional de los principios de la LMAUS previstos en su artículo 3: (a) Universalidad; (b) Integralidad; y c) Equidad.

⁴⁴⁴ Lema Añón, Carlos (2014) “El derecho a la salud en el siglo XX”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV, Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXXIII, p. 1840.

Como afirma Pemán el derecho a la salud —por su contenido prestacional— está condicionado por la organización y funcionamiento de los servicios públicos⁴⁴⁵.

Petit, se pregunta sobre el *contenido mínimo* del derecho a la salud:

(...) ¿será el ‘derecho mínimo’ a ser atendido en todas las emergencias, en que sean cubiertos ‘todo’ tipo de intervenciones quirúrgicas; el proveimiento de medicinas de calidad por estos servicios⁴⁴⁶.

Respondiendo a esta cuestión Vidiella señala que no se puede distinguir entre una salud básica y otra superior: las necesidades sanitarias no admiten niveles⁴⁴⁷.

Sobre el rol del Estado Social en la protección del derecho a la salud y su carácter de derecho social fundamental debe mencionarse a la precitada STC Exp. 2945-2003-AA/TC, que en su fundamento 7 declaró:

(...) O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de política discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, *el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas*, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que los garanticen de modo progresivo, y que se le dispense protección adecuada a quienes ya gocen del mismo (cursiva agregada).

La pandemia del coronavirus ha evidenciado la relevancia de la salud como derecho fundamental y como servicio público. En el Reino Unido —como destaca Gray— el *National Health Service*, que ha sido el primer servicio nacional de salud europeo, producto del Estado de Bienestar ha tenido un rol esencial para contener la pandemia. Mientras que en el Perú el déficit social del neoliberalismo produjo un servicio

⁴⁴⁵ Pemán Gavín, Juan (1985) “La reforma sanitaria en Italia”. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 106, Madrid, p. 394.

⁴⁴⁶ Petit, Luis Alberto, op. cit, p. 41.

⁴⁴⁷ Vidiella, Graciela (2000) *El derecho a la salud*. Buenos Aires: Eudeba, p. 39.

de salud pública que fue fácilmente desbordado pese a los denodados esfuerzos y sacrificio del personal médico y sanita

Debe destacarse en nuestra jurisprudencia constitucional a la STC Exp. 2945-2003-AA/TC, “*Caso Azanca Alhelí Meza García*”, pronunciada el 20 de abril de 2004, con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma. La demandante interpone acción de amparo contra el Estado Peruano, solicitando que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente VIH/SIDA.

La Procuradora Pública argumentó que según los artículos 7 y 9 de la Constitución el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un simple plan de acción estatal y no un derecho concreto.

En esta sentencia, el Supremo Tribunal define a la salud como:

(...) el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que como tal constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo (fundamento 30).

Considera a la salud como un derecho prestacional que garantiza la igualdad de oportunidades:

Este mínimo vital busca garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre, por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia debe motivar la intervención del Estado y la sociedad de manera conjunta para la consecución de este fin (fundamento 9).

La sentencia destaca la relevancia del principio de solidaridad (fundamento 16) y del principio de la dignidad de la persona humana (fundamento 17). Afirma que los derechos sociales, como el derecho a la salud, constituyen deberes de solidaridad (fundamentos 23 a 25).

De otro lado, descarta que los derechos económicos y sociales sean meras normas programáticas y asume la interdependencia de los derechos humanos (fundamentos 10 y 11).

Destaca el rol del Estado Social y Democrático de Derecho “para concretar los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que torna digna la vida, y, en esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones” (fundamento 26).

El Tribunal Constitucional define a la salud como un derecho fundamental “por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de vida” (fundamento 28).

El Supremo Tribunal afirmó que es un derecho tutelado por la vía del amparo:

(...) cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la Acción de Amparo (fundamento 6).

Afirma la obligación del Estado de adoptar medidas presupuestarias para la satisfacción de este derecho:

Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado, a través 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 la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población (fundamento 12).

La sentencia analiza la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución que establece que las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente, así como también el principio de legalidad presupuestaria previsto en el artículo 77 de la Constitución. El Tribunal determina que la aplicación progresiva supone destinar el *máximo de recursos de que se disponga* para atender los derechos sociales:

(...) aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como es el caso de autos. Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos (fundamento 35).

Más adelante agrega:

Lo declarado en la 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 disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos 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 en manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas (fundamento 37).

Sobre el “*vínculo presupuestario*” cabe citar a Ferrajoli, quien sostiene la obligación de los gobiernos de respetarlo pero en un sentido opuesto a la estabilidad presupuestaria, en el sentido de la obligación de destinar cuotas mínimas del gasto público a la atención de los derechos sociales, en particular el derecho a la salud y a la educación⁴⁴⁸.

En esta memorable sentencia, el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda de amparo, ordenó que se considere a la demandante en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, incluyendo la

⁴⁴⁸ Ferrajoli, Luigi (2014) *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, p. 206.

provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante.

Este caso la omisión de suministrar el tratamiento y los medicamentos a la accionante contraviene las obligaciones del Estado asumidas al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como señalan Abramovich y Courtis, la exigencia del derecho a la salud a partir del reclamo judicial comprende dos segmentos diferenciables: a) La declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión; y b) El emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida⁴⁴⁹.

En la STC Exp. 2016-2004-AA/TC, en su fundamento 22 asume a la salud como una obligación de hacer de toda la sociedad, como un “deber de solidaridad”.

Su naturaleza de derecho social y también *prestacional* “toda vez que su efectivización está sujeta a la actuación concreta, directa y activa del Estado” es reafirmada en la STC Exp. 5842-2006-PHC/TC, fundamento 53, “*Caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi*”.

Otra sentencia relevante es la STC Exp. 3081-2007-PA/TC, “*Caso R.J.S.A. vda. De R.*”, de fecha 9 de noviembre de 2007, con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda. Se trata de un caso en el cual la recurrente demanda amparo contra ESSALUD, entidad pública de la seguridad social en salud, solicitando que se deje sin efecto la orden de alta de su hija G.R.S. quien padece de esquizofrenia paranoide.

La parte demandada argumenta que la decisión de alta se sustenta en criterios estrictamente médicos no susceptibles de cuestionamiento y que la demandante pretende es desatenderse de la obligación familiar de asumir la curatela del paciente

El Supremo Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó que ESSALUD otorgue a G.R.S. atención médica y hospitalización perma-

⁴⁴⁹ Courtis Christian y Víctor Abramovich (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, p. 134 y sigts.

nente e indefinida y la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental.

Este pronunciamiento tiene una gran proyección en materia de exigibilidad del derecho a la salud y fija claramente los alcances del deber del Estado en esta materia.

Así, la jurisprudencia garantiza que los contenidos constitucionales mínimos del derecho a la salud dependan de la propia Constitución y no de la interpretación que de la Norma Suprema haga el poder político. El rol activista del juez constitucional ha evitado que se vacíe de contenido el derecho fundamental a la salud. Así, se trata de garantizar *derechos posibles*, como los califica Comanducci⁴⁵⁰.

VII. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y LA PROHIBICIÓN DE CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En la doctrina se afirma que el principio de libre competencia constituye una manifestación del orden público económico⁴⁵¹. En la Constitución peruana de 1993, el principio de libre competencia está previsto en el artículo 61, que en su segundo párrafo establece que:

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

El fundamento de esta prohibición constitucional no solo está en la protección del principio de libre competencia, sino también en la defensa del pluralismo informativo que garantiza el derecho fundamental

⁴⁵⁰ Comanducci, Paolo (2010) *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Filosofía y Teoría del Derecho. Ensayos de teoría analítica del Derecho*. Lima: ARA Editores, p. 73.

⁴⁵¹ Sainz Moreno, Fernando (1977) "Orden Público Económico y restricciones de la competencia". En: *Revista de Administración Pública*, núm. 84, Madrid, septiembre-diciembre, p. 606.

de la libertad de información⁴⁵². Así, en la doctrina española Laguna de Paz afirma:

Los medios de comunicación social presentan una doble dimensión: por un lado, son manifestación de libertades económicas y de expresión; y, por otro, son vehículo del derecho a la información, constituyendo una pieza maestra para el mantenimiento de una opinión económica libre: De ahí que, en este ámbito, la concentración empresarial debe ser contemplada desde un doble ángulo: la defensa de la competencia y la protección del pluralismo informativo⁴⁵³.

Dentro de nuestro marco jurídico constitucional podemos afirmar que el principio de libre competencia previsto en el artículo 61 de la Norma Suprema es de orden público económico, de modo que la libertad de contrato está limitada y obligada a no transgredirlo. En el mismo sentido, la legislación antimonopólica y medios de radio y televisión. Como sostiene Häberle, esa legislación es una manifestación de la economía social de mercado:

(...) En otros términos: la sociedad pluralista se reconstituye constantemente también por el modo en el cual ella crea, con el consenso ético-jurídico

⁴⁵² Así, en Francia en 1986, el Consejo Constitucional declaró que la Ley de Libertad de Comunicación era inconstitucional por cuanto las disposiciones anticoncentración no eran suficientes para garantizar el pluralismo informativo en el mercado multimedia (diarios-radio-televisión). En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal en la BVerfGE 73, 118, pronunciada en 1986, declaró que el legislador estaba obligado a adoptar normas que impidiesen que una empresa alcance de forma simultánea una posición dominante en los mercados de televisión y prensa. En Italia, la Corte Constitucional en la sentencia núm. 420, de 7 de noviembre de 1994, no se limitó a imponer al legislador la adopción de normas anticoncentración sino que se ha dispuesto que esas normas eficaces, tomando en consideración al valorar esa eficacia cual es la situación en que se encuentra el sector. Así, declaró inconstitucional el límite de concentración prevista por la legislación italiana en televisión en protección al valor constitucional del pluralismo. Cfr. Pérez Gómez, Alberto (2002) *El control de las concentraciones de medios de comunicación. Derecho español y comparado*. Dykinson: Madrid, p. 613 y sigs.

⁴⁵³ Laguna de Paz, José Carlos (2000) *Televisión y Competencia*. Madrid: La Ley, p. 241.

(que es también por el modo en el cual ella crea con el consenso ético-jurídico (que es también parte de la 'ética económica'), normas-cuadro e institutos jurídicos para la economía y los traduce seriamente en la legislación ordinaria, y cómo hace efectivo el principio del Estado social (por ejemplo, en el derecho del trabajo y en el derecho social), de modo tal que la economía de mercado se pueda convertir como aspecto del bien común, en economía social de mercado. El mercado y la competencia significan mucho, pero no es todo, para la 'sociedad abierta'. El homo economicus es solo una verdad parcial. La apertura del proceso democrático de formación de la voluntad no puede ser falseada por el abuso del poder económico. Las estructuras de división de poderes, trasladadas del Estado a la economía (por ejemplo, las leyes antitrust y las leyes sobre la concentración de la prensa) deben ser funcionales a aquel proceso. En estos términos, la política de la competencia se convierte en 'política democrática' y, al mismo tiempo, en un servicio para la economía social de mercado⁴⁵⁴.

A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo 13 (párrafos 1, 2 y 3) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la libertad de expresión en los siguientes términos:

Artículo 13.- Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁴⁵⁴ Häberle Peter (1997) "Constitución y economía: Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo". En: *Pensamiento Constitucional*, núm. 4. Lima: PUCP, p. 29.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (...).

El artículo 29 de la Convención establece las siguientes disposiciones sobre la interpretación del tratado:

Artículo 29.- Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención o limitarlos en que sea parte uno de dichos Estados; y
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Entre las posibles infracciones a la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 56, afirma que la concentración empresarial de los medios de comunicación puede afectar la libertad de expresión:

56. Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la

propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica ‘medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’.

En esa misma dirección, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, en el Principio 12, afirma que::

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los medios.

En el punto interpretativo 55 del Principio 12, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma el valor del *pluralismo informativo* para el funcionamiento del sistema democrático:

En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por solo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita el enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.

De este modo, se desarrolla sobre la libertad de información, aquello que Salmón denomina una: “*lectura social de los derechos civiles y políticos*”:

un punto de encuentro con los DESC que apunta a la afirmación práctica de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos⁴⁵⁵.

En la República Argentina, durante el gobierno peronista de Cristina Fernández de Kirchner, se generó un relevante debate constitucional con la Ley N° 26.552, Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, ley que regula el funcionamiento de licencias de los medios de radio y televisión. La Ley N° 26.552, sustituyó a la norma dictada por el gobierno de facto en 1980⁴⁵⁶. El *Grupo Clarín* impugnó —con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad— cuatro artículos de la ley: 41, 45, 48 —segundo párrafo— y 161 de la Ley N° 26.552, en la medida que limitaban la acumulación de licencias por aire y por cable y afectaba los proyectos de inversión iniciados por el Grupo, el cual en su condición de titular de licencias se encontraba sujeto a las nuevas limitaciones. Argumentó que la norma impugnada altera de manera unilateral, retroactiva y perjudicial los alcances de la titularidad de sus licencias, sin ofrecer indemnización alguna. Asimismo, afirmó que se la causa un gravísimo e irreparable daño patrimonial y que se configura un atropello a sus derechos de propiedad, libertad de industria y comercio, libertad de expresión y prensa.

El 29 de octubre de 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunció la sentencia final en el “*Caso Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ acción meramente declarativa*”. Con seis votos de los magistrados Lorenzetti, Highton, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay desestimó la demanda, resolviendo revocar la sentencia recurrida, en cuanto declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas de la Ley 26.522, y confirmar la sentencia en cuanto dispuso rechazar la acción de daños y perjuicios tal como fue promovida en el expediente, así como en las restantes cuestiones. El magistrado Fayt se pronunció por la inconstitucionalidad de la Ley.

⁴⁵⁵ Salmón, Elizabeth (2010) *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*, cit. p. 65 y sigs.

⁴⁵⁶ La Ley N° 26.552 fue modificada en enero 2016 por un decreto del gobierno de Mauricio Macri para beneficiar al Grupo Clarín.

La sentencia asumió que las posiciones de las partes en el proceso conducen a que se analice el derecho de la libertad de expresión desde sus dos dimensiones: la individual y la colectiva. Así, la libertad de expresión en su faceta individual estaría afectada —según alega el Grupo Clarín— a través de la violación a sus derechos de propiedad y libertad de comercio. Por su parte, el Estado Nacional justifica la regulación efectuada por la ley en la promoción de la libertad de expresión en su faz colectiva.

En el considerando 24 la sentencia asumió como la necesidad de una acción positiva de intervención por parte del Estado para garantizar el pluralismo informativo:

Que a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde —como se dijo— la actividad regulatoria del Estado es mínima, *la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado*, por lo que su intervención aquí se intensifica.

En el considerando 27 la sentencia afirma la constitucionalidad de la Ley impugnada por su finalidad de garantizar el pluralismo informativo en el sistema democrático:

Que de otra forma que tiene el Estado de asegurar el mayor pluralismo en la expresión de ideas es a través de la sanción de normas que *a priori* organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de comunicación. En este supuesto, le corresponde al Estado decidir cuáles serán las pautas que considera más adecuadas para asegurar el debate público y el libre y universal intercambio de ideas.

En el Perú, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 00013-2007-AI, “Caso artículo 24 Ley de Radio y Televisión” pronunciada el 13 de julio de 2007, con los votos de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, en el fundamento jurídico 10, afirmó la naturaleza de *servicio esencial* de la radio y televisión:

El concepto de servicio esencial (*Grundversorgung*) es un elemento básico de las libertades televisivas —y también radiales— en el marco constitucional, como forma básica de la procura existencial del Estado democrático y social de derecho.

En la STC Exp. 0905-2001-AA/TC, expedida el 14 de agosto de 2002, en el “*Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín*”, el Supremo Tribunal resaltó que la libertad de información es una garantía de una sociedad democrática para la formación de la opinión pública:

Sin embargo, ellas no solo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades ‘tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad’ (Ernst Wolfgang Böckenförde, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Edit. Trotta, Madrid, 200, p. 67); o, como lo expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen ‘una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad a la hora de ejercer sus opciones, este suficientemente informada. (OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70) (fundamento jurídico trece).

En la sentencia pronunciada el 20 de febrero de 2006 en la STC Exp. 0027-2005-PI-TC, “*Caso Colegio de Periodistas del Perú*”, con los votos de los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, el Tribunal Constitucional ha conexionado los derechos de libertad de expresión e información con las libertades reconocidas en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (fundamento 9).

A su vez, el derecho a ser informados goza de una doble naturaleza: *individual y colectivo*. En nuestra jurisprudencia el Tribunal Constitu-

cional en la STC Exp. 1797-2002-HD, “*Caso Wilo Rodríguez Gutiérrez*” ha reconocido estas dos dimensiones:

9. Asimismo, en la misma sentencia se sostuvo que: ‘Las dimensiones de la libertad de información son dos: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no solo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino al mismo tiempo, garantiza el *derecho colectivo de ser informados*, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no solo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información; b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de opinión colectiva (cursiva agregada).

Esta *dimensión social del derecho a la libertad de información* es reconocida por el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 0003-2006-PI-TC, pronunciada con los votos de los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 37 de la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos como fluye de los fundamentos jurídicos 42 y 43:

42. Las libertades de comunicación del discurso, tienen una doble dimensión, ambas condicionadas recíprocamente: *una individual y otra social*. Como bien ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la primera consiste en que nadie pueda ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, libertad que no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o a escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatario. Por su parte, la dimensión social, de

contenido institucional, se encuentra orientada a garantizar el intercambio de ideas e información entre las personas, implicando también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos o noticias. Para el ciudadano tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como derecho a difundir la propia.

43. Las libertades *in comento*, son pues, garantía de la difusión del pensamiento y la información, por ende, base inseparable del pluralismo democrático. Se tratan, por tanto, no solo de derechos fundamentales, sino de garantías institucionales para formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática (cursiva agregada).

Se debe destacar la STC Exp. 00015-2010-PI/TC “*Caso Daniel Linares Bazán*”, pronunciada el 11 de septiembre de 2012. En esta sentencia, el Supremo Tribunal reconoció la constitucionalidad de que —en el marco del artículo 61 de la Constitución— el legislador pueda regular el acaparamiento de medios de comunicación, estando habilitado para escoger por distintas fórmulas que resulten idóneas para conseguirlo. La sentencia fue pronunciada con el voto unánime de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz. Así, en los fundamentos 28 y 29 sostuvo:

28. Ahora bien, la prohibición de que los medios de comunicación sean objeto de monopolio, prevista en el artículo 61° de la Constitución, no requiere mayor regulación. Tal prohibición impide que, en última instancia, tales medios se encuentren dirigidos solo por el Estado o por una sola persona jurídica o natural. El ámbito normativo de dicho precepto constitucional que sí requiere precisión legal es aquel referido a la prohibición de que los medios de comunicación sean objeto de ‘acaparamiento’ ¿Con el control de cuánto porcentaje del total de medios de comunicación una persona ‘acapara’ el mercado de medios? (fundamento 28).

29. Desde luego, no existe un solo modo constitucionalmente válido de regular legalmente la prohibición prevista en el artículo 61° de la Norma Fundamental. Mientras se cumpla con el objetivo constitucionalmente trazado, a saber, que el Estado o los particulares no acaparen el control sobre los medios de comunicación, el legislador, en ejercicio del principio

de libre configuración legal (artículo 93° de la Constitución), puede optar por distintas fórmulas que resulten idóneas para conseguirlo.

En la legislación comparada, debe destacarse el rol pionero de los Estados Unidos que por la *Federal Communications Act* de 1934 creó la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) para la regulación de licencias y limitar la concentración del mercado en la radio y televisión y restringir la “titularidad o propiedad cruzada”. A nivel jurisprudencial la sentencia del caso “*Red Lion Broadcasting vs. FCC*”, U.S. 367, 1969, afirmó el derecho del público de acceder al pluralismo de ideas antes que “consentir la monopolización del mercado, ya sea por parte del gobierno o de un licenciatario privado”.

En suma, en el marco de la Cláusula del Estado Social y de los principios de libre competencia y de la economía social de mercado es constitucional la legislación que prohíba la concentración de los medios de comunicación en prensa, radio y televisión, siempre que afecte el pluralismo informativo que es un bien jurídico constitucional de alto interés público.

VIII. LA TUTELA DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

8.1. Estado Social y Estado Multicultural

Nuestro enfoque garantista de los derechos económicos, sociales y culturales afirma la relevancia de la tutela de la propiedad comunal. Ya en el siglo XIX, González Prada afirmaba sobre la relación de los pueblos indígenas y la tierra que:

El indio no reconoce patria, porque no tiene propiedad. La verdadera patria del hombre es la choza que habita, el terreno que siembra, el río donde abreva su ganado y la loma donde lleva el pasto⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Citado por Ward, Thomas (2009) *Buscando la Nación Peruana*. Lima: Editorial Horizonte/Loyola University Maryland/Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 150. Asimismo, por Kresalja, B y C. Ochoa, op. cit. Tomo I, p. 335.

Sin embargo, el derecho a la propiedad comunal no es —como ningún derecho— ilimitado y debe compatibilizarse con el interés nacional en la explotación de los recursos naturales que constituyen patrimonio de la Nación. Asimismo, la propiedad comunal debe armonizarse con la *communis possessio* de la tierra, que en la doctrina social de la Iglesia Católica es denominada principio del destino universal de los bienes.

En el Perú, el discurso del neoliberalismo depredador propone que se reforme la Constitución para establecer que el uso y la titularidad de la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales, corresponda a los propietarios de los terrenos respectivos, facilitando obviamente con esta privatización del subsuelo sean enajenados a la inversión extranjera⁴⁵⁸. Esta tesis no tiene nada que ver con la democracia. Aquí citamos a Habermas que señala que el neoliberalismo “no tiene nada que ver con la democratización” sino que “produce un alejamiento mayor entre el Estado y la exigencia de legitimación de lo público y (...) por ‘libertad’, no entiende la autonomía del mundo vital, sino la libertad de los inversores privados”⁴⁵⁹. Más bien tiene como antecedente en América Latina la dictadura de Porfirio Díaz (1884-1911), en México que entregó los recursos naturales a la inversión extranjera, al amparo de su privatización, mediante el Código de Minería de 1884, las Leyes mineras de 1882 y 1909 y la Ley petrolera de 1901. Como antítesis dio origen al rescate de los recursos naturales mediante el artículo 27 de la Constitución de 1917 que declaró que la propiedad de tierras y aguas corresponde originariamente a la Nación⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Ghersi, Enrique (2011) Disponible en: <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-10-quien-es-el-dueño-del-subsuelo/>

⁴⁵⁹ Habermas, J. (1997) Ensayos Políticos. Barcelona: Península, pp. 152 y 215. Citado por Rodríguez Palop, María Eugenia, “El surgimiento de una nueva generación de derechos humanos como fruto de una crisis democrática y social”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro I, Capítulo V. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 266.

⁴⁶⁰ Fix Zamudio, H., op. cit. p. 106.

En la doctrina, como señala Arcos, el valor superior de la solidaridad fundamenta el destino universal de los recursos naturales:

La solidaridad sería uno de los valores subyacentes a la tesis de la tierra por parte de toda la humanidad (de origen estoico e inspiradora del cosmopolitismo kantiano), según la cual a cada persona debería atribuirse *prima facie* un mismo derecho a compartir los recursos mundiales⁴⁶¹.

En primer lugar, se debería tener en cuenta la relación entre el Estado Social y Democrático de Derecho y el *derecho fundamental a la identidad cultural*, reconocido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. En la STC Exp. 0042-2004-AI/TC, “*Caso Luis Lobatón Donayre*”, de fecha 13 de abril de 2005, con el voto de los magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, el Tribunal Constitucional del Perú ha resaltado esa relación en el fundamento 1:

(...) En efecto, cuando nuestra Ley Fundamental consagra en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de reconocer y proteger dicha identidad y pluralismo, está reconociendo que el Estado Peruano se caracteriza, precisamente, tanto por su pluralidad étnica, así como por su diversidad cultural.

Ello se explica por cuanto *la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho*. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponen una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. *Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana.*

⁴⁶¹ Arcos Ramírez, Francisco (2014) “Solidaridad”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. IV, Capítulo VI. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 230-231.

El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico, de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú.

En esa medida, la Constitución reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88 de la Constitución); *además impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89 de la Constitución) (...) (cursiva agregada).*

En suma, hemos sostenido con Kresalja que el derecho a la identidad cultural reconocido en la Constitución peruana de 1993 implica una definición de Estado Multicultural y Poliétnico que afirma de manera efectiva el valor superior de la igualdad material inherente al Estado Social de Derecho⁴⁶².

8.2. El Convenio 169 de la OIT y el derecho a consulta previa

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es un tratado internacional ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 26253, de fecha 5 de diciembre de 1993. El Convenio 169 constituye el principal instrumento jurídico internacional sobre derechos de los pueblos indígenas en el marco supranacional de protección de los derechos humanos⁴⁶³.

⁴⁶² Kresalja, Baldo y César Ochoa, op.cit. Tomo I, p. 336.

⁴⁶³ Oliva Martínez, Daniel (2014) “De la negación al reconocimiento: los derechos específicos de los pueblos indígenas durante el siglo XX”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, E.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro II, Capítulo XXIII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, p. 1484. Citado por Kresalja, Baldo y César Ochoa, op. cit. Tomo I, p.336.

El Convenio 169 ha inspirado el reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, y a su pluralismo, previsto en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución de 1993.

El Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA, “*Caso Cordillera Escalera*” reconoció en el fundamento 31 la fuerza normativa del Convenio N° 169, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴⁶⁴.

El artículo 6 del Convenio 169 reconoce el derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en todas aquellas cuestiones que puedan afectarlos directamente:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas u organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

El párrafo 2 del precitado artículo 6 prevé que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y

⁴⁶⁴ El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevé que la interpretación constitucional de los derechos protegidos por la Norma Suprema debe guiarse en la jurisprudencia supranacional: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El artículo 14 del Convenio 169 preceptúa: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

El artículo 15 del Convenio 169 —en su numeral 1— declara que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En su numeral 2 declara que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se prevé que los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Cabe señalar que no existe conflicto normativo entre el derecho a la consulta previa y el artículo 66 de la Constitución que declara que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. No existe derecho a veto ilimitado. La consulta no puede ser vinculante si su resultado es incompatible con el interés nacional en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Empero, el Estado deberá procurar

armonizar ese interés con la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tal como lo prevé el Convenio 169⁴⁶⁵.

Finalmente, debemos precisar que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, en la medida que está previsto en los términos más amplios, como el derecho fundamental a la participación en la *vida política, económica y cultural de la Nación* (artículo 2, inciso 17 de la Norma Suprema). A su vez, este derecho fundamental es un principio rector del Estado Social⁴⁶⁶.

8.3. La jurisprudencia innovativa de la Corte IDH y la peruana

Siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— el derecho a la consulta previa puede ser calificado como un derecho humano y en consecuencia, de rango constitucional. El Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 0217-2002-HC/TC, ha resaltado el rol de la jurisprudencia supranacional de la Corte IDH.

La jurisprudencia supranacional de la Corte IDH ha interpretado que el derecho de propiedad comunal está garantizado por los párrafos 1 y 2 del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tutela el derecho de propiedad privada. En esa dirección, la Corte IDH ha desarrollado una doctrina jurisprudencial que afirma la necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas u originarios sobre los territorios de propiedad comunal con la finalidad de garantizar su supervivencia física y cultural.

Así, la Corte IDH ha desarrollado una doctrina jurisprudencial innovativa en esta materia a partir del “*Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*”, de fecha 31 de agosto de 2001. En la mencionada sentencia se reconoció que el artículo 21 de la Convención protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad

⁴⁶⁵ En ese sentido, Kresalja, Baldo y César Ochoa, op.cit. Tomo I, pp. 338-339.

⁴⁶⁶ *Ibídem*, p. 340.

comunal. De este modo, superó la dimensión meramente individualista y privatista del derecho de propiedad recogida en el artículo 21 de la Convención Americana⁴⁶⁷:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29 b. de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

Asimismo, reconoció que como producto del derecho consuetudinario, la posesión de la tierra debería ser suficiente para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad obtengan el reconocimiento de dicha propiedad y el consiguiente registro.

En el “*Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam*”, la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007, afirmó que la transgresión del derecho de consulta previa fue determinante en la decisión de la Corte IDH para declarar que se había violado el derecho de propiedad comunal y en consecuencia, dispuso las correspondientes reparaciones. Así, se debe destacar el punto resolutivo 8 del fallo de la sentencia de la Corte:

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho de pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo de Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194 (d) de esta Sentencia.

⁴⁶⁷ Oliva Martínez, Daniel (2014) “De la negación al reconocimiento: los derechos específicos de los pueblos indígenas durante el siglo XX”, cit., p. 1467.

Siguiendo esta jurisprudencia supranacional, en la STC Exp. 022-2009-PI/TC, “*Caso Gonzalo Tuanama Tuanama*” pronunciada el 9 de junio de 2010, con el voto de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Landa Arroyo y Eto Cruz, se declaró fundada la demanda y se ordenó al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, conforme al Convenio 169 de la OIT. Los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda —de ideología conservadora— se pronunciaron por declarar improcedente la demanda.

La sentencia precisa diversos principios, reglas y pautas que constituyen obligaciones del Estado que se derivan del Convenio 169 de la OIT (fundamentos 27 a 36):

- (i) El principio de buena fe.
- (ii) La flexibilidad.
- (iii) El objetivo de alcanzar un acuerdo.
- (iv) La transparencia.
- (v) La implementación previa del proceso de consulta.

Asimismo, declaró como obligación del Estado regular un *régimen de coparticipación en la riqueza*, y en el caso de daños, reconocerse la indemnización correspondiente a las comunidades indígenas, como lo prevé el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte IDH (fundamento 52).

(...) Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se le otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. (...).

El Tribunal Constitucional del Perú con relación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa en la precitada sentencia del “*Caso Tuanama*” ha determinado en el fundamento 37 que incluye:

(...) (i) el acceso a la consulta, (ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y (iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forman parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

La jurisprudencia del “*Caso Tuanama*” fue reiterada en la STC Expediente 05427-2009-PC/TC, correspondiente al “*Caso de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP)*”, pronunciada el 30 de junio de 2010, con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Landa Arroyo y Eto Cruz. Esta relevante sentencia asumió *la aplicación de la figura de la inconstitucionalidad por omisión* y la posibilidad de su control por el juez constitucional (fundamentos 10 a 22). En el fundamento 15, citando al jurista español Fernández Rodríguez afirma:

(...) Por otro lado, como se ha sostenido en la doctrina sobre la obligación de desarrollo normativo de la Constitución (que es una dimensión del principio más general de efectividad de las disposiciones constitucionales en el contexto de un Estado Social de Derecho, que supera las clásicas restricciones del Estado liberal abstencionista, la necesidad de garantizar los objetivos de promoción del bienestar general contenidos en los textos constitucionales en forma de derechos sociales requiere también la garantía de operativización de estas nuevas cláusulas constitucionales, lo cual supone en primer lugar, la emisión de las normas necesarias que fijen el marco jurídico a partir del cual se desarrollará la infraestructura institucional y material capaz de satisfacer estos derechos. Así lo ha señalado el profesor español José Julio Fernández Rodríguez, quien ha sostenido que:

‘El dogma en la literatura y en la jurisprudencia de que el ciudadano no tiene derecho a exigir la emanación de normas jurídicas [...] es objeto de erosión por los esquemas regulativos del Estado Social y por las varias dimensiones de la vinculación de los poderes públicos por los derechos fundamentales [como son] la actualidad, la positividad y la normatividad’

[FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio: La inconstitucionalidad por omisión. Civitas. Madrid, 1998, p. 220].

Asimismo, en el fundamento jurídico 60, afirmó las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 con relación al derecho a la consulta son:

a) La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; (ii) la consulta en sentido estricto, y iii) la implementación de la medida (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27).

b) La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera ‘apropiada a las circunstancias’, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31).

c) El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33).

d) La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35).

e) La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede

admitir ciertas excepciones a la luz de los hechos concretos (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36).

f) El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía de cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37).

g) Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas (...) (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41).

IX. EL VALOR SUPERIOR DE LA SOLIDARIDAD Y LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO

La Constitución de 1993 en el artículo 74 enuncia los principios de la potestad tributaria del Estado: “el Estado el ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad, y respeto de los derechos fundamentales de la persona”.

No ha incluido explícitamente el principio de capacidad contributiva que tiene como antecedente el artículo 53 de la Constitución italiana de 1947 que prevé que: “*Todos están obligados a concurrir a los gastos públicos con arreglo a su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspira en criterios de progresividad*”. De Mita sostiene que el principio de capacidad contributiva “expresa la necesidad de *justicia y racionalidad* de la legislación tributaria”⁴⁶⁸ (cursiva agregada).

⁴⁶⁸ De Mita E. (1984) Fisco e Costituzione. Questione risolte e Questioni aperti, 1957-1983. Milán: Editore Giuffré, p. 152. Citado por García Novoa, “La incidencia de la doctrina de la solidaridad en cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano para la creación y aplicación de normas fiscales”. En: Michael Zavaleta Alvarez (dir.) *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, p. 108.

En la doctrina social de la Iglesia Católica, se asume el principio de capacidad económica en el sistema tributario. Así, Juan XXIII, en *Mater et Magistra*:

Por lo que se refiere a los impuestos, la exigencia fundamental de todo sistema tributario justo y equitativo en que las cargas se adapten a la capacidad económica de los ciudadanos.

Hemos sostenido que para que el trato tributario sea igualitario se debe tratar a las personas de forma diferente, de acuerdo con su capacidad contributiva; y el trato diferente —respetuoso de la igualdad— consiste en que la tributación debe ser mayor si la capacidad contributiva es mayor⁴⁶⁹.

En la misma dirección, el inciso 1 del artículo 145 de la Constitución brasileña de 1988 establece que: “Siempre que fuese posible, los impuestos tendrán carácter personal y se exigirán de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente, pudiendo la Administración tributaria, en especial para conferir efectividad a estos objetivos, identificar, respetando los derechos individuales y en los términos de la ley, el patrimonio, los rendimientos y actividades económicas del contribuyente”. En la doctrina nacional, Fernández Cartagena sostiene que la capacidad contributiva no solo importa tener recursos, sino que se manifiesta luego que el sujeto ha satisfecho las necesidades de una vida digna, esto es más del mínimo vital⁴⁷⁰.

El Tribunal Constitucional del Perú en la STC 2727-2002-AA/TC, “*Caso Compañía Minera Caudalosa*” sobre un proceso de amparo contra la aplicación del Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN), reconoció que todo tributo que establezca el legislador, debe sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva. En consecuencia, afirma que la relación entre capacidad económica y tributo constituye el marco

⁴⁶⁹ Kresalja Baldo y César Ochoa (2020) *Derecho Constitucional Económico*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 262.

⁴⁷⁰ Fernández Cartagena, Julio (2006) “La capacidad contributiva”. En: *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra/PUCP, p. 182.

que legitima la existencia de capacidad contributiva como *principio tributario implícito* dentro del texto constitucional⁴⁷¹:

En otras sentencias, el Tribunal Constitucional afirmará que el tributo es una manifestación del deber de contribuir en el sostenimiento de los gastos públicos, derivada del *principio de solidaridad*. Así, en la STC Exp. 03797-2006-AA, “*Caso Scotiabank Perú S.A.A.*”, de fecha 5 de marzo de 2007, con el voto de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramirez, se ha definido el poder tributario dentro de un Estado Social de Derecho. Citando a Barquero⁴⁷², afirma en el fundamento 6 que:

Es evidente que se configura un compromiso de naturaleza constitucional que se fundamenta en valores básicos (libertad, igualdad, justicia y participación democrática en la formación del orden social y económico), los cuales deben entenderse no solo en sentido formal, sino también material. Resulta de ello que el Estado y los poderes públicos instituidos por la Constitución ‘están comprometidos en la consecución de un orden social más igualitario y más justo, y eso afecta de manera muy especial a su actividad financiera (...) Surge así el tributo como presupuesto funcional del Estado Social, considerando las características del mismo: (...) Por un lado, su capacidad productiva y su flexibilidad, que le permite adaptarse a las necesidades financieras de cada momento, y lo convierten en un instrumento crucial para afrontar las crecientes necesidades financieras del Estado Social. Por otro lado, por su aptitud para producir un efecto de redistribución de rentas compatible con los derechos y libertades constitucionales, al permitir detraer mayores recursos económicos de las economías privadas más favorecidas, y menos (o incluso ninguno) de las menos favorecidas.

Así, el *principio de solidaridad* que supone la existencia de un interés general en la recaudación de los ingresos públicos genera un nuevo marco

⁴⁷¹ Gamba Valega, C. (2007) “Sobre el ITAN y el principio de capacidad económica- Una ‘conformidad’ difícil de comprender”. En: *Revista Peruana de Derecho Tributario*, núm. 4, p.5. En esa dirección, la STC Exp. 033-2004-AI/TC, de 28 de septiembre de 2014 y la STC Exp. 2302-2003-AA/TC, de 30 de junio de 2005.

⁴⁷² Barquero, Juan (2002) *La función del tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 53.

de obligaciones que corresponde al Estado Social de Derecho, diferente al establecido dentro del marco del Estado Liberal de Derecho que era profundamente individualista⁴⁷³.

En la STC Exp. 6626-2006-PA/TC, de fecha 19 de abril de 2007, “*Caso Importadora y Exportadora A.S.S. C.R.L.*”, en que se cuestionaba el régimen de percepciones del Impuesto General a las Ventas, figura tributaria que no tiene fin recaudatorio sino de combate al fraude o la evasión, el Supremo Tribunal resalta el rol del Estado Social en este terreno, en el fundamento 14:

Y es que, en la búsqueda de una sociedad más equitativa, propia del Estado Social y Democrático de Derecho, se logra justamente a través de diversos mecanismos, entre los cuales la tributación juega un rol preponderante y esencial, pues mediante ella cada ciudadano, respondiendo a su capacidad contributiva, aporta parte de su riqueza para su redistribución en mejores servicios y cobertura de necesidades estatales. De ahí que, quienes ostentan la potestad tributaria, no solo deben exhortar al ciudadano a contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, sin distinción ni privilegios; sino, al mismo tiempo, deben fiscalizar, combatir y sancionar las prácticas de evasión tributaria, cuyos efectos nocivos para el fisco se tornan contraproducentes en igual medida para todos los ciudadanos del Estado Peruano (cursiva agregada).

En la STC Exp. 1417-2005-AA/TC, “*Caso Manuel Anicama Hernández*” el Tribunal Constitucional destaca la importancia de la potestad tributaria del Estado para garantizar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

(...) requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos (fundamento 16).

Sin embargo, en la doctrina, García Novoa cuestiona que se invoque a la solidaridad “como valor supremo del Estado social de derecho

⁴⁷³ Durán Rojo, Luis Alberto (2006) “La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio. En: *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Palestra: Lima, p. 76.

para la adopción de ciertas medidas tributarias⁴⁷⁴. Asimismo, critica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional porque “concibe el supraprincipio de solidaridad como una regla de invocación general que adolece de falta de límites constitucionales”⁴⁷⁵.

Nuestra tesis asume que la solidaridad es, en efecto, un supraprincipio, esto es, un valor superior en nuestro ordenamiento. Sin desconocer el principio de seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, hemos sostenido que no puede entenderse como un valor ilimitado que petrifique el ordenamiento jurídico existente cuando se esté en la necesidad perentoria de atender a valores y fines del ordenamiento constitucional de mayor rango⁴⁷⁶.

En consecuencia, habrá que analizar en cada caso, la correcta aplicación del valor superior de la solidaridad como fundamento para la creación de tributos y dentro del marco jurídico del principio de proporcionalidad. Sin perjuicio de ello, el valor superior de la solidaridad debe sustentar una fiscalidad realmente progresiva, como propone Ferrajoli “apta tanto para financiar la garantía de los derechos sociales, como para reducir las enormes riquezas que son a menudo el fruto de acumulaciones parasitarias cuando no ilegales y, sobre todo, habitualmente, fuentes de poderes privados impropios capaces de condicionar la esfera pública”⁴⁷⁷.

En suma, la Cláusula del Estado Social no ha cercenado la atribución judicial del control de constitucionalidad de la legislación tributaria. En ese sentido, Gomes Canotilho ha resaltado la obligación que se deriva de los derechos sociales, vincula a todos los integrantes de la sociedad, y se hace efectiva, sobre todo por los contribuyentes, quienes proporcionan al Estado los recursos necesarios para atender las prestaciones corres-

⁴⁷⁴ García Novoa, César “La incidencia de la doctrina de la solidaridad en cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano para la creación y aplicación de normas fiscales”, cit., p. 62.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁷⁶ Kresalja Baldo y César Ochoa, *Derecho constitucional Económico*, cit. Tomo II, p. 307.

⁴⁷⁷ Ferrajoli, Luigi (2014) *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, p. 206.

pondientes⁴⁷⁸. Así, el financiamiento del gasto público debe garantizar la prestación de los derechos sociales fundamentales atendiendo al valor superior de la solidaridad.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO QUINTO

Nuestra jurisprudencia constitucional ha asumido al orden público como el límite a la libertad de contrato. Es definido como conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento en sentido amplio que son necesarias para la vida en comunidad (STC Exp. 3283-2003-AA/TC, fundamento 28). El orden público económico es una concreción del “orden público” en la vida económica de la Nación. Es un concepto que emerge a mediados del siglo XX como un contrapeso a los excesos del liberalismo clásico del siglo XIX. Esta noción fue evolucionando al punto que el orden público económico está estructurado por las reglas básicas del sistema económico.

Nuestra tesis propone conceptualizar al orden público económico como una dimensión axiológica inspirada por los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y autonomía personal, la justicia social, la igualdad sustancial y la solidaridad, dentro del marco jurídico de la Cláusula del Estado Social de Derecho, que organiza la vida económica de la Nación. Esta conceptualización contribuirá al rol garantista del juez constitucional

La Constitución se basa en dos elementos básicos del modo de producción capitalista: la propiedad y el mercado. La protección de ambos se reforzó en el texto constitucional de 1993. Así, en el artículo 58 se declara que el régimen económico es el de una economía *social* de mercado. Por otro lado, el artículo 70 declara que el derecho de propiedad: “es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el *bien común* y dentro de los límites de ley”.

⁴⁷⁸ Gomes Canotilho, Jose Joaquim (1998) “Metodología ‘Fuzzy’ y ‘Camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”. En: DEL, núm. 6, pp. 39 y sigs. Citado por Bernal Pulido, Carlos (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit. p. 352, nota alpie 239.

Como hemos precisado, el constituyente de 1993 eliminó el concepto de “interés social” del régimen económico constitucional pretendiendo borrar la evolución constitucional del Perú. Su concepción hiperindividualista niega la existencia de intereses sociales, sin embargo, consagró los privilegios de grupos de intereses específicos al elevar a rango constitucional la protección de los contratos ley en el artículo 62. Empero, interpretada sistemáticamente y en conjunción con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH tiene una perspectiva social (*Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*). Sobre la diferencia entre interés público e interés social cabe señalar, por ejemplo, que, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el interés público no necesariamente debe incidir sobre el conjunto de la sociedad, sino que es suficiente que beneficie a un grupo específico por razones de justicia social, propios de la vida en comunidad (*Caso James contra Reino Unido*, párrafo 41).

Correspondió a la jurisprudencia constitucional restituir la función social de la propiedad en nuestra Constitución Económica (sentencia del “*Caso Roberto Nesta Brero*”, fundamento 26). Esa doctrina jurisprudencial fue consolidada en la STC 0048-2004-PI/TC, “*Caso Ley de Regalía Minera*”, en la que se restituyó la función social como contenido esencial del derecho de propiedad en el marco jurídico del Estado Social. En esa dirección, en el fundamento 11 de la STC Exp. 0030-2004-AI/TC, “*Caso Adolfo Urbina Lizama y otro, en representación de más de cinco mil ciudadanos c. Congreso de la República*”, el Supremo Tribunal, asumió al derecho de propiedad como un derecho subjetivo y una institución objetiva valorativa. De este modo, la jurisprudencia constitucional al reconocer la faz institucional del derecho de propiedad se ubica en el lugar de los intereses sociales para, sin desconocer la titularidad del derecho, sostiene la primacía de estos y reduce la libertad del propietario al espacio residual resultante.

Sobre el bien común, consideramos que el bien común está directamente relacionado con el valor superior de la solidaridad, difundido por la doctrina social de la Iglesia Católica. En el humanismo cristiano, la doctrina del destino universal de los bienes y el carácter instrumental de la propiedad privada se remonta a los primeros siglos del cristianismo.

Conceptualizamos al bien común como el fin social del Estado y de la sociedad, inspirado por el valor superior de la solidaridad, orientado a crear las condiciones socio-económicas para el desarrollo integral de la persona. Así, la función social de la propiedad es el parte del contenido esencial de ese derecho fundamental que debe ser ejercido en armonía con el bien común.

Al margen de la intención original del constituyente de 1993, de suprimir al interés social como causal de expropiación se debe admitir que un concepto inicialmente cerrado como la “*necesidad pública*” se expanda en vía interpretativa para atender hipótesis propias de conceptos históricamente más abiertos a la equidad, la cohesión social y la justicia distributiva como el interés social.

La Constitución de 1993 eliminó la función social de la empresa que estuvo prevista en la Constitución de 1979 que en su artículo 130 declaró: “Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo a ley”. En el proceso de reconstrucción de la Cláusula del Estado Social, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha rescatado el concepto de la función social de la empresa. (Sentencia del “*Caso Ley de Regalía Minera*”, en el fundamento 15; la STC Exp. 03343-2007-PA, “*Caso Cordillera Escalera*”; STC Exp. 0001-2012-PI/TC “*Caso del Fiscal de la Nación c. el Gobierno Regional de Cajamarca*”), entre otras sentencias.

En materia de la libertad de contrato sostenemos que el dogma de la santidad e inmutabilidad de los contratos debe ser modulado en situaciones de emergencia económica en aras de proteger a la población de las amenazas a su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, como reza el artículo 44 de la Constitución de 1993.

A nivel de la jurisprudencia constitucional, la libertad de contrato debe armonizarse con los derechos constitucionales de las demás personas (STC Exp. 0858-2003-AA-TC, “*Caso Leyler Torres del Águila*”). En esa misma dirección, en el fundamento 53 de la STC Exp. 001-2005-PI, recaída en el “*Caso José Alfredo Chinchay Sánchez*”, referido a la obliga-

ción de contratar seguros a través del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito-SOAT, el Supremo Tribunal asumió sobre el orden público como límite a la libertad de contrato.

Con relación al artículo 62 de la Constitución que protege la seguridad contractual en los siguientes términos: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” y su relación con el artículo 2, párrafo 14 de la Norma Suprema que reconoce el derecho fundamental de contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, proponemos asumir la doctrina de Alexy que distingue en las disposiciones constitucionales entre principios y reglas. En esa dirección, el principio de la libertad de contrato (artículo 2.14 Constitución) entra en juego corrigiendo el ámbito de aplicación de la regla de seguridad contractual del artículo 62, cuando, consideradas las circunstancias, el resultado de su aplicación contraviene Cláusula del Estado Social, el valor superior de la solidaridad y es jurídicamente desigual, irrazonable e inaceptable.

De este modo, el inciso 14 del artículo 2 de la Norma Suprema, que define el derecho fundamental de la libertad de contrato, contiene un principio o mandato de optimización que reconoce el derecho, *siempre que no se contravengan leyes de orden público*. En cambio, el artículo 62 constituye una regla de aplicación del principio cuando enuncia que “los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.

Asimismo, asumimos en nuestro ordenamiento constitucional a la buena fe como principio general implícito dado que excluye el abuso del derecho, constituyendo un standard jurídico y ético, que se conecta con el valor superior de la solidaridad.

Así, en el marco del principio de unidad de la Constitución, proponemos que la regla de seguridad contractual del artículo 62, debe ser interpretada en el sentido que es viable que las leyes imperativas cuya finalidad sea impedir el abuso del derecho, pueden modificar excepcionalmente los términos contractuales para garantizar el mandato de

optimización previsto en el inciso 14 del artículo 2 de la Norma Suprema que incluye *la plena realización de los bienes jurídicos de orden público*.

Sobre el principio de subsidiariedad de la iniciativa pública y su relación con los principios y deberes del Estado Social de Derecho (la STC Exp. 034-2004-PI/TC, correspondiente al “*Caso Maraví*”). El Tribunal Constitucional asume a los principios integrantes de la denominada Constitución Económica constituyen normas programáticas, *mandatos de optimización a cargo del legislador que se fundamentan, a su vez, en el deber estatal de promocionar el bienestar general (artículo 44° de la Constitución (fundamento 27))*.

En esa dirección, atender la demanda de sectores marginados de la población es un claro supuesto de subsidiariedad. Esta intervención es constitucionalmente relevante por consideraciones redistributivas, destinando recursos para que el Estado, mediante la iniciativa pública empresarial, cubra esa demanda. Asimismo, las causales de “alto interés público” o “manifiesta conveniencia nacional” también pueden entenderse referidas a la iniciativa pública en áreas estratégicas, que defina el legislador, en el marco del artículo 58 de la Constitución, que asigna al Estado la rectoría del régimen económico, bajo la fórmula “orienta el desarrollo del país”. Nuestra interpretación es que la rectoría del Estado tiene como fines la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales y la atención al bienestar general y la cohesión social.

Asumimos que la iniciativa pública empresarial está habilitada constitucionalmente para competir con empresas privadas, dado que el último párrafo del artículo 60 de la Constitución declara que: “La actividad pública o no pública, recibe el mismo trato legal”. Si hay igualdad jurídica en la competencia entonces no hay subsidiariedad, si se entiende rígidamente como inexistencia de la empresa privada. Así, la Constitución habilita la actividad empresarial del Estado de alto interés público, calificada por el legislador. La explicación es que la subsidiariedad, en última instancia, es un juicio de valoración política que corresponde al Congreso, como órgano constitucional con legitimidad democrática.

En ese sentido, como el primer párrafo del artículo 60 declara que el Estado reconoce el pluralismo económico y que la economía

nacional se sustenta en diversas formas de propiedad y de empresa, lo que aunado a la atribución del Estado de orientar el desarrollo del país hay fundamento para sostener el carácter mixto del sistema económico constitucionalizado.

A nuestro juicio, en una situación de *emergencia económica, ambiental y sanitaria*, una ley basada en la necesidad de preservar el bienestar general, conforme al artículo 44 de la Norma Suprema podría habilitar a la intervención o la nacionalización transitoria de empresas.

Si el contenido esencial de la libertad de empresa se basa en la preservación del mercado como sistema económico, la Cláusula del Estado Social implica un mandato a los poderes públicos para promover la realización de la igualdad material. Así, el pilar de la igualdad del Estado Social prevalece en su carácter de principio estructural de la Constitución Económica, en el artículo 59, cuyo párrafo final declara que: “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades” como garantía de *igualdad material*.

De este modo, la Constitución reconoce que:

1. La igualdad no implica necesariamente un trato idéntico a todas las empresas.
2. La desigualdad es jurídica sí está dotada de una justificación objetiva y razonable.

En consecuencia, la ley puede regular de forma distinta o con regímenes especiales a la pequeña empresa si se cumplen los requisitos precitados.

Otra cuestión que cuestiona la aplicación del principio de igualdad material es el relacionado a si la disposición constitucional faculta al Estado a expedir normas legales para otorgar un trato diferenciado o de promoción a la industria o producción nacional frente a la extranjera. En una sentencia polémica en materia de compras estatales, el Supremo Tribunal se pronunció afirmativamente (STC Exp. 018-2003-AI/TC).

La noción clásica del servicio público ha sido caracterizada como la *concepción formal, subjetiva y estricta* del servicio público. En esta

noción clásica, la ley ha reservado una actividad a la Administración (publicatio) para que ésta la reglamente, dirija y la gestione de manera directa o indirecta, para su prestación regular y continua. En el régimen jurídico peruano, los procesos de privatización de la década del noventa del siglo pasado no afectaron el elemento determinante de la *publicatio*, pues las empresas privadas operaron mediante el título habilitante de la concesión. Así, en nuestro ordenamiento, se ha mantenido vigente el concepto *formal, subjetivo y estricto* del servicio público. El régimen económico de la Constitución de 1993 —en el marco del proceso de privatización de la economía peruana de esos años— eliminó la previsión de habilitar al Estado la reserva en exclusividad actividades productivas o de servicios, reconocida en el artículo 114 de la Constitución de 1979.

Así, el artículo 58 de la Constitución declara: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y *actúa principalmente* en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, *servicios públicos e infraestructura*» (cursiva agregada). Sin embargo, el artículo 60 al establecer que la actividad empresarial del Estado solo puede autorizarse por ley expresa y de acuerdo con el *principio de subsidiariedad*, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, bloquea la posibilidad de retornar al Estado empresario.

En la doctrina nacional, hay quienes sostienen que el principio de subsidiariedad de la iniciativa pública —en los términos rígidos del artículo 60 de la Norma Suprema— sería de aplicación a los servicios públicos. Se sostiene que el concepto de servicio público se enmarca dentro de dos principios del régimen económico constitucional: la libertad de iniciativa privada y la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. Nuestra tesis sostiene justamente todo lo contrario: el servicio público en su concepción formal, subjetiva y estricta, no se enmarca en esos principios, sino en un mandato de actuación para el cumplimiento de fines del Estado Social. Sin embargo, la iniciativa pública empresarial no puede ni debe confundirse con el mandato constitucional que asigna al Estado la misión de actuar y desarrollar actividades de prestación de servicios públicos para atender necesidades vitales de la comunidad y satisfacer derechos fundamentales básicos.

Debe resaltarse que en la mencionada sentencia del “*Caso Maraví*”, el Tribunal Constitucional afirma que es obligación constitucional del Estado garantizar la prestación del servicio público sin que necesariamente se imponga una titularidad estatal del servicio. Así, sostenemos que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional admite un concepto *funcional* del servicio público, con una distinta organización de las correspondientes actividades (despublicación) y acceso de éstas al mercado. La razón es manifiesta: la paralela subsistencia de la tutela del interés público. Dentro de estos nuevos marcos regulatorios y contractuales —inspirados en el *valor superior de la solidaridad*— podrán preverse tarifas sociales para permitir el acceso a los servicios públicos económicos por los sectores más débiles de la sociedad. De este modo, el Supremo Tribunal admite que, dentro de nuestro régimen económico constitucional, los marcos regulatorios de los servicios públicos puedan evolucionar hacia fórmulas equivalentes a la noción comunitaria europea de *servicio de interés general*, en un proceso que se ha denominado como la metamorfosis del servicio público.

En reiteradas sentencias, el Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido que la educación es un “servicio público”. Así, en la STC Exp. 4232-2004-AA/TC, la STC Exp. 04646-2007-PA/TC reiterado en los fundamentos 20 al 22 de la STC Exp. 0025-2007-PI/TC. Otra sentencia muy relevante en la que se reafirma la calidad de “servicio público” de la educación es la referida al proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley N° 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar (STC Exp. 00011-2013-PI/TC, fundamento 61). La tensión entre un derecho social fundamental como el derecho a la educación y el derecho a la libertad de empresa debe resolverse aplicando el *principio de concordancia práctica*, procurando el equilibrio entre la educación entendida como un derecho fundamental de la persona y actividad empresarial, debiendo primar el respeto a los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, sobre las garantías de contenido patrimonial no afectadas de manera sustancial. En suma, la primacía del derecho fundamental a la educación y la dignidad humana se refuerzan por tratarse de un servicio público social.

El derecho a la protección a la salud tiene como uno de sus principales instrumentos a la seguridad social, que es un pilar estructural básico del denominado *Estado de Bienestar*. Es una herramienta fundamental para garantizar de manera real y efectiva la igualdad y la libertad de los individuos ante las situaciones de necesidad como las de alteración de la salud.

En la dirección del acceso universal a las prestaciones de salud, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece que: “El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que puedan afectar su salud y garantizar la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido”. La Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, es la norma que desarrolla constitucionalmente el derecho fundamental a la salud. Así, define en su artículo 4 al *aseguramiento universal en salud* como la garantía de la protección de la salud para todas las personas residentes en el Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. El derecho a la salud –por su contenido prestacional está condicionado por la organización y funcionamiento de los servicios públicos.

Sobre el rol del Estado Social en la protección del derecho a la salud y la exigibilidad del derecho, debe destacarse a la emblemática STC Exp. 2945-2003-AA/TC, “*Caso Azanca Alhelí Meza García*”. La sentencia destaca la relevancia del principio de solidaridad (fundamento 16) y del principio de la dignidad de la persona humana (fundamento 17). Afirma que los derechos sociales, como el derecho a la salud, constituyen deberes de solidaridad (fundamentos 23 a 25). De otro lado, descarta que los derechos económicos y sociales sean meras normas programáticas y asume la interdependencia de los derechos humanos (fundamentos 10 y 11). Destaca el rol del Estado Social y Democrático de Derecho “para concretar los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que torna digna la vida, y, en esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones” (fundamento 26). Afirma la obligación del Estado de adoptar medidas

presupuestarias para la satisfacción de este derecho. La sentencia analiza la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución que establece que las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente, así como también el principio de legalidad presupuestaria previsto en el artículo 77 de la Constitución. El Supremo Tribunal determina que la aplicación progresiva supone destinar el *máximo de recursos de que se disponga* para atender los derechos sociales.

En la doctrina se afirma que el principio de libre competencia constituye una manifestación del orden público económico. En la Constitución peruana de 1993, el principio de libre competencia está previsto en el artículo 61, que en su segundo párrafo establece que: “La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

El fundamento de esta prohibición constitucional no solo está en la protección del principio de libre competencia sino también en la defensa del pluralismo informativo que garantiza el derecho fundamental de la libertad de información.

Dentro de nuestro marco jurídico constitucional podemos afirmar que el principio de libre competencia previsto en el artículo 61 de la Norma Suprema es de Orden Público Económico, siendo una manifestación de la economía social de mercado, de modo que la libertad de contrato está limitada y obligada a no transgredirlo. En el mismo sentido, la legislación antimonopólica y de los medios de radio y televisión.

En esa misma dirección, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, en el Principio 12. En el punto interpretativo 55 del Principio 12, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma el valor del *pluralismo informativo* para el funcionamiento del sistema democrático. De este modo, se desarrolla sobre la libertad de información, la denominada “*lectura social de los derechos*”

civiles y políticos: un punto de encuentro con los DESC que apunta a la afirmación práctica de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”.

En el Perú, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 0905-2001-AA/TC, expedida el 14 de agosto de 2002, en el “*Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín*”, resaltó que la libertad de información es una garantía de una sociedad democrática para la formación de la opinión pública. En la sentencia pronunciada el 20 de febrero de 2006 en la STC Exp. 0027-2005-PI-TC, “*Caso Colegio de Periodistas del Perú*”, el Tribunal Constitucional ha conexionado los derechos de libertad de expresión e información con las libertades reconocidas en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (fundamento 9).

A su vez, el derecho a ser informados goza de una doble naturaleza: *individual y colectivo*, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 1797-2002-HD, “*Caso Wilo Rodríguez Gutiérrez*”. Esta *dimensión social del derecho a la libertad de información* es reconocida por el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 0003-2006-PI-TC, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 37 de la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos (fundamentos jurídicos 42 y 43). Asimismo, se debe destacar la STC Exp. 00015-2010-PI/TC “*Caso Daniel Linares Bazán*”, pronunciada el 11 de septiembre de 2012. En esta sentencia, el Supremo Tribunal reconoció la constitucionalidad de que —en el marco del artículo 61 de la Constitución— el legislador pueda regular el acaparamiento de medios de comunicación, estando habilitado para escoger por distintas fórmulas que resulten idóneas para conseguirlo.

En suma, en el marco de la Cláusula del Estado Social y de los principios de libre competencia y de la economía social de mercado es constitucional la legislación que prohíba la concentración de los medios de comunicación en prensa, radio y televisión, siempre que afecte el pluralismo informativo que es un bien jurídico constitucional de alto interés público.

Nuestro enfoque garantista de los derechos económicos, sociales y culturales afirma la relevancia de la tutela de la propiedad comunal.

Sin embargo, el derecho a la propiedad comunal no es como ningún derecho ilimitado y debe compatibilizarse con el interés nacional en la explotación de los recursos naturales que constituyen patrimonio de la Nación, conforme al artículo 66 de la Norma Suprema. Siendo así, como afirma la doctrina social de la Iglesia Católica estos recursos deben regirse por el principio del destino universal de los bienes.

El derecho a la identidad étnica y cultural reconocido en el artículo 2.19 de la Constitución peruana de 1993 implica una concepción de Estado Multicultural y Poliétnico que afirma de manera efectiva el valor superior de la igualdad material inherente al Estado Social de Derecho.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es un tratado internacional ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253, de fecha 5 de diciembre de 1993. Es una fuente supranacional dentro de nuestro sistema jurídico, desde su ratificación mediante Resolución Legislativa N° 26523, siendo aplicable la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

El artículo 6 del Convenio 169 reconoce el derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en todas aquellas cuestiones que puedan afectarlos directamente. El artículo 14 del Convenio 169 preceptúa: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. En esa dirección, el artículo 188 de la Constitución peruana de 1993 declara: “El Estado (...) Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa”. El artículo 15 del Convenio 169 —en su numeral 1— declara que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En su numeral 2 declara que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si

sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se prevé que los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

El derecho a la consulta previa es un derecho fundamental, cuyo fundamento constitucional se encuentra en diversos derechos sustantivos reconocidos explícitamente en la Norma Suprema, que tienen con este derecho una *conexión directa*.

En nuestro texto fundamental, el derecho a la participación está previsto en los términos más amplios. Como hemos mencionado líneas arriba, el derecho fundamental a la participación en la *vida política, económica y cultural de la Nación* está reconocido en la Constitución Política del Perú en el inciso 17 del artículo 2 de la Norma Suprema. Se trata del derecho a la participación en la vida económica, social y cultural, que asimismo es un principio central del Estado Social. En el ámbito de los pueblos indígenas este derecho incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. Asimismo, se relaciona con el derecho a *la identidad cultural*, en la medida que la cultura de los pueblos indígenas pueda ser afectada por tales decisiones que afecten a sus territorios.

La jurisprudencia supranacional ha interpretado que el derecho de propiedad comunal está garantizado por los párrafos 1 y 2 del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protege el derecho de propiedad privada. En esa dirección, la Corte IDH ha desarrollado una doctrina jurisprudencial que afirma la necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas u originarios sobre los territorios de propiedad comunal con la finalidad de garantizar su supervivencia física y cultural.

En esa dirección, debe destacarse en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la STC Exp. 022-2009-PI/TC, “*Caso Tuana-*

ma”, que declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, conforme al Convenio 169 de la OIT. El Tribunal Constitucional del Perú con relación al *contenido constitucionalmente protegido* del derecho a la consulta previa en la precitada sentencia del “*Caso Tuanama*” ha determinado que incluye: (i) el acceso a la consulta, (ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y (iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forman parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

En la STC Exp. 05427-2009-PC/TC, correspondiente al “*Caso AIDSESP*”, pronunciada el 30 de junio de 2010, con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Landa Arroyo y Eto Cruz, desarrolló extensamente las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 con relación al derecho a la consulta. Esta relevante sentencia asumió *la aplicación de la figura de la inconstitucionalidad por omisión* y la posibilidad de su control por el juez constitucional (fundamentos 10 a 22)

La Constitución de 1993 en el artículo 74 enuncia los principios de la potestad tributaria del Estado: “el Estado el ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad, y respeto de los derechos fundamentales de la persona”. No ha incluido explícitamente este principio que tiene como antecedente el artículo 53 de la Constitución italiana de 1947 que prevé que: “*Todos están obligados a concurrir a los gastos públicos con arreglo a su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspira en criterios de progresividad*”.

Hemos sostenido, siguiendo a la doctrina, que para que el trato tributario sea igualitario se debe tratar a las personas de forma diferente, de acuerdo con su capacidad contributiva; y el trato diferente —respetuoso de la igualdad— consiste en que la tributación debe ser mayor si la capacidad contributiva es mayor.

El Tribunal Constitucional del Perú en la STC 2727-2002-AA/TC, sobre un proceso de amparo contra la aplicación del Impuesto

Extraordinario a los Activos Netos (IEAN), reconoció que todo tributo que establezca el legislador debe sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva. En consecuencia, afirma que la relación entre capacidad económica y tributo constituye el marco que legitima la existencia de capacidad contributiva como *principio tributario implícito* dentro del texto constitucional. En otras sentencias, el Tribunal Constitucional afirmará que el tributo es una manifestación del deber de contribuir en el sostenimiento de los gastos públicos, derivada del principio de solidaridad (STC Exp. 03797-2006-AA).

En la STC Exp. 6626-2006-PA/TC, “*Caso Importadora y Exportadora A.S.S. C.R.L.*”, en que se cuestionaba el régimen de percepciones del Impuesto General a las Ventas, figura tributaria que no tiene fin recaudatorio sino de combate al fraude o la evasión, el Supremo Tribunal resalta el rol del Estado Social en este terreno (fundamento 14). En la STC Exp. 1417-2005-AA/TC, el Tribunal Constitucional destaca que para la efectividad de los DESC “requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos” (fundamento 16).

Nuestra tesis asume que la solidaridad es, en efecto, un supraprincipio, esto es un valor superior en nuestro ordenamiento. Sin desconocer el valor de la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, hemos sostenido que no puede entenderse como un valor absoluto que petrifique el ordenamiento jurídico existente, cuando se esté en la necesidad perentoria de atender a valores y fines del ordenamiento constitucional de mayor rango.

En consecuencia, habrá que analizar en cada caso, la correcta aplicación del valor superior de la solidaridad como fundamento para la creación de tributos y dentro del marco jurídico del principio de proporcionalidad. En suma, la Cláusula del Estado Social no ha cercenado la atribución judicial del control de constitucionalidad de la legislación tributaria. Sin perjuicio de ello, el precio de una sociedad civilizada incluye el financiamiento de la prestación de los derechos sociales fundamentales atendiendo al valor superior de la solidaridad.

CAPÍTULO SEXTO

LA INTERPRETACIÓN INNOVATIVA DE
LOS DERECHOS SOCIALES
FUNDAMENTALES DEL TRABAJO

**I. LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL Y LA TUTELA *EN SERIO*
DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES SOCIALES**

Parafraseando a Dworkin afirmamos que la Cláusula del Estado Social se constituye en el marco jurídico de la tutela *en serio* de los derechos sociales fundamentales. Sobre los derechos fundamentales asumimos la tesis de Pérez Luño que son aquellos derechos humanos positivizados en el texto fundamental⁴⁷⁹.

Así, seguimos a Ferrajoli, quien afirma la necesidad de construir una “cultura jurídica que tome los derechos en serio, según la bella frase de Ronald Dworkin” y tal como lo propone Gomes Canotilho:

El problema actual de los ‘derechos sociales’ o derechos de prestación en sentido estricto está en ‘tomarlos en serio’ el reconocimiento constitucional de derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al ambiente.

⁴⁷⁹ Pérez Luño, Antonio E. (1986) Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, p. 46

Independientemente de las dificultades (reales) que suscita un tipo de derechos subjetivos en los que falta la capacidad jurídica (=poder jurídico, competencia) para obtener su efectividad práctica (=accionabilidad), no podemos considerar como un simple aleluya jurídico (Carl Schmitt) el hecho de que Constituciones (como la portuguesa de 1976 y la española de 1978) consideren tales posiciones jurídicas de tal modo fundamentales que su garantía o no garantía no puede ser dejada a los criterios (incluso al arbitrio) de simples mayorías parlamentarias⁴⁸⁰.

Como antecedente histórico de los derechos fundamentales sociales se debe ubicar a la obra de Anton Menger, en el siglo XIX, autor de *El derecho al producto íntegro del trabajo* (1886) y *El derecho civil de los pobres* (1889), quien propuso la instauración de una nueva categoría de “derechos económicos fundamentales”: el derecho al trabajo y la protección ante la desocupación, el derecho de asistencia y el derecho al producto íntegro del trabajo⁴⁸¹.

Carmona, siguiendo a los aportes de Mazziotti en Italia y Cascajo Castro en España, define a los *derechos sociales de prestación* como “los derechos de cualquier ciudadano a una directa e indirecta prestación positiva de los poderes públicos en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”⁴⁸².

En esa dirección, destacamos el aporte teórico en nuestra doctrina del profesor Blancas en su libro *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales* (2011) en la construcción de la cultura jurídica del garantismo social. Blancas conceputa a los derechos sociales previstos en el Capítulo II (“De los derechos

⁴⁸⁰ Gomes Canotilho, Jose Joaquim (1988) “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, pp. 247-248.

⁴⁸¹ Lloredo, Alix M. op.cit., pp. 920-921.

⁴⁸² Carmona, Encarnación (2006) “La consolidación del Estado social en España. El Estado Asistencial”. En: *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII del Octavo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomo 1. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, p. 493. Citado por Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 131.

sociales y económicos”) del Título I (“De la persona y de la sociedad”) de la Constitución de 1993 como derechos fundamentales cuyo “punto de partida es el reconocimiento de estos en las constituciones al mismo nivel que los tradicionales derechos fundamentales de la libertad”. Señala como fuente de los derechos sociales fundamentales a la Constitución y los tratados internacionales⁴⁸³.

En la doctrina, Ribotta sostiene que los derechos sociales son los *más fundamentales* de los derechos⁴⁸⁴.

Así, asumimos que los derechos sociales son derechos fundamentales, por cuanto han sido configurados y constituidos con las características propias de la fundamentabilidad de la norma constitucional⁴⁸⁵. Como afirma Bastida, la fundamentabilidad de los derechos “emana del ser del individuo, del ser humano, no del deber ser de la norma constitucional”⁴⁸⁶.

En esa misma dirección de garantismo social —siguiendo a De Esteban y López Guerra— proponemos interpretar que los derechos sociales fundamentales del trabajo congelan las ventajas sociales alcanzadas, pero solo frente a modificaciones regresivas, en consecuencia, queda prohibida toda reforma un peius⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 185 y sigts.

⁴⁸⁴ Ribotta, Silvina (2010) “Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿Igualdad o prioridad? En: Ribotta, Silvina y Andrés Rosetti (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia*: Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III/ Editorial Dykinson, p. 263. Citada por Petit Guerra, L., op. cit., p. 222.

⁴⁸⁵ Bastida Francisco J. (2008) “¿Son los derechos sociales fundamentales?: Por una concepción normativa de la fundamentabilidad de los derechos”. En: *Estudios sobre la Constitución Española (Obra Colectiva)*, Homenaje al profesor Jordi Solé Tura. Vol II. Madrid: Cortes Generales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universitat de Barcelona, Ajuntament de Mollet de Vallès, citado por Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 138.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pp. 228-229.

⁴⁸⁷ De Esteban Jorge y Luis López Guerra (1980) *El régimen constitucional español*, vol. I, Barcelona: Editorial Labor Universitaria, p. 347.

Sobre los contenidos de los derechos fundamentales —incluyendo los derechos sociales— asumimos que, si bien en principio corresponde su determinación al legislador, deben ser inferidos por multiplicidad de intérpretes, siguiendo la tesis de Häberle de la evolución a una *sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales*⁴⁸⁸, entre los cuales se encuentran los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, en la doctrina, el juez constitucional puede estar mejor condición de establecer los contenidos mínimos que el legislador⁴⁸⁹.

Tanto en los tratados internacionales de derechos humanos como en la doctrina mayoritaria se consideran como derechos sociales los derechos de huelga, libertad sindical y otros que no constituyen propiamente derechos de prestación. Así, cuando nos referimos a *derechos fundamentales de prestación* como el derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, etc., nos estamos refiriendo a una categoría específica de derechos sociales fundamentales (supra 3.3 2). La confusión terminológica nos obliga a precisar el sentido en que empleamos los conceptos⁴⁹⁰.

Como cuestión previa para fundamentar la exigibilidad y la tutela efectiva de los derechos sociales, fundamentales asumimos la tesis de

⁴⁸⁸ Häberle, Peter (2003) *El Estado Constitucional*. México: Universidad Autónoma de México, p. 163.

⁴⁸⁹ Von Bernstorff Joechen (2011) “Protección del contenido esencial de los derechos humanos”. En: Armin Von Bogdandy, Héctor Fix Zamudio, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional/Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas/Serie Doctrina Jurídica, núm. 615, p. 176. Citado Por Petit Guerra, Luis, op. cit., p.72.

⁴⁹⁰ En posición diferente, Cossío J. R. (1989) *Estado Social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 179 y siguientes, si bien se inclina por el concepto de “derechos fundamentales prestacionales” (p. 181) postula la eliminación de la expresión “derechos sociales”, pues a su juicio el criterio diferenciador se encuentra en los valores constitucionales que inspiran cada grupo de derechos. No compartimos la tesis de Cossío que propone la supresión del término “*derechos sociales*” por inadecuada. En el mismo sentido, Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 181.

que, en rigor, no existen diferencias cualitativas ni estructurales entre los derechos civiles y políticos y aquéllos.

En la doctrina, Rosetti afirma que los derechos sociales son lo principal de un Estado Social:

(...) que no es ‘naturalmente’ jurídico —en realidad, en principio, no hay nada que lo sea— que la gente no tenga derecho a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la seguridad social, mientras que, en cambio, tenga derecho a la libertad de expresión, derecho de propiedad, de libre comercio, etc. En ambos casos se trata de construcciones jurídicas, es decir, construcciones artificiales, como todo el derecho, que imponen este tipo de normas y su cumplimiento⁴⁹¹.

Así, Courtis y Abramovich puntualizan que las diferencias entre estos tipos de derechos no son sustanciales:

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello, que se los denomina ‘derechos prestación’. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud, el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación, el derecho a la preservación de un medio ambiente sano. (...) En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos⁴⁹².

⁴⁹¹ Rosetti, Andrés (2010) “Algunos mitos, realidades y problemas sociales”. En: Ribotta, Silvina y Andrés Rosetti (Editores) *Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates N° 13/Universidad Carlos III/Editorial Dyckinson, p. 126. Citado por Petit Guerra, L., op. cit., p. 185.

⁴⁹² Courtis Christian y Víctor Abramovich (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, pp. 24-25.

En esa línea de interpretación sobre la doble naturaleza de los derechos fundamentales sociales se ubica el Tribunal Constitucional del Perú. Así, en el fundamento 7 de la STC Exp. 2002-2006-PC/TC, “*Caso Pablo Miguel Fabián Martínez*”, pronunciada el 12 de mayo de 2006, con los votos de los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, se afirma que:

Precisamente entre los fines de contenido social que identifican este modelo de Estado (el Estado social) se encuentran el *derecho a la salud*, el derecho al trabajo y el derecho a la educación, entre otros, por lo tanto, para lograr una mayor efectividad de tales derechos, tal como se ha mencionado en los párrafos precedentes, el Estado tiene ‘obligaciones de hacer’ (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho) como ‘obligaciones de no hacer’ (abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos), por lo que no resultan válidas aquellas posiciones que solo ven en los derechos civiles y políticos (libertad, seguridad y propiedad, entre otros) obligaciones estatales de ‘no hacer’, y en los derechos sociales (salud, trabajo, educación), solo obligaciones estatales de hacer.

En la STC Exp. 01470-2016/HC/TC, “*Caso Javier Velásquez Ramírez*”, se afirma que los derechos fundamentales gozan de una doble dimensión: objetiva y subjetiva. La objetiva referida a los bienes o institutos jurídico-constitucionales que conforman su contenido. La subjetiva referida al sujeto titular del derecho (fundamento 16). En la dimensión subjetiva, constituyen *derechos a acciones positivas por parte del Estado* (fundamentos 18 a 20).

A nivel de la jurisprudencia internacional, la Corte IDH, ha precisado sobre la relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, la *interdependencia* entre éstos⁴⁹³. Así, en el caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, la Corte, sobre el derecho a la seguridad social, declaró: que: “deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin

⁴⁹³ Salmón Elizabeth (2010) *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*, cit. , pp. 42-43.

jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.

En esa dirección, el preámbulo del Protocolo de San Salvador proclama: “Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su eficacia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otro”.

Monereo ha sostenido que de la constitucionalización e internacionalización de los derechos sociales emerge el concepto de *ciudadanía social*⁴⁹⁴, definida como:

(...) el conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o más ampliamente, al poder público) para obtener las garantías de seguridad necesarias en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dar contenido de dignidad a la existencia individual⁴⁹⁵.

En esa dirección, en el Estado Social, los derechos sociales friccionan con la lógica adquisitiva del mercado, porque son justamente *derechos de desmercantilización*: los derechos sociales se orientan en lo principal, hacia la igualdad mientras que el mercado produce desigualdad atendiendo a su propia lógica interna⁴⁹⁶.

Así, mientras la Constitución liberal no era neutral porque era exclusivamente la Constitución económica del capital, lo que hace la Constitución del Estado Social es integrar además al trabajo dentro de la

⁴⁹⁴ Para T.H. Marshall, la idea central del Estado de Bienestar se basa en el concepto de ciudadanía social que reconoce derechos sociales exigibles. Citado por Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 123.

⁴⁹⁵ Monereo Pérez, José Luis, (1996) *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: Consejo Económico Social, p. 160.

⁴⁹⁶ Monereo Pérez, José Luis (2002) “El derecho a la seguridad social”. En: José Luis Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, p. 1427.

Norma Suprema y del sistema socio-económico, así como al trabajador como sujeto o ciudadano social. Así, el Derecho del Trabajo es “la pieza clave del sistema político del Estado social”⁴⁹⁷.

En el pensamiento cristiano, se debe destacar al egregio Tomás Moro quien en *Utopía* (1516)⁴⁹⁸ afirmará la función social del derecho como la base jurídica de los derechos sociales⁴⁹⁹. Así, Moro denunciaba que: “¿Qué diremos de los ricos que se quedan con el salario de los trabajadores, no solamente con violencia y engaño sino con el pretexto de las leyes”.

En la doctrina social de la Iglesia Católica, el valor del trabajo es destacado a partir de la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII —que si bien condenaba al marxismo por su teoría histórica de la lucha de clases— sostenía sobre la *cuestión obrera* que: “(...) es verdad incuestionable que a riqueza nacional proviene no de otra cosa que del trabajo del obrero”.

Pablo VI en su discurso ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 21 de junio de 1969, destacaba al Derecho del Trabajo por su protección de los débiles:

Así como en el pasado habéis garantizado con nuestra legislación la protección y supervivencia del débil contra el poder del fuerte —ya lo dijo Lacordaire: ‘Entre el fuerte y el débil está la libertad que oprime y la ley que libera’⁵⁰⁰—, en adelante tenéis que dominar los derechos de los pueblos fuertes y favorecer el desarrollo de los pueblos débiles, creando las convicciones no solo teóricas sino también prácticas para un Derecho Internacional del Trabajo, en la escala de los pueblos.

Más recientemente, debemos citar a Juan Pablo II, en *Laborem Exercens* (1981) quien proclamó el principio de “prioridad el trabajo

⁴⁹⁷ Monereo Pérez, José Luis, (1996) *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: Consejo Económico Social, cit., p.117.

⁴⁹⁸ Hobsbawm E., op. cit., p. 28: “Efectivamente el nombre del libro de Moro se convirtió en el término utilizado para describir cualquier intento de esbozar la sociedad ideal del futuro, que en el siglo XIX era una sociedad comunista: utopía”.

⁴⁹⁹ Peces-Barba Gregorio (2014) “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, cit., p. 435.

⁵⁰⁰ Pablo VI cita a Henri Dominique Lacordaire en su célebre Conferencia en Notre Dame (1848).

sobre el capital”. Nos recuerda al artículo 110 de la Constitución de 1979 que declaró al trabajo como “fuente principal de la riqueza”. Asumió la naturaleza de derechos fundamentales de los *derechos sociales del trabajo*:

Los derechos humanos que brotan del trabajo, entran precisamente dentro del más amplio contexto de los *derechos fundamentales de la persona* (cursiva agregada).

Es relevante destacar que Juan Pablo II se basaba en la dimensión ética del trabajo:

En efecto no hay duda de que el trabajo tiene un valor ético, el cual está vinculado completa y directamente al hecho de quien lo lleva a cabo es una persona, un sujeto consciente y libre, es decir un sujeto que decide de sí mismo.

Así, Juan Pablo II asume que somos humanos porque somos libres. Nos recuerda a Max Scheler para quien el *hombre es el único animal capaz de decir no*. De ahí el valor ético del trabajo.

Este valor ético del trabajo lo conexiona directamente con los valores superiores de la dignidad humana —inspirado por el humanismo cristiano— y la justicia social, positivados en la Constitución peruana de 1993.

Sobre el particular, se debe tener en cuenta a la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo *relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo*, de 19 de junio de 1998, clarifica el fundamento constitucional de los derechos del trabajo. Constituye una interpretación auténtica de la Constitución de la OIT y de la Declaración de Filadelfia (1944), que identifica como tales a: la libertad de asociación y la libertad sindical (incluido el derecho a la negociación colectiva); la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Bonet Pérez, Jordi (2014) “La Organización Internacional del Trabajo y los derechos fundamentales en el trabajo”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro I. El reconocimiento universal de los derechos humanos. Capítulo VI. Editorial Dykinson/

En ese sentido, en el pensamiento socialista Charles Fourier (1772-1837) sostuvo que el derecho al trabajo es el primero y fundamental de los derechos humanos⁵⁰². Consideraba “que el trabajo y el placer son idénticos y que lo que separa ambos es la irracionalidad del orden social existente”⁵⁰³.

De ahí que son pertinentes las preguntas de Petit sobre el contenido mínimo del derecho al trabajo:

(...) ¿cuál será el ‘estándar mínimo o básico’ que merece cobrar por vía de salario cada trabajador (para alegar que puede vivir con dignidad)? ¿cuál será la obligación estatal frente al derecho al trabajo de las personas con condiciones especiales?, y ¿cuál será obligación mínima que debe asumir el Estado?⁵⁰⁴.

En esa dirección, la OIT ha institucionalizado el *trabajo decente* como parte central del mandato institucional del siglo XXI mediante la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia General de 10 de junio de 2008⁵⁰⁵.

II. EL DERECHO AL TRABAJO: PROTECCIÓN AL DERECHO AL TRABAJO Y CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

El artículo 22 de la Constitución Política del Perú determina que los principios del Derecho Laboral forman parte el núcleo esencial de nuestra Constitución Socio-Económica. En ese sentido, Neves afirma que:

(...) puede servir, de un lado, como fundamento del ejercicio de derechos (el derecho al trabajo como cobertura para defender el acceso y la conservación del empleo, por ejemplo) y, del otro, como clave interpretativa

Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 499-500.

⁵⁰² Fourier, Charles. Citado por Blancas Bustamante, C. (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit., p. 333.

⁵⁰³ Citado por Hobsbawm, E., op. cit., p. 42.

⁵⁰⁴ Petit Guerra, Luis, op. cit., p. 42.

⁵⁰⁵ Bonet Pérez, Jordi, op. cit., p. 501.

para el conjunto del articulado laboral y del texto constitucional (base sobre la cual, por ejemplo, puede sostenerse el reconocimiento de todos los principios del Derecho del Trabajo, originados en el carácter protector de éste, aunque no estén expresamente consagrados⁵⁰⁶.

A su vez, el artículo 23 de la Constitución peruana de 1993 establece que: “El trabajo en sus diversas modalidades es objeto de *atención prioritaria* del Estado, el cual protege especialmente a la madre, el menor y al impedido que trabajan” minimizando el principio protector o tuitivo del trabajo contenido en el artículo 42 de la Constitución de 1979.

Comparándola con su antecedente de la Constitución de 1979, Blancas ha puntualizado que: “Al limitar el alcance del Principio Protector a sectores minoritarios de trabajadores como la trabajadora madre, el menor de edad y el impedido, se abre la puerta a una legislación ‘flexibilizadora’, que rebaje a su mínima expresión el sentido protector de la legislación laboral para los trabajadores no comprendidos en esas categorías”⁵⁰⁷.

En una posición diferente, se afirma que con la expresión “*atención prioritaria*” implícitamente se aludiría al principio protector del trabajo. Así, el mandato de protección especial para la madre, el menor de edad y el impedido, implicaría una tutela adicional que procura equipararlos con el resto de los trabajadores, pero no en perjuicio de estos⁵⁰⁸. Aun cuando compartimos la finalidad pro-trabajador de esta tesis, discrepamos de ésta, por cuanto, la “*atención prioritaria*” es una expresión polivalente y puede ser entendida de muchas formas, incluso con normas flexibi-

⁵⁰⁶ Neves Mujica, Javier (2007) *Introducción del Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 51.

⁵⁰⁷ Blancas Bustamante, Carlos (1993) “Las normas laborales del proyecto de nueva Constitución”. Asesoría Laboral III, núm. 34. Lima: Estudio Caballero Bustamante/ Caballero, Obregón & Flores, p.8

⁵⁰⁸ Boza Pro, Guillermo (2004) “La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido por el ordenamiento peruano”. En: Blancas C. y otros. *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 78-79.

lizadoras de la relación laboral, que según el neoliberalismo fomentan el empleo, de modo que la protección especial se restrinja a quienes el artículo 23 considera en situación desfavorable.

Sobre el particular, coincidimos con la tesis de Blancas en el sentido de que el principio protector fue minimizado en el texto fundamental de 1993 hasta hacerlo irreconocible. Este principio debe ser rescatado y potencializado al amparo del valor de la *igualdad sustancial*, que constituye el fin de este principio⁵⁰⁹. Asimismo, se fundamenta en el valor solidaridad y la prohibición del abuso del derecho declarada en el artículo 103 de la Constitución. Esta minimización obedece a las políticas de flexibilización laboral que producen una pérdida del significado del trabajo como medio de realización de la persona humana como denuncia Forrester⁵¹⁰.

Tissembaum considera que el Principio Protector o Tuitivo incluye tres manifestaciones o reglas:

- (i) De la condición más favorable.
- (ii) De la aplicación de la norma más beneficiosa.
- (iii) Principio *Indubio Pro Operario*, que interpreta las situaciones dudosas de las normas o de los hechos en favor del trabajador⁵¹¹.

Con relación al derecho constitucional al trabajo, Monereo y Molina destacan que es la primera bandera del constitucionalismo social. Afirman que en el marco jurídico del Estado Social de Derecho es el “principal instrumento de integración social, de realización de identidades colectivas y de cohesión social, aparece como presupuesto de ejercicio efectivo de

⁵⁰⁹ Plá Rodríguez (1978) *Los principios del derecho del trabajo*. Depalma: Buenos Aires, p. 23.

⁵¹⁰ Forrester, Viviane (1997) *El horror económico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 31: “Una mayoría de seres humanos ha dejado de ser necesaria para el pequeño número que, por regir la economía, detenta el poder. Según la lógica dominante, multitudes de seres humanos carecen de motivo racional para vivir en este mundo donde sin embargo llegaron a la vida”.

⁵¹¹ Tissembaum, Mariano (1964) *Tratado del Derecho del Trabajo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, p. 389. Citado por Sardegna, Miguel Ángel (2005) “Proyecciones de la buena fe en las relaciones laborales”. En Córdoba, Marcos (dir.) *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Vol. 1, cit., p. 1097.

un amplísimo elenco de derechos sociales”⁵¹². Ambos autores destacan la relación del derecho al trabajo con los siguientes principios jurídicos de orden constitucional:

a) *El principio del Estado Social de Derecho considerado como un principio que informa y conforma no solo la realidad social ‘de nuestro tiempo’ sino todo el orden jurídico (...). La importancia de esta cláusula no puede ser infravalorada, aunque tenga un funcionamiento distinto al reconocerse expresamente el derecho en nuestra norma constitucional, a diferencia de otros países como Alemania. Así, se ha observado que, si se considera la procura existencial cultural como parte importante de la obligación general del Estado social orientada a la procura existencial, también de principio del Estado social se deriva la obligación estatal de provisión de trabajo. (...).* b) *El principio de igualdad efectiva o libertad real (...)* c. *El valor de la dignidad de la persona, que, si es general a todos los derechos fundamentales, en su conexión con el derecho al trabajo lo dota de una dimensión existencial o material muy importante para la interpretación (...)*⁵¹³.

Blancas asume que el derecho al trabajo presenta una pluralidad de manifestaciones:

- (i) El inicio de la relación laboral: el acceso al empleo.
- (ii) El desarrollo de la relación laboral: la ocupación efectiva y el ascenso.
- (iii) La extinción de la relación laboral; la conservación del empleo⁵¹⁴.

En esa dirección, debe destacarse la restitución del principio protector del trabajo realizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú a partir de la STC Exp. 1124-2001-AA/TC, “*Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*”, pronunciada el 11 de julio de 2002. Así, invocando la Cláusula del Estado Social, se define el derecho al trabajo y se restituye el principio protector

⁵¹² Monereo Pérez, José Luis y Cristóbal Molina (2002) “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: Principios institucionales del mercado de trabajo”. En: José Luis Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, p. 288

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 308-309.

⁵¹⁴ Blancas Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit., pp. 340-348.

o tuitivo del trabajo, con los votos de los magistrados Rey Terry, Revoredo Marsano, Alva Olandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma⁵¹⁵.

Con relación al derecho al trabajo que el artículo 22 de la Constitución declara como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona humana, el Supremo Tribunal afirma que:

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa, cabe precisar que en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado.

Sobre la protección el derecho al trabajo, en el fundamento 12 sostiene que al establecer la legislación laboral como “única reparación” frente al *despido arbitrario*⁵¹⁶ la indemnización y no prever la reincorporación, se configura una disposición inconstitucional, que contraviene el principio tuitivo, derivado de la Cláusula del Estado Social:

La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al *principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo* que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos

⁵¹⁵ La naturaleza tuitiva del Derecho del Trabajo ha sido reafirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la STC Exp. 068-2001-AA/TC, “*Caso Elba Graciela Rojas*”, fundamento 6, pronunciada el 10 de julio de 2002.

⁵¹⁶ Blancas C., op. cit., p. 557. califica al despido arbitrario como “aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada”.

en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del *principio de Estado social y democrático de derecho* que se desprende de los artículos 43 (“República social”) y 3° de la Constitución, respectivamente (cursiva agregada).

Y más adelante asume la doctrina de Alexy sobre los derechos fundamentales como *mandatos de optimización*⁵¹⁷:

(...) Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado ‘d’ del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario,⁵¹⁸ debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4° del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como *mandatos de optimización* (cursiva agregada).

De esta relevante sentencia debemos destacar la invocación a la Cláusula del Estado Social para la tutela de los derechos sociales fundamentales. Sobre el particular, citamos en la doctrina española a Viciano:

Sin embargo, en esa tarea de dotar de contenido exacto a los derechos constitucionales la interpretación judicial cobra un papel altamente relevante y, dentro de ella, la interpretación realizada por el TC ocupa un lugar principal. En ese sentido se ha manifestado Perfecto Andrés Ibáñez al señalar que el campo de los genéricamente llamados derechos sociales ‘no

⁵¹⁷ Alexy, Robert (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 86.

⁵¹⁸ Como la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 obliga a que la interpretación de los derechos y libertades fundamentales se realice en el marco de los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, el Supremo Tribunal asumió la “estabilidad en el empleo” como un derecho fundamental.

está vedado a la jurisdicción'. Por el contrario, ésta se encuentra llamada en causa ya, al menos de entrada, por la consagración normativa de los mismos como tales derechos (principios, en el art. 53 CE) y, después, porque allí donde se dé algún desarrollo legal, la actividad interpretativa —inspirada en el principio pro homine— deberá estar reflexivamente orientada a dotar al derecho de que se trate de máxima efectividad' (Andrés P., 1999, págs. 10-17). Esta manifestación se hace ante la palpable realidad del trato diferenciado que reciben los derechos sociales frente al resto de los derechos fundamentales. Si bien es cierto, como acabamos de ver, que ello tiene su justificación jurídica, también es verdad que se observa en los jueces una actitud sensiblemente inhibitoria ante los derechos sociales hasta que el legislador no se decide a realizar un desarrollo preciso de los mismos⁵¹⁹.

Monereo y Molina resaltan la relación entre derecho al trabajo y la estabilidad laboral:

En definitiva, no solo ampara toda pretensión de alcanzar o acceder a un puesto o empleo, sino que establece determinadas condiciones de ese puesto. Éste no solo ha de ser adecuado, en cuanto suficientemente retribuido, libremente elegido y susceptible de permitir una adecuada promoción social y personal (tutela de la profesionalidad), sino que además, añade el TC, siguiendo una formulación ya reconocida expresamente en alguna Constitución, como la portuguesa, debe ser estable o duradero. Esta garantía de continuidad aparece como una faceta del derecho individual al trabajo considerada como una de las más relevantes e inmediatamente tutelables (...) ⁵²⁰.

Más aún, es de aplicación, el “*efecto de irradiación*” —como lo denomina Böckenforde—⁵²¹ o “*vis expansiva*”. Así, todo el ordenamiento ha de interpretarse en el sentido más favorable al derecho fundamen-

⁵¹⁹ Viciano Pastor Roberto y Rosario Serra Cristóbal (2006). En: José Luis Monereo y otros (dirs.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, p. 180.

⁵²⁰ Monereo Pérez, José Luis y Cristóbal Molina (2002) “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: Principios institucionales del mercado de trabajo”, cit., p. 321.

⁵²¹ Böckenforde, E. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Citado por Díaz Revorio, F.J., op. cit., p. 387.

tal⁵²². En consecuencia, las argumentaciones en sentido contrario al reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral carecen de sustento constitucional. Parafraseando a Böckenforde es su hijo legítimo.

Así, se reconstruyó el principio de protección al trabajo, minimizada por la Constitución de 1993 y al discurso neoliberal de la flexibilización—esto es la minimización— de los derechos sociales fundamentales.

Sobre el particular, desde el constitucionalismo garantista, Ferrajoli sostiene con relación a la protección al trabajo:

“Y con ese fin debe restablecerse todas las garantías de los derechos de los trabajadores, comenzando por el derecho a la estabilidad en la relación de trabajo, asegurada, de un lado, por el carácter indefinido de ésta y, del otro, por la prohibición de los despidos sin justa causa: dos principios que equivalen a dos megagarantías —verdaderos y propios derechos a tener derechos— que las actuales políticas de desregulación del mercado de trabajo han disuelto de hecho, junto con todo el derecho al trabajo edificado por un siglo de luchas obreras y sindicales⁵²³.”

Asimismo, la precitada sentencia del Tribunal Constitucional debe ser destacada por cuanto reconoce como parte del contenido del derecho al trabajo, la adopción por el Estado “de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las necesidades del Estado” (fundamento 12).

Igualmente, en la precitada STC “*Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*”, en el fundamento 7, se asumió la doctrina de los efectos *inter privatos* de los derechos fundamentales y el principio tuitivo del trabajador del Estado Social⁵²⁴:

⁵²² Loc. cit. Sobre el particular, cita las sentencias del TC español: STC 19/1983, de 14 de marzo; f.j. 4; 34/1983, de 6 de mayo, f.j., 3; 67/1984, de 7 de junio, f.j. 3; 73/1986, de 3 de junio; f.j. 1 y 2; 159/1986, de 12 de diciembre; f.j., 8; 76/1987, de 25 de mayo, f.j. 2; 24/1990, de 15 de febrero, f.j. 2, entre otras.

⁵²³ Ferrajoli, Luigi (2014) *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, p. 202.

⁵²⁴ Igualmente relevante sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales entre privados es la STC Exp. 976-2001-AA/TC, fundamento 5.

(...) En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en un *sentido tuitivo hacia el trabajador*. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador, dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento, al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales (cursiva agregada).

En la STC Exp. 976-2001-AA/TC, “*Caso Eusebio Llanos Huasco*”, pronunciada el 13 de marzo de 2003, con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma nuestro Tribunal Constitucional asume más extensamente la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, iniciada por Nipperdey (supra 4.2.3.c) y que en el derecho laboral contribuye a una efectiva realización de la igualdad⁵²⁵. Así, en el fundamento jurídico 5 afirmó que esta doctrina se sustenta en el valor superior de la dignidad humana:

Y es que como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo, en el cual se encuentra la más importante consolidación de la fuerza de validez de aquellos. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para

⁵²⁵ Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución*, cit., p. 302.

todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ellas sus líneas orientativas y su impulso [BverfGE 7, 204 y ss].

Ello significa que los derechos fundamentales no solo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizando en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan e irradian las relaciones entre particulares, actuado como verdaderos límites a la autonomía privada.

Este especial deber de protección que se deriva de la concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes puede proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no solo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares.

En la precitada sentencia del “*Caso Eusebio Llanos Huasco*” resume y ratifica su doctrina jurisprudencial sobre la protección contra el despido arbitrario. Desarrolla los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a los derechos humanos, o *despido lesivo de derechos fundamentales* a saber: (i) despido nulo; (ii) despido incausado y (iii) despido fraudulento. A nuestro juicio, se trata de supuestos de abuso del derecho, proscritos por el artículo 103 de la Constitución y por ende, contrarios al valor superior de la solidaridad (supra 3.4.5).

Asimismo, como manifestación de la naturaleza tuitiva del Derecho del Trabajo nuestro Supremo Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia, el principio de primacía de la realidad, derivado de los artículos 22 y 23 de la Norma Suprema⁵²⁶. Igualmente, el principio *indubio pro operario* previsto en el inciso 3 del artículo 26 de la Carta Fundamental, como principio que rige la relación laboral yue debe entenderse en sentido expansivo no solo respecto a las normas jurídicas

⁵²⁶ Cfr. Toyama, Jorge (2010) “*Derechos laborales individuales y Tribunal Constitucional*”. En: Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 548-549.

sino también incluyendo a los contratos de trabajo (STC 008-2005-PI/TC, fundamento 21).

Como apuntan Monereo y Molina, siendo el trabajo un producto histórico-cultural de la época moderna, en la actualidad requiere que el Estado Social no solo proteja a la economía de los empleados sino también de los trabajadores informales y autónomos⁵²⁷. Más aún en un país con los altísimos niveles de informalidad como es el Perú.

III. EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR

El artículo 23 de la Constitución de 1993, en su tercer párrafo, declara que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador”.

Blancas resalta la importancia del valor superior de la dignidad humana como fundamento de la garantía de la indemnidad de los derechos de la persona del trabajador:

(...) los derechos fundamentales del trabajador —específicos e inespecíficos— vienen a constituir el parámetro de constitucionalidad de los actos del empleador. El artículo 23° conduce, inevitablemente, a erigir a la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, sobre parámetros con arreglo a los cuales puede determinarse la validez del ejercicio de las potestades directivas del empleador y resolverse, en consecuencia, los conflictos que pueden originarse en el uso irrazonable de las mismas⁵²⁸.

En la STC Exp. 0020-2012-PI/TC, “*Caso Ley de Reforma Magisterial 2*”, sobre el principio de indemnidad de los derechos del trabajador afirma en el fundamento 79 que:

⁵²⁷ Monereo Pérez, José Luis y Cristóbal Molina (2002) “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: Principios institucionales del mercado de trabajo”, cit. p. 354.

⁵²⁸ Blancas Bustamante, Carlos (2007) *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p. 96.

(...) Lo que se está prohibiendo con el artículo 23 es la cosificación del trabajador o, lo que es lo mismo, su tratamiento como objeto de especificación con carácter general, sino que deba ser evaluada según las circunstancias de la situación enjuiciada. Esta protección especial de la dignidad del trabajador en la actividad laboral y en la realización misma de la actividad laboral como un espacio para desarrollar sus proyectos y planes de vida, pero además en la posición de sujeción del trabajador frente al empleador y en la posición propicia de este frente a aquél para causar lesiones a la dignidad personal.

IV. EL ORDEN PÚBLICO SOCIAL

El artículo 26, en su numeral 2, de la Constitución de 1993, prevé como principio de la relación laboral el “carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

Caldera ha sostenido que la irrenunciabilidad de los derechos laborales se deriva de la naturaleza de *orden público* de las leyes del trabajo⁵²⁹.

Siguiendo a Caldera, asumimos que el orden público está compuesto por los principios no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad, subrayamos que los valores superiores como la igualdad —en su dimensión sustancial y la justicia —en su dimensión social— a la luz de la Cláusula del Estado Social, constituyen disposiciones constitucionales de orden público. Es un límite a la libertad de contrato y garantiza la irrenunciabilidad de los derechos, que encuentra fundamento en el artículo 103 de la Norma Suprema que declara que la Constitución no ampara el abuso del derecho. En esa dirección, sostenemos que las disposiciones de derecho laboral de naturaleza imperativa —previstas en la Constitución y la ley— operan como normas mínimas que constituyen el *Orden Público Social*.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la STC Exp. 008-2005-AI, “*Caso Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos c. Congreso de la*

⁵²⁹ Caldera, Rafael (1972) *Derecho del trabajo* (tercera reimpresión aumentada con trabajo del autor sobre los derechos sociales en la Constitución de Venezuela de 1961). Tomo I. Buenos Aires: El Ateneo, p. 193.

República” ha precisado que no solo tiene el carácter de irrenunciables los derechos nacidos de la Constitución y de la ley, sino también los reconocidos por tratados de derechos humanos por ser un el estándar mínimo de derechos (fundamento 24):

(...) Hace referencia a la regla de la no revocabilidad o irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el *estándar mínimo de derechos* que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos (...) (cursiva agregada).

Más adelante agrega:

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, *son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral*. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto partes taxativas y dispositivas (cursiva agregada).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional del Perú no ha asumido aún como irrenunciables los derechos nacidos del convenio colectivo. Empero, como quiera que la Cláusula del Estado Social no tiene como destinatario solo a este órgano constitucional sino a todos los poderes públicos, debe resaltarse que el principio de irrenunciabilidad de derechos ha sido reconocido en el Texto Único de las Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, en el literal a) de su artículo 43, que prevé que los contratos colectivos quedan automáticamente adaptados a la convención colectiva y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.

El orden público social se impone en la fijación de la jornada de trabajo. Así, lo ha determinado el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 000027-2006-PI “*Caso del Colegio de Abogados de Ica c. Congreso de la República*”, en el fundamento 21:

A nivel de 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 topes.

V. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

La prohibición de la discriminación en materia laboral es consagrada en el inciso 1) del artículo 26 de la Constitución, que reconoce que en la relación laboral el derecho de igualdad de oportunidades. La discriminación laboral que puede configurarse por una norma jurídica, esto es, por violación a la igualdad en la ley, así como por acción del empleador en una relación laboral, tal como lo precisa la STC Exp. 008-2005-PI/TC, “*Caso Ley Marco del Empleo Público*”, fundamento 23. Así, una ley laboral puede ser tachada de inconstitucional por discriminatoria —como sostenemos fue el caso de la derogada la Ley N° 30288, Ley de Promoción del Empleo Juvenil— así como la relación laboral puede configurarse discriminatoria por actos del empleador en el trato al trabajador. Así, sostuvo:

(...) En ese sentido. La discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

Miguel Rodríguez Piñero y Mejía Fernández López [Igualdad y discriminación. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47] exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.

La discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esa hipótesis, la intervención y el efecto

perseguidos se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Tal es el caso de la negación del acceso al empleo derivada de una opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de ‘lo constitucional’, cuya intención perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación personal sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios).

El Tribunal Constitucional del Perú ha afinado mediante su jurisprudencia, el principio de igualdad en materia laboral, reconocido en la Constitución de 1993. Así, en la STC Exp. 05652-2007-PA/TC, “*Caso Rosa Bethsabé Gambini Vidal*”, invocando a la Cláusula del Estado Social y el valor superior de la dignidad humana, con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, se ha desarrollado el contenido de este derecho social fundamental, en un caso de una trabajadora despedida por estar embarazada. Así, en el fundamento 17 ha afirmado:

La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y *es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho* y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho implica una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentren en una idéntica situación, debido a que los dere-

chos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de *la dignidad y naturaleza de la persona humana* (cursiva agregada).

En el fundamento 37 el Supremo Tribunal ejemplifica situaciones de discriminación laboral que vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como lo pueden ser la raza, el color, el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades o de trato y a libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.

El Tribunal Constitucional asume que el despido de una trabajadora embarazada es una clara discriminación por razón de sexo (fundamento 50) y afirma el rol del Estado Social de protección a la madre trabajadora (fundamento 51):

50. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo prescrita por el inciso 2) del art. 2 de la Constitución Política.

51. La *protección de la mujer* no se limita a la su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre trabajadora y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino también *se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador*. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja (cursiva agregada).

En ese sentido, incluso la *discriminación positiva o acción afirmativa* —basada en el valor superior de la igualdad sustancial— a favor de la madre trabajadora es constitucional para contrarrestar la situación

de discriminación que de hecho padecen. Como afirma el Tribunal Constitucional español:

(...) *no podrá reputarse de discriminatoria* y constitucionalmente prohibida —antes, al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada y compensada su situación de desigualdad sustancial (STC 216/1991, de 14 de noviembre).

De otro lado, el principio de igualdad de trato en materia laboral ha permitido que se desarrolle legislación de protección laboral al discapacitado, como es el caso de la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad. A nuestro juicio, esta protección debe extenderse a cuotas de empleo para personas con diferentes tipos de discapacidad como medida de *discriminación positiva* para compensar una injusticia histórica contra estas personas. Cabe citar desde el liberalismo igualitario a Nussbaum:

(...) las personas con deficiencias y discapacidades asociadas no son improductivas. Contribuyen de muchos modos a la sociedad cuando ésta crea unas condiciones que se lo permiten⁵³⁰.

En el humanismo cristiano, Juan Pablo II, en *Laborem Exercens* (supra 5.1.1) denunció que excluir del trabajo a las personas discapacitadas: “es una grave forma de discriminación, la de los fuertes y sanos contra los débiles y enfermos”.

Así, las medidas de *discriminación positiva* laboral con los discapacitados se basan en la ética, en los valores superior de la igualdad material y la solidaridad que resulta incomprensible para los defensores de la maximización de la rentabilidad.

A nuestro juicio, la tutela antidiscriminatoria debe extenderse también con relación a la edad, la invalidez, la afiliación sindical, la orientación sexual entre otras situaciones.

⁵³⁰ Nussbaum, Martha (2007) *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, p. 117.

VI. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Se ha afirmado que lo más propio del constitucionalismo del Estado Social está en su aportación al ingreso de lo colectivo en el Derecho y donde se desarrolla a partir de ello la capacidad de articulación social en que se manifiesta el principio de solidaridad en el ámbito socio-económico⁵³¹.

En palabras de De Cabo —que suscribimos— se trata de la *introducción de la clase* y en consecuencia, “como la forma más intensa de articulación social del principio constitucional de Solidaridad en el constitucionalismo del Estado social”⁵³².

Con relación a la constitucionalización de los derechos colectivos laborales, Monereo afirma el desarrollo de un proceso de publicación:

Es de realzar que la respuesta del orden político (formalizado en los textos constitucionales) al fenómeno sindical del renovado constitucionalismo social de la posguerra, supondrá la superación formal de esa fase de ‘reconocimiento’ y se introducirá decididamente en una etapa de ‘promoción’ de los sindicatos y de la autonomía colectiva para la persecución de los intereses que le son propios, pero como elementos del sistema político. De ahí la tendencial ‘publicación’ de los sindicatos (que luego se acrecentará desde la década de los ochenta); de ahí que la fase de apoyo (‘fomento’) público derive también hacia una mayor ‘integración’ de las organizaciones sindicales en la dinámica político-institucional del sistema establecido por las constituciones del capitalismo tardío⁵³³.

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 28 es lacónica sobre el derecho a la libertad sindical. Textualmente se ubica en la fase del reconocimiento: “El Estado *reconoce* los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga”.

⁵³¹ Cabo Martín, Carlos de (2006) *Teoría constitucional de la solidaridad*, cit., p. 73.

⁵³² *Ibidem*, p. 73.

⁵³³ Monereo Pérez, José Luis (1996) *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit. pp. 128-129.

Agrega en el numeral 1: “Garantiza la libertad sindical”. Sin embargo, tratándose del derecho a la negociación colectiva va más allá: “*Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales*”.

Cabe resaltar que los derechos de sindicación y negociación colectiva están estrechamente interrelacionados, al punto que el Tribunal Constitucional ha asumido en la STC Exp. 03561-2009-AA/TC, “*Caso Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao*” que en su fundamento 9 declara que:

(...) el derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de libertad sindical, toda vez que su ejercicio *potencializa la actividad de la organización sindical*, en tanto le permite cumplir la finalidad —que le es propia— de defender y promover los intereses de sus afiliados (cursiva agregada).

En esa dirección, consideramos que el derecho de sindicación -a la luz de la jurisprudencia constitucional que lo interrelaciona directamente con el derecho de negociación colectiva- debe interpretarse no solo garantizado sino también promovido por la Norma Suprema para el cumplimiento de la misión constitucional de los sindicatos, en el marco del valor superior de la solidaridad.

Asimismo, cualquier determinación del contenido del derecho de sindicación debe desarrollarse a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, como puntualiza Arce⁵³⁴.

La promoción de los sindicatos y de la autonomía colectiva por la Constitución nos lleva a coincidir con Villavicencio, quien sostiene que el reconocimiento constitucional de la libertad sindical configura a este derecho social fundamental como un *interés público*:

(...) la máxima valoración jurídica que tiene el hecho sindical en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que estamos ante el reconocimiento de un bien jurídico tutelado en el nivel más alto dentro del Derecho na-

⁵³⁴ Arce, Elmer (2010) “Derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga”. En: *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 567.

cional, con lo que, evidentemente, pasa a formar parte del denominado interés público⁵³⁵.

El precitado autor sostiene que la libertad sindical constituye el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, y en el derecho de aquellos y éstas a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses comunes⁵³⁶.

Como afirma Arce la penetración del Derecho Constitucional en el Derecho del Trabajo se ha manifestado a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵³⁷.

En esa línea, la STC Exp. 0206-2005/PA/TC, “Caso César Antonio Baylón Flores”, de 28 de noviembre de 2005, el Supremo Tribunal, con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, afirmó en el fundamento 14, la relevancia constitucional de los sindicatos:

Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos *son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática* (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1. a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o ‘Protocolo de San Salvador’ (cursiva nuestra).

Asimismo, de la precitada sentencia, el contenido de la libertad sindical debe determinarse recurriendo a los pactos internacionales de derechos humanos, como el mencionado artículo del “Protocolo de San Salvador” que declara:

⁵³⁵ Villavicencio, Alfredo (1999) *La libertad sindical en el Perú*. Lima: OIT, p. 12.

⁵³⁶ Villavicencio, Alfredo (2010) *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. Lima: Plades, p. 87

⁵³⁷ Arce, Elmer (2012) “La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma”. En: *Derecho PUCP*, núm. 68, Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 436- 437.

Los Estados parte garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados parte permitirán a los sindicatos a formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados parte también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

Cabe señalar que libre sindicación es quizá el derecho de mayor protección en los instrumentos internacionales, probablemente por la relevancia que tienen los sindicatos en la defensa de la dignidad del trabajador⁵³⁸.

Blancas sostiene que el derecho a la libertad sindical es un “*dato fundamental de identidad del Estado social de derecho*” y afirma que:

(...) Su conquista representa, acaso, el punto de inflexión en el proceso de transformación del Estado liberal en Estado social, en la medida que significa reconocer la presencia y participación en la vida social y económica de aquella clase social que hizo de los sindicatos el instrumento privilegiado para la defensa de sus intereses y, más allá de estos, de su existencia como tal, de su derecho a una vida mejor y a ser tratada en igualdad de condiciones⁵³⁹.

En consecuencia, se puede asumir que mientras el Estado liberal de derecho era un Estado clasista o de clase única al transformarse en Estado Social es *pluriclasista* con el reconocimiento y promoción del poder sindical⁵⁴⁰.

En esa dirección, el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 008-2005-PI/TC, “*Caso Ley Marco del Empleo Público*”, en el fun-

⁵³⁸ Ojeda Avilés, Antonio (2002) La libertad sindical. En: José Luis Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, pp. 1049-1050.

⁵³⁹ Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit., p. 402.

⁵⁴⁰ Giannini, M.S. (1991) *El poder público*. Madrid, pp. 85 y sigts., citado por Monereo Pérez, José Luis, (1996) *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit. p. 128.

damento 26 afirma la relación entre la Cláusula del Estado Social y el derecho a libertad sindical:

Por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del *Estado Social y Democrático de Derecho*, ya que constitucionaliza la creación y fundación de las organizaciones sindicales.

Más adelante precisa el *contenido esencial* de este derecho:

En ese contexto, implica un haz de facultades y el ejercicio autónomo de *homo faver-homo politicus*, referido a aspectos tales como:

- El derecho a fundar organizaciones sindicales.
- El derecho de libre afiliación, desafiación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho a la actividad sindical.
- El derecho a las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes les asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.
- El derecho a que el Estado no interfiera —salvo el caso de violación de la Constitución o la ley— en las actividades de las organizaciones sindicales.

Con relación a su contenido, el derecho a la libertad sindical ostenta dos dimensiones: individual y colectiva. Desde una perspectiva individual plantea dos aspectos: (i) Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos; (ii) Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiarse de una organización sindical (STC Exp. 0008-2005-AI, fundamento 27).

De este modo, considera el Tribunal Constitucional que la libertad sindical y el derecho de sindicación “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 discriminación 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 su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11 del Convenio N° 87 de la OIT, sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1° del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los derechos de sindicación y de negociación colectiva” (STC Exp. 0206-2005/PA/TC, fundamento 10).

En su dimensión colectiva, el derecho fundamental de libertad sindical tiene como titulares a los sindicatos. Contiene los siguientes aspectos: (i) Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical; (ii) Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales; (iii) Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales (STC Exp. 0008-2005-AI, fundamento 27).

Asimismo, la libertad sindical protege las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos, sus afiliados y los dirigentes sindicales para garantizar su desempeño. Así, lo determinó el Tribunal Constitucional en los fundamentos 12 al 14 de la sentencia del “*Caso César Antonio Baylón Flores*”:

12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho de protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga.

13. Es por ello que, a criterio del Tribunal Constitucional la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no solo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC, Fundamento 11) sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.

14. Este Tribunal, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (art. 8.1.a del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o ‘Protocolo de San Salvador’). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias pueden reparar tales derechos.

Más aun, en la emblemática sentencia del “*Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*”, del año 2002, con relación al contenido de la libertad sindical, en el fundamento 8, precisa que este derecho —como todo derecho fundamental— posee una *vis expansiva* abierta a nuevos desarrollos:

(...) Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.

Como señalan Toyama y Merzthal, el derecho de libertad sindical es un derecho *numerus apertus*, esto es, protege a todos los derechos conexos o relacionados con la libertad sindical⁵⁴¹.

En esa dirección expansiva, cabe citar a la STC Exp. 1469-2002-AA/TC, “*Caso Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Paucarpata*”, de fecha 22 de julio de 2004, en la que en el fundamento 4 y 5, se precisó el contenido de la libertad sindical y se incluyó dentro del contenido esencial de este derecho a las actividades propias para que la organización sindical cumpla sus fines:

4. En cuanto a la violación del derecho de libertad sindical, este Colegiado ya se ha pronunciado al respecto. La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28°, inciso 1). El derecho de libertad sindical tiene un doble contenido: un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado frente a actos que perjudiquen sus derechos y tengan como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga; es decir, la protección ante del despido por pertenecer o participar de actividades sindicales.

5. Sin embargo, además de los dos planos de libertad antes mencionados, debe también considerarse la garantía para el ejercicio de aquellas actividades que hagan factible la defensa y protección de los propios trabajadores. En tal sentido, el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indisponible, deben añadirse todos *aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y a la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros*. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la

⁵⁴¹ Toyama Jorge y Marilú Merzthal (2013) “La libertad sindical en el Perú: una revisión a su desarrollo jurisprudencial”. En: *Derecho y Sociedad*, núm. 40, Lima, p. 92.

capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical (cursiva agregada).

VII. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En la doctrina laboral, Monereo define a la negociación colectiva como un *derecho social fundamental de libertad de titularidad colectiva*⁵⁴². El derecho a la negociación colectiva supone la atribución a los agentes sociales de la capacidad de regular autónomamente y de consuno las condiciones de trabajo en un ámbito determinado, así como los derechos y obligaciones de las propias partes del acuerdo, cuyo resultado es el convenio colectivo de trabajo.

Como señala Carmona la negociación colectiva surge como una respuesta a la libertad de contrato del liberalismo que abusaba de la debilidad del trabajador:

El concepto de negociación colectiva surge frente a la anterior libertad de contratación laboral propia del liberalismo. Se parte del reconocimiento de la posición de inferioridad del trabajador aislado frente al empresario en la fijación de las condiciones de trabajo. Al principio de *libertad individual* sustituye el de *solidaridad profesional*. Se busca en la unión lo que no se había conseguido con el aislamiento. Y a través de aquella se pretende condicionar al empresario, reduciendo el margen de decisión que le corresponde para que, por un lado, mejore las condiciones de trabajo y, por otro, esa mejora afecte al mayor número posible de trabajadores: todos los de una empresa, los pertenecientes a una asociación profesional, o los que ejercen una profesión determinada, o trabajan en una concreta rama de actividad⁵⁴³.

En esa dirección, el valor superior de la solidaridad refuerza la protección jurídica al derecho de negociación colectiva.

⁵⁴² Monereo Pérez, José Luis (2002) “El derecho a la negociación colectiva”. En: José Luis Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares, p. 626-627.

⁵⁴³ Carmona Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit. p. 127.

A su vez, la negociación colectiva es una manifestación característica del Estado Social de protección al trabajo ante la ausencia de sociedades y grupos intermedios, como afirman Sala Franco y Albiol:

En una democracia social, la justicia social se realizará no solo a través de normas programáticas estatales sino también a través de la atribución constitucional de poderes a los destinatarios a los mismos destinatarios de estas exigencias de justicia social, o la colectividad de trabajadores (...) siendo, concretamente, la negociación colectiva, los medios de solución extrajudicial de los conflictos laborales y la huelga los instrumentos de realización autónoma de aquella justicia social⁵⁴⁴.

El constitucionalismo del Estado Social evolucionó del garantismo del derecho al “fomento” del principio de autonomía colectiva⁵⁴⁵. Así, lo asume la Constitución de 1993 en su artículo 28, numeral 2:

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. (...)

2. *Fomenta* la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

Blancas resalta que la expresión “*fomenta*” supone que la Norma Suprema asume un rol activo orientado a asegurar su plena efectividad⁵⁴⁶. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español la efectividad de la Cláusula del Estado Social *conduce a una intervención del Estado*

⁵⁴⁴ Sala Franco, Tomás & Ignacio Albiol Montesisnos (2003) *Derecho sindical*. Valencia: Tirant Lo Blanch (2003) p.30. Citados por Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 436.

⁵⁴⁵ Monereo Pérez, José Luis (1996) *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit. pp. 128.

⁵⁴⁶ Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 446.

*para hacer efectivos los derechos económicos y sociales como la negociación colectiva (STC 18/1984, de 7 de febrero, fundamento 7)*⁵⁴⁷.

Este rol de tutela activa del Estado para garantizar la efectividad del derecho a la negociación colectiva es desarrollado por el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 0261-2003-AA, pronunciada el 26 de marzo de 2003, con los votos de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry y García Toma:

En lo que al presente caso se refiere, interesa poner de relieve que el artículo 28° de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, *el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado 'plus de tutela' cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva.*

En la STC Exp. 0008-2005-AI, sentencia recaída en el “*Caso Ley Marco del Empleo Público*”, en el fundamento 29, el Supremo Tribunal define la finalidad del convenio colectivo como instrumento de autorregulación entre trabajadores y empleadores:

(...) Se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a las remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y de sus empleadores.

El convenio colectivo permite la *facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores. A efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto.* Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. En

⁵⁴⁷ Monereo Pérez, José Luis (1996) *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit. p. 129.

la doctrina aparece bajo varias denominaciones, a saber, contrato de paz social, acuerdo corporativo, pacto de trabajo, etc.

Esta convención es establecida por los representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados para la suscripción de acuerdos y por empleador y sus representantes.

La convención colectiva —y más precisamente su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas— constituye *un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa* (cursiva agregada).

Sobre la eficacia normativa de la negociación colectiva, la Constitución peruana de 1993 no reconoce un nivel normativo al convenio colectivo, pues ha reemplazado la expresión “fuerza de ley entre las partes” del artículo 54 de la Constitución de 1979 por la de “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”. De ahí, que un sector de la doctrina niega que los convenios colectivos gocen del rango normativo de la ley⁵⁴⁸. En otra dirección, Blancas sostiene que la referencia del artículo 28.2 de la Constitución a la “fuerza vinculante” de la convención colectiva equivale a su valor normativo y no meramente contractual⁵⁴⁹.

El Tribunal Constitucional del Perú no ha asumido una posición definitoria sobre la naturaleza y efectos normativos del convenio colectivo. Así, en la sentencia del “*Caso Ley Marco del Empleo Público*”, en el fundamento 33 asumió que el contenido mínimo de la garantía institucional del convenio colectivo se reduciría a la fuerza vinculante para las partes celebrantes:

En cambio, el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito

⁵⁴⁸ Dolorier, Javier (2005) “Derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga”. En: Walter Gutiérrez (dir.), *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica/Congreso de la República del Perú, pp. 574-575.

⁵⁴⁹ Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 458.

de lo concertado. En tal sentido, la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

Esta noción (ámbito vinculante en el ámbito de lo concertado) ha sido recogida de la Constitución española de 1978, y se la concibe como referente del carácter normativo del acuerdo laboral. Tal como refiere Javier Neves Mujica [Introducción al derecho laboral. Lima, PUCP, 2003], esto implica la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin que exista la necesidad de su posterior recepción en los contratos individuales, así como su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, la que solo puede disponer su mejora, pero no su disminución.

Cabe señalar que la fuerza vinculante para las partes establece su obligatorio cumplimiento para las personas en cuyo nombre se celebró, así como para los trabajadores que se incorporaron con posterioridad a las empresas pactantes, con excepción de quienes ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

Blancas asume el criterio de Neves acerca de la devaluación jerárquica del convenio colectivo en el sistema de fuentes del derecho, conforme al texto del artículo 28.2 de la Constitución peruana de 1993⁵⁵⁰.

En efecto, esa fue la intención original del constituyente de 1993. Sin embargo, consideramos que la Cláusula del Estado Social y los valores superiores de la solidaridad y de la justicia social, obligan a interpretar que la Norma Suprema reconoce la fuerza normativa del convenio colectivo como ley material. Debe asumirse que es una verdadera norma jurídica que rige las condiciones de trabajo de los sometidos a su ámbito de aplicación, estén o no sindicados y pertenezcan o no las organizaciones firmantes, como lo ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Sentencia 73/1984, de 27 de junio).

⁵⁵⁰ *Ibíd.*, p. 460.

En esa dirección, comentando el artículo 37.1 de la Constitución española de 1978, que establece que la ley garantizará la fuerza vinculante de los convenios colectivos de trabajo, Monereo afirma la naturaleza de fuente normativa del convenio con carácter de ley material:

El reconocimiento constitucional de la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de sus productos típicos supone elevar la autonomía negocial a fuente material de Derecho y del convenio colectivo a rango de fuente de creación de reglas de derecho de fuerza normativa, con independencia de su inserción o no en el sistema formal de fuentes del Derecho del Estado. La eficacia vinculante no es meramente la simple del derecho contractual u obligacional (de ser así bastaría el reconocimiento constitucional general de la libertad contractual), debe alcanzar a la normativa regular (convenio-norma) o informal (contrato-normativo de eficacia inderogable o real). La Constitución no consagra un modelo ‘débil’ o ‘negativo’ de eficacia meramente obligatoria del convenio colectivo. El texto ‘se limita —y no es poco— a garantizar al convenio colectivo la estructura de lógica de una ley material cogente (...). *Se declara generalmente vinculantes los convenios colectivos, y de esta forma quedan convertidos en ‘ley material*⁵⁵¹ (cursiva agregada).

De otro lado, la negociación colectiva es un instrumento de la realización efectiva del valor superior de la justicia social, inherente al Estado Social de Derecho. Como afirman Sala Franca y Albiol Montesinos:

En una democracia social, la justicia social se realiza no solo a través de normas programáticas estatales sino también *a través de la atribución constitucional de poderes a los mismos destinatarios de esta exigencia de justicia social, o la colectividad de trabajadores* (Branca), siendo, concretamente, la negociación colectiva, los medios de solución extrajudicial de los conflictos laborales y la huelga los instrumentos de realización autónoma de aquella justicia social⁵⁵².

⁵⁵¹ Monereo Pérez, José Luis (2002) “El derecho a la negociación colectiva”, cit. p. 637.

⁵⁵² Sala Franco, Tomás e Ignacio Albiol Montesinos (2003). Derecho Sindical (novena edición). Valencia: Tirant Lo Blanch, p.30), cit. Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 436.

Para Monereo, la negociación colectiva es una institución del Estado Social que subordina al mercado a los criterios de justicia y ciudadanía social:

(...) Pero la biografía del convenio colectivo pone de manifiesto que es una de las grandes instituciones de la democracia moderna y se inserta de lleno en el progreso del concepto de ciudadanía social y política, es decir, en la afirmación desde el interior del sistema democrático del derecho a la identidad colectiva y a la participación diferencial de los grupos socioeconómicos. La negociación colectiva —y en particular su producto jurídico típico y genuino, el convenio colectivo— ha participado en el ‘programa del Estado social contemporáneo de penetración del contrato por status, subordinando el principio estricto de mercado a los criterios de justicia consensuados colectivamente entre las fuerzas sociales. La negociación colectiva contribuye, pues dinámicamente al proceso de racionalización del conflicto existente entre los derechos sociales integrados en la ciudadanía democrática y el valor del mercado. Su resultado, el convenio colectivo (formalización del acuerdo de la autonomía colectiva), cristaliza este planteamiento básico del conflicto regulado en la democracia contemporánea⁵⁵³.

En esa dirección, sostenemos que se debe restituir plenamente el carácter normativo del convenio colectivo, dentro del marco jurídico de la Cláusula del Estado Social y del valor superior de la justicia social, está revestido de fuerza vinculante de modo que constituye norma jurídica del sistema de fuentes del derecho peruano —con el carácter de ley material— subordinada a la Constitución y a la ley en sentido formal regule la negociación colectiva.

Además, a nuestro juicio, si el artículo 28. 2 de la Constitución de 1993 reconoce que la convención colectiva tiene la eficacia de una *ley material*, en consecuencia, hay fundamento constitucional para sostener que también son irrenunciables los derechos reconocidos en el convenio colectivo, conforme al artículo 26.2 de la Norma Suprema que prevé el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución

⁵⁵³ Monereo Pérez, José Luis (2002) “El derecho a la negociación colectiva”, cit. pp.648-649.

y *la ley*. En esa dirección, el concepto *ley* no solo tiene el sentido literal y restrictivo de ley formal, de norma jurídica estatal, sino que se debe interpretarse en un sentido más favorable al trabajador, esto es como ley material. Invocamos el párrafo 3 del artículo 26 de la Norma Suprema que asume como principio que regula la relación laboral al principio indubio pro operario⁵⁵⁴.

VIII. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL DE HUELGA

La Constitución peruana de 1993 mantiene el reconocimiento del derecho de huelga en el párrafo inicial del artículo 28, juntamente con los derechos de sindicación y negociación colectiva. En su inciso 3 declara: “Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.

En la doctrina peruana, Cortés ha destacado que, al otorgarse rango constitucional al derecho de huelga, se le confiere una protección especial que corresponde a todos los derechos fundamentales. Asimismo, impone al Estado las obligaciones para que el mencionado derecho se pueda ejercer sin trabas y eficazmente, conforme al deber general que le encomienda el artículo 44 de la Norma Suprema de *garantizar* la plena vigencia de los derechos humanos⁵⁵⁵.

En la jurisprudencia española cabe citar a la STC 11/1981, de 11 de noviembre de 1991, que afirma la relación entre Estado Social de Derecho y el reconocimiento y tutela del derecho de huelga:

Además de ser un derecho subjetivo, la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido en el artículo 1.1 de la Constitución que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a

⁵⁵⁴ Disposición que establece el principio *indubio pro operario*: “Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

⁵⁵⁵ Cortés, Juan Carlos (1994) “La huelga en la Constitución de 1993”. *Asesoría Laboral*, IV, núm. 37. Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C., p. 31.

un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socio-económicos, conflictos en que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales.

Por su parte, en la doctrina peruana, Blancas, luego de revisar el panorama doctrinario sobre el derecho de huelga, sostiene que:

No hay duda de que la huelga posee todos estos significados, que la proyectan como un instrumento importante en orden a la consecución de objetivos de igualdad material, equilibrio en las relaciones capital-trabajo y participación en la vida económica-social⁵⁵⁶.

Se encuentra aquí la idea de que el principio del Estado Social sirve para justificar una diferencia de trato a favor de la parte más débil. En ese sentido, como sostiene Blancas se conexas directamente con el valor superior de la igualdad material (supra 3.4.4) y con la Cláusula del Estado Social y con el derecho fundamental de participación en la vida económica y social de la Nación, previsto en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución.

En la doctrina española De Cabo afirma la relevancia de la relación del derecho fundamental de huelga con el principio de solidaridad —*de clase*—. Así, cita la jurisprudencia constitucional española:

Y, en este sentido, la Solidaridad —de clase, que es, por otra parte, el ámbito básico en que la Solidaridad, en cuanto ‘Solidaridad obrera’, adquiere históricamente significado sociopolítico—entre trabajadores permite entenderla como un ‘deber’ jurídicamente significativo o planteable. Solo desde estos supuestos puede entenderse también que la jurisprudencia (STC 254/1988) haya incluido en el derecho de huelga (manifestación primera de la existencia en el Derecho de la ‘clase para sí’ y, por tanto, arquetípico derecho social) estos otros dos: el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga, de un lado, y, de otro, el derecho a participar, dentro del marco general, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin, si

⁵⁵⁶ Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 474.

bien, obviamente, eliminando la coacción, amenaza o actos de violencia (STC 332/1994)⁵⁵⁷.

Sobre la definición del derecho fundamental de huelga nuestro Tribunal Constitucional asume implícitamente que el mencionado derecho se basa en el valor superior de la igualdad sustantiva, propio del Estado Social por cuanto restablece el equilibrio entre partes desiguales. Asimismo, en el fundamento 40 de la sentencia del “*Caso Ley Marco de Empleo Público*” reconoce que la huelga como derecho no extingue la relación laboral ni genera responsabilidad por incumplimiento contractual:

Mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, *se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales*, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas y laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

En puridad, la huelga es manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores.

Al respecto, tal como expone Álvarez Conde [ob. cit., p. 466] ‘(...) *la huelga tiende a establecer el equilibrio entre partes con fuerza económicamente desiguales*’.

En ese sentido, como bien refiere Francisco Fernández Segado [El sistema constitucional español, Madrid, Dykinson, 1992] “(...) la experiencia secular ha mostrado su necesidad para *la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socio-económicos* (cursiva agregada).

Asimismo, al estar reconocida en la Constitución como derecho fundamental impide cualquier estipulación contraria en los contratos de trabajo⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Cabo Martín, Carlos de (2006) *Teoría constitucional de la solidaridad*, cit., p. 75.

⁵⁵⁸ Carmona Encarnación (1999) *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, p. 129.

Con relación al interés social como límite al derecho de huelga, el Supremo Tribunal en el fundamento 42 de la precitada sentencia sostiene que es preciso interpretar que propiamente se trata del *interés público*:

En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva en favor de sectores económicos-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger a aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto.

Así, el derecho de huelga no es ilimitado ni absoluto. El Tribunal Constitucional del Perú ha asumido dos tipos de límites de ese derecho: (i) Por razón de la persona: a) Los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (artículo 42 de la Constitución), b) Los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42 de la Constitución); c) Los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (artículo 153° de la Constitución); (ii) Por razón de la naturaleza del servicio: *los servicios públicos esenciales* declarados a nivel legislativo (STC Exp. 00025-2007-PI/TC, fundamentos 27-28).

IX. LA REMUNERACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y LA REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL

En el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución peruana de 1993 se reconoce el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. En tercer párrafo del artículo 24 se prevé que las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores. Es un derecho asumido también por la doctrina social de la Iglesia Católica, como “*salario justo*” desde la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII y fue asumido por el inicial Estado Social orientado a garantizar la procura existencial.

La remuneración mínima vital es un derecho que surge de las luchas obreras de la mitad del siglo XIX. Hay que resaltar su importancia como derecho fundamental en un contexto en el cual el ultraliberalismo propone permanentemente en el Perú su eliminación o en su defecto su congelación. Se trata una conquista que forma parte del ideario democrático y de un derecho que constituye la primera manifestación de un contenido mínimo de derechos sociales fundamentales en la Constitución⁵⁵⁹.

Juan Pablo II en *Laborem Exercens* denunciaba al economicismo materialista de la primera mitad del siglo XIX que reducía el trabajo a una mercancía. Este economicismo materialista ha resurgido en el Perú en el siglo XXI pues el neoliberalismo extremo defiende permanentemente la eliminación de la remuneración mínima vital, partiendo de su idea de que el trabajo es una mercancía sujeta a las leyes del mercado⁵⁶⁰. Así, la Organización Internacional del Trabajo en su *Declaración de Filadelfia* (1947) afirmó que el trabajo “no es una mercancía”.

En el derecho comparado, debe destacarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que en la sentencia BverfGE 7, 198 (205) que reconoce la existencia de un derecho fundamental a un mínimo vital⁵⁶¹. En España, la STC 31/1984, de 7 de marzo, en el fundamento jurídico 9 se basó en los valores de justicia e igualdad y en la Cláusula del Estado Social para establecer la obligación de los poderes públicos de fijar unos techos salariales mínimos que respondan a dichos valores. De ahí que los valores superiores generan al Estado la obligación de realizar actuaciones positivas para su satisfacción⁵⁶².

En la doctrina laboral, Herraiz sostiene que el derecho fundamental a un salario suficiente se encuentra mejor satisfecho con la garantía de

⁵⁵⁹ Petit Guerra, Luis, op. cit. p. 257.

⁵⁶⁰ Luckács, Gyorgy (1969) *Historia y conciencia de clase*. México DF: Grijalbo, p. 147, afirmó certeramente que no hay problema en la sociedad capitalista que “no remita en última instancia a la mercancía”.

⁵⁶¹ Petit Guerra, Luis, op. cit. p. 136.

⁵⁶² Díaz Revorio, Francisco Javier, op. cit., pp. 181-182.

una serie de instrumentos de defensa del trabajador en la negociación con el empresario: sindicatos, derecho de huelga y convenios colectivos⁵⁶³.

Con relación a la remuneración equitativa y suficiente como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha destacado su conexión con los valores superiores de la dignidad humana y la igualdad, así como al derecho al desarrollo integral de la persona. Así, en el fundamento 6 de la STC Exp. 04922-2007-PA/TC, de 21 de noviembre de 2007, “*Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT/Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas*”, con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda:

El artículo 24° de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador *debe ser entendida como un derecho fundamental*. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, *acorde con el principio-derecho de igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana.* (...) (cursiva agregada)

En esa dirección, se puede conexasión este derecho con el valor superior de la solidaridad (supra 3.4.5).

En la STC Exp. 0020-2012-PI/TC, “*Caso Ley de Reforma Magisterial 2*”, fundamento 16, el Supremo Tribunal determinó el contenido esencial del derecho a la remuneración, con los siguientes elementos:

- Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
- No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.

⁵⁶³ Herraiz, M.S. *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*. Madrid: Consejo Económico y Social, p. 16.

- Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y a la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- Suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

Con relación a la viabilidad de la reducción de la remuneración, en la precitada sentencia el Tribunal Constitucional se determinó en el fundamento 47 su naturaleza excepcional:

Así, las cosas, la reducción de la remuneración no contraviene el principio de no regresividad de los derechos sociales, siempre y cuando existan razones de interés social que lo justifiquen o, lo que es lo mismo, siempre que exista causa objetiva o legal que la justifique y que, además, se trate de una medida extraordinaria, coyuntural o de eficacia en el tiempo”.

Sobre la remuneración mínima vital, Blancas puntualiza que se trata de “una de las formas de intervención del Estado en el mercado de trabajo, que nuestra Constitución recoge en el párrafo final del artículo 24⁵⁶⁴”.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se determinó que la fijación de una cuantía mínima obligatoria de salario responde a las finalidades de un Estado que se define como social y democrático de Derecho (STC 31/1984, de 7 de marzo).

La remuneración mínima vital conforma lo que denominamos el Orden Público Social (supra 3.7.2 c) por su naturaleza imperativa de estándar mínimo por debajo del cual no se puede pactar. Así, lo reconoce el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 00027-2006-PI, “*Caso Colegio de Abogados de Ica contra el Congreso de la República*”, en el fundamento 16:

⁵⁶⁴ Blancas Bustamante, Carlos (2011) *La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit. p. 523.

Con relación a la regulación sobre la remuneración mínima vital debe considerarse que, por su grado de imperatividad y dispositividad, frente a la autonomía privada, es un *derecho necesario relativo*. Como tal se constituye en un estándar mínimo por debajo del cual no se puede pactar, dado que ello sería inconstitucional.

Es importante destacar que la Constitución establece esta intervención del Estado complementada con el principio participativo de los trabajadores en las decisiones que les conciernen. Blancas considera que esta participación debe ser entendida como consulta, la que conforme a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo debe ser “previa, detenida y exhaustiva”⁵⁶⁵.

X. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LAS PENSIONES

En el marco del Estado de Bienestar en los países desarrollados el primer antecedente sobre seguridad social es el Informe Beveridge (1941) presentado al Gobierno inglés. Su influencia se expandió ampliamente y se le considera el antecedente más importante en esa materia en el siglo XX. Así, denunció que el sistema inglés pese a sus avances excluía de sus beneficios a amplios sectores de la población. De ahí que se preconizó la universalidad de la seguridad social.

Así, el artículo 10 de la Constitución de 1993 reconoce el derecho a la seguridad social como un derecho social universal:

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Asimismo, el artículo 11 de la Norma Suprema establece la obligación del Estado de garantizar y supervisar eficazmente el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

A nivel supranacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “*Caso Muelle Flores vs. Perú*”, sentencia del 6 de marzo de

⁵⁶⁵ Ibídem, p. 527.

2019, ha reconocido el derecho a la seguridad social como un derecho autónomo y justiciable (párrafos 172 y siguientes).

La seguridad social es un derecho social fundamental a prestaciones positivas del poder público. Tiene una naturaleza jurídico-pública estricta, al ser un derecho pensado en última instancia como la “*ley del más débil*” en términos de Ferrajoli⁵⁶⁶. Neves⁵⁶⁷ ha precisado que se rige por los principios de:

- (i) Universalidad: extensión del ámbito de beneficiarios a toda persona.
- (ii) Integridad: cobertura de todas las contingencias sociales mediante acciones de prevención, reparación y recuperación.
- (iii) Solidaridad: que obliga a todos a cooperar con el cumplimiento de sus objetivos, abandonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios.
- (iv) Unidad: en sentido orgánico y estructural.
- (v) Internacionalidad: adecuación a un sistema unitario internacional.

Es por ello que debe diferenciarse a la seguridad social —de naturaleza pública— de las prestaciones del régimen privado. La seguridad social se fundamenta en la solidaridad como lo sostiene Plá Rodríguez⁵⁶⁸.

Asumimos el criterio de que las prestaciones del sector privado solo deberían ser complementarias al régimen público —como lo preveía la Constitución de 1979 (supra 2.4.1.)—. Estas prestaciones están basadas en una lógica contractual privada y son financiables con fondos privados a cargo de los asegurados. Empero, es cierto que el artículo 11 de la Constitución de 1993 establece que deben existir al menos entidades

⁵⁶⁶ Monereo Pérez, José Luis (2002) “El derecho a la seguridad social”. En: José Luis Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, cit., pp. 1426-1428.

⁵⁶⁷ Neves Mujica, Javier (1987) “La seguridad social en la Constitución”. En: *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco p. 174.

⁵⁶⁸ Plá Rodríguez, Américo (1999) *Estudios de la Seguridad Social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 407 y sigts.

públicas de seguridad social y pueden existir las privadas y mixtas en un régimen de paridad o igualdad.

En la STC Exp. 011-2002-AI, pronunciada el 10 de junio de 2002, en el fundamento 14, con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, se destaca que la seguridad social es un sistema basado en el principio de *solidaridad*⁵⁶⁹:

(...) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. *Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de pensiones* (cursiva agregada).

En la STC Exp. 0050-2004-AI/0051-2004-AI/004-2005-AI/007-2005-AI/009-2005-AI, “Caso de la Ley N° 28839, de reforma constitucional del régimen pensionario y contra la Ley N° 28449”, con el voto de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, en el fundamento 54 sostiene que la seguridad social constituye una garantía institucional del derecho a la pensión y es una función del Estado Social en los siguientes términos:

La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en el complejo normativo estructurado —por imperio del artículo 10 de la Constitución— al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida, por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, *regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad*, y fundada, en la exigencia no solo del mantenimiento sino en ‘la elevación de la calidad de vida’ (cursiva agregada).

⁵⁶⁹ En la misma dirección, destaca la STC Exp. 04091-2011-AA/TC, fundamento 16.

En el fundamento 140 diferencia la naturaleza del sistema público y del sistema privado de pensiones:

Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad.

En consecuencia, discrepamos del criterio asumido a partir de la STC Exp. 00014-2007-AI/TC⁵⁷⁰ y reiterado en STC Exp. 001-2013-PI que en el fundamento 38 conceptúa al sistema privado de pensiones —basado en la lógica del mercado— “como una forma de seguridad social”⁵⁷¹. Así, en materia previsional se aprecia un “giro errático” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que desnaturaliza el contenido de la seguridad social⁵⁷².

Sobre el derecho a la pensión como prestación de procura existencial del Estado Social, se debe resaltar a la sentencia del “*Caso de la Ley N° 28839, de reforma constitucional del régimen pensionario y contra la Ley N° 28449*”, que sostiene en el fundamento 74:

(...) tiene la naturaleza de derecho social —de contenido económico—. Surgido históricamente *en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho*, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las

⁵⁷⁰ Caso de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28991.

⁵⁷¹ En ese mismo sentido, Pasco Cosmópolis, Mario (1998) “Son los sistemas privados de pensiones de pensiones una forma de seguridad social”. En: *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. Madrid: Secretaría General de OISS.

⁵⁷² Como así la calificó acertadamente Gonzales Hunt, César “La errática jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional y los criterios de interpretación constitucional”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, núm. 58, Lima, julio 2003, pp. 53-64.

prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la *'procura existencial'*. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección —negativas— y de garantía y promoción —positivas— por parte del Estado (cursiva agregada).

En la STC Exp. 1417-2005-AA/TC, “*Caso Manuel Anicama Hernández*”, en el fundamento 37 se destaca que el derecho de pensión —siguiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana— “guarda estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo al cumplimiento de las exigencias legales”. Asimismo, sostiene siguiendo la jurisprudencia colombiana que “tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad”.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEXTO

Como cuestión previa para fundamentar la exigibilidad y la tutela efectiva de los derechos sociales, fundamentales asumimos la doctrina de que, en rigor, no existen diferencias cualitativas ni estructurales entre los derechos civiles y políticos y aquéllos. A nivel de la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado sobre la relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales culturales, la *interdependencia* entre éstos.

Así, mientras la Constitución liberal no era neutral porque era exclusivamente la Constitución económica del capital, lo que hace la Constitución del Estado Social es integrar además al trabajo dentro de la Norma Suprema y del sistema socio-económico, así como al trabajador como sujeto o ciudadano social.

Hay que destacar la doctrina social de la Iglesia Católica, sobre la naturaleza de derechos fundamentales de los *derechos sociales del trabajo*. Este valor ético del trabajo lo conecta directamente con los valores

superiores de la dignidad humana —inspirado por el humanismo cristiano— y la justicia social, positivados en la Constitución peruana de 1993.

El artículo 23 de la Constitución peruana de 1993 establece que: “El trabajo en sus diversas modalidades es objeto de *atención prioritaria* del Estado, el cual protege especialmente a la madre, el menor y al impedido que trabajan” minimizando el principio protector o tuitivo del trabajo contenido en el artículo 42 de la Constitución de 1979, en la dirección de la flexibilización laboral y expresa una reducción del significado del trabajo como medio de realización de la persona humana.

El derecho constitucional al trabajo es el principal instrumento de integración social, de realización de identidades colectivas y de cohesión social, aparece como presupuesto de ejercicio efectivo de un amplísimo elenco de derechos sociales. En esa dirección, debe destacarse la restitución del principio protector del trabajo realizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 1124-2001-AA/TC, “*Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*”. Sobre la protección el derecho al trabajo, en el fundamento 12 sostiene que al establecer la legislación laboral como “única reparación” frente al despido arbitrario, la indemnización y no prever la reincorporación, se configura una disposición inconstitucional, que contraviene el principio tuitivo, derivado de la Cláusula del Estado Social. Asimismo, es importante destacar que la interpretación del Tribunal Constitucional de reconocer mayores niveles de protección al trabajo se sustenta en la doctrina del neoconstitucionalista Alexy, quien asume a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales en el sentido de *mandatos de optimización*. En el “*Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*”, el Tribunal Constitucional del Perú asumió la doctrina que el derecho social fundamental al trabajo y el principio protector son mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferente grado. Así, se puede asumir que la viabilidad jurídica de la reparación restitutoria en caso de despido arbitrario, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— y al marco jurídico de la Cláusula del Estado Social.

El derecho al trabajo se extiende a la defensa del contrato de trabajo ante la decisión arbitraria del empleador de extinguirlo.

Asimismo, siendo el trabajo un producto histórico-cultural de la época moderna, en la actualidad requiere que el Estado Social no solo proteja a la economía de los empleados sino también de los trabajadores informales y autónomos.

El artículo 23 de la Constitución de 1993, en su tercer párrafo, declara que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador”. En la precitada STC Exp. 1124-2001-AA/TC, (fundamento 7) se afirma los efectos *inter privatos* de los derechos fundamentales y el principio tuitivo del trabajador del Estado Social.

El artículo 26, en su numeral 2, de la Constitución de 1993, prevé como principio de la relación laboral el “carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. La irrenunciabilidad de los derechos laborales se deriva de la naturaleza de *orden público* de las leyes del trabajo. Asumimos que el orden público está compuesto por los principios no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad. En esa dirección, afirmamos que los valores superiores como la igualdad —en su dimensión sustancial y la justicia— en su dimensión social— a la luz de la Cláusula del Estado Social, constituyen disposiciones constitucionales de orden público. Es un límite a la libertad de contrato y garantiza la irrenunciabilidad de los derechos, que encuentra fundamento en el artículo 103 de la Norma Suprema que declara que la Constitución no ampara el abuso del derecho. En esa dirección, sostenemos que las disposiciones de derecho laboral de naturaleza imperativa —previstas en la Constitución y la ley— operan como normas mínimas que constituyen el *Orden Público Social*.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la STC Exp. 008-2005-AI, “*Ley Marco del Empleo Público*” precisado que no solo tiene el carácter de irrenunciables los derechos nacidos de la Constitución y de la ley, sino también los reconocidos por tratados de derechos humanos por ser un el estándar mínimo de derechos. El orden público social se impone en la

fijación de la jornada de trabajo. Así, lo ha determinado el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 000027-2006-PI (fundamento 21).

La prohibición de la discriminación en materia laboral es consagrada en el inciso 1) del artículo 26 de la Constitución, que reconoce que en la relación laboral el derecho de igualdad de oportunidades. La discriminación laboral que puede configurarse por una norma jurídica, esto es, por violación a la igualdad en la ley, así como por acción del empleador en una relación laboral, tal como lo precisa la STC Exp. 008-2005-PI/TC, “*Caso Ley Marco del Empleo Público*”, fundamento 23.

El Tribunal Constitucional del Perú ha afinado mediante su jurisprudencia, el principio de igualdad en materia laboral, reconocido en la Constitución de 1993. Así, en la STC Exp. 05652-2007-PA/TC, “*Caso Rosa Bethsabé Gambini Vidal*”, invocando a la Cláusula del Estado Social y el valor superior de la dignidad humana (fundamento 17).

El principio de igualdad de trato en materia laboral ha permitido que se desarrolle legislación de protección laboral al discapacitado, como es el caso de la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad. A nuestro juicio, esta protección debe extenderse a cuotas de empleo para personas con diferentes tipos de discapacidad como medida de discriminación positiva.

Se ha afirmado que lo más propio del constitucionalismo del Estado Social está en su aportación al ingreso de lo colectivo en el derecho y donde se desarrolla a partir de ello la capacidad de articulación social en que se manifiesta el principio de solidaridad en el ámbito socio económico.

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 28 es escueta sobre el derecho a la libertad sindical. Textualmente se ubica en la fase del reconocimiento: “El Estado *reconoce* los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga”. Agrega en el numeral 1: “Garantiza la libertad sindical”. Sin embargo, tratándose del derecho a la negociación colectiva va más allá: “*Fomenta* la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”. Cabe resaltar que los derechos de sindicación y negociación colectiva están estrechamente interrelacionados, como lo reconoce la STC Exp. 03561-2009-AA/TC,

“*Caso Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao*” (fundamento 9). En esa dirección, consideramos que el derecho de sindicación —a la luz de la jurisprudencia constitucional que lo interrelaciona directamente con el derecho de negociación colectiva— debe interpretarse no solo garantizado sino también promovido por la Norma Suprema para el cumplimiento de la misión constitucional de los sindicatos, en el marco del valor superior de la solidaridad.

La promoción de los sindicatos y de la autonomía colectiva por la Constitución conlleva a que el reconocimiento constitucional de la libertad sindical configura a este derecho social fundamental como un *interés público*. En esa línea, la STC Exp. 0206-2005/PA/TC, “*Caso César Antonio Baylón Flores*”, destaca la relevancia constitucional de los sindicatos (fundamento 14). Asimismo, de la precitada sentencia, el contenido de la libertad sindical debe determinarse recurriendo a los pactos internacionales de derechos humanos, como el “Protocolo de San Salvador”.

El derecho a la libertad sindical es un “*dato fundamental de identidad del Estado social de derecho*” y afirma que se puede asumir que mientras el Estado liberal de derecho era un Estado clasista o de clase única al transformarse en Estado Social es pluriclasista con el reconocimiento y promoción de los sindicatos. En esa dirección, el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 008-2005-PI/TC, “*Caso Ley Marco del Empleo Público*”, (fundamento 26). Más aun, en la emblemática sentencia del “*Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*”, del año 2002, con relación al contenido de la libertad sindical, en el fundamento 8, precisa que este derecho —como todo derecho fundamental— posee una *vis expansiva* abierta a nuevos desarrollos.

La negociación colectiva surge como una respuesta a la libertad de contrato del liberalismo que abusaba de la debilidad del trabajador. En esa dirección, el valor superior de la solidaridad del Estado Social refuerza la protección jurídica al derecho de negociación colectiva.

El constitucionalismo del Estado Social evolucionó del garantismo del derecho al “fomento” del principio de autonomía colectiva. Así, lo asume la Constitución de 1993 en su artículo 28, numeral 2.

La expresión “*fomenta*” supone que la Norma Suprema asume un rol activo orientado a primer y asegurar su plena efectividad. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español la efectividad de la Cláusula del Estado Social *conduce a una intervención del Estado para hacer efectivos los derechos económicos y sociales* como la negociación colectiva (STC 18/1984, de 7 de febrero, fundamento 7) Este rol de tutela activa del Estado para garantizar la efectividad del derecho a la negociación colectiva es desarrollado por el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 0261-2003-AA. Como la negociación colectiva es un instrumento de la realización efectiva del valor superior de la justicia social, inherente al Estado Social de Derecho, que subordina al mercado a los criterios de justicia y ciudadanía social, sostenemos que se debe restituir plenamente el carácter normativo del convenio colectivo, dentro del marco jurídico de la Cláusula del Estado Social y del valor superior de la justicia social, está revestido de fuerza vinculante de modo que constituye norma jurídica del sistema de fuentes del derecho peruano —con el carácter de ley material— subordinada a la Constitución y a la ley en sentido formal regule la negociación colectiva. Asimismo, si el artículo 28. 2 de la Constitución de 1993 reconoce que la convención colectiva tiene la eficacia de una *ley material*, en consecuencia, hay fundamento constitucional para sostener que también son irrenunciables los derechos reconocidos en el convenio colectivo, conforme al artículo 26.2 de la Norma Suprema que prevé el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y *la ley*. En esa dirección la expresión *ley* no solo tiene el sentido de ley formal, de norma jurídica estatal, sino que debe interpretarse en el sentido más favorable al trabajador, esto es, como ley material.

La Constitución peruana de 1993 mantiene el reconocimiento del derecho de huelga en el párrafo inicial del artículo 28, juntamente con los derechos de sindicación y negociación colectiva. En su inciso 3 declara: “Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”. En la doctrina peruana, se ha destacado que, al otorgarse rango constitucional al derecho de huelga, se le confiere una protección especial que

corresponde a todos los derechos fundamentales. Asimismo, impone al Estado las obligaciones para que el mencionado derecho se pueda ejercer sin trabas y eficazmente, conforme al deber general que le encomienda el artículo 44 de la Norma Suprema de *garantizar* la plena vigencia de los derechos humanos. Se encuentra aquí la idea de que el principio del Estado Social sirve para justificar una diferencia de trato a favor de la parte más débil. En ese sentido, se conexas directamente con el valor superior de la igualdad material y con la Cláusula del Estado Social y con el derecho fundamental de participación en la vida económica y social de la Nación, previsto en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución. Asimismo, en la doctrina se afirma la relevancia de la relación del derecho fundamental de huelga con el principio de solidaridad —*de clase*—. Sobre la definición del derecho fundamental de huelga nuestro Tribunal Constitucional asume implícitamente que el mencionado derecho se basa en el valor superior de la igualdad sustantiva, propio del Estado Social por cuanto restablece el equilibrio entre partes desiguales. Asimismo, en el fundamento 40 de la sentencia del “*Caso Ley Marco del Empleo Público*” reconoce que la huelga como derecho no extingue la relación laboral ni genera responsabilidad por incumplimiento contractual. Por otro lado, el derecho de huelga no es ilimitado ni absoluto. El Tribunal Constitucional del Perú ha asumido dos tipos de límites de ese derecho: (i) Por razón de la persona: a) Los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (artículo 42 de la Constitución), b) Los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42 de la Constitución); c) Los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (artículo 153 de la Constitución); (ii) Por razón de la naturaleza del servicio: *los servicios públicos esenciales* declarados a nivel legislativo (STC Exp. 00025-2007-PI/TC, fundamentos 27-28).

En el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución peruana de 1993 se reconoce el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. En tercer párrafo del artículo 24 se prevé que las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones repre-

sentativas de los trabajadores y de los empleadores. Es un derecho que surge de las luchas obreras de la mitad del siglo XIX, es asumido también por la doctrina social de la Iglesia Católica, como “*salario justo*” desde la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII (1891) y fue asumido por el inicial Estado Social orientado a garantizar la procura existencial (supra 1.1.3 b)). Con relación a la remuneración equitativa y suficiente como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha destacado su conexión con los valores superiores de la dignidad humana y la igualdad, así como al derecho al desarrollo integral de la persona. Así, en la STC Exp. 04922-2007-PA/TC, de 21 de noviembre de 2007, “*Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT/Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas*” (fundamento 6).

Hay que resaltar la importancia de la remuneración mínima vital como derecho fundamental en un contexto en el cual el neoliberalismo aboga permanentemente por su eliminación. Se trata de un derecho que conforma lo que denominamos el Orden Público Social por su naturaleza imperativa de estándar mínimo por debajo del cual no se puede pactar. Así, lo reconoce el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 00027-2006-PI, “*Caso Colegio de Abogados de Ica contra el Congreso de la República*” (fundamento 16).

El artículo 10 de la Constitución de 1993 reconoce el derecho a la seguridad social como un derecho social de ciudadanía: “el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Asimismo, el artículo 11 de la Norma Suprema establece la obligación del Estado de garantizar y supervisar eficazmente el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

A nuestro juicio, la seguridad social es un derecho social a prestaciones positivas del poder público. Tiene una naturaleza jurídico-pública estricta. Es por ello que debe separarse a la seguridad social —de naturaleza pública— de las prestaciones del régimen privado. En ese sentido, asumimos el criterio de que las prestaciones del sector privado deben ser

complementarias al régimen público –como lo preveía la Constitución de 1979. Estas prestaciones están basadas en una lógica contractual privada y financiable con fondos privados y a cargo de los asegurados. Sin perjuicio de ello, hay que destacar la doctrina del Tribunal Constitucional del Perú sobre el derecho a la seguridad social y las pensiones. Así, en la STC Exp. 0050-2004-AI/0051-2004-AI/004-2005-AI/007-2005-AI/009-2005-AI, “*Caso Colegios de Abogados del Cusco y más de cinco mil ciudadanos cl. Congreso de la República*” que sostiene que la seguridad social es la garantía institucional que expresa la función del Estado (fundamento 54). En la STC Exp. 011-2002-AI, se destaca que la seguridad social es un sistema basado en el principio de solidaridad (fundamento 14).

Sobre el derecho a la pensión como prestación de procura existencial del Estado Social, se debe resaltar a la sentencia del “*Caso Ley de reforma constitucional de régimen pensionario y Ley N° 28449*” (fundamento 74). En la STC Exp. 1417-2005-AA/TC, “*Caso Manuel Anicama Hernández*”, en el fundamento 37 sostiene que el derecho de pensión “tiene una estrecha relación con el principio-derecho dignidad”.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA PROYECCIÓN GARANTISTA DEL
ESTADO SOCIAL EN LA TUTELA DE OTROS
DERECHOS FUNDAMENTALES

I. EL DERECHO SOCIAL AL MATRIMONIO IGUALITARIO Y A FORMAR UNA FAMILIA

El artículo 4 de la Constitución de 1993, dentro del capítulo II (“De los derechos sociales y económicos”) del Título I (“De la persona y de la sociedad”) protege a la familia y promueve el matrimonio. Declara que se reconocen a éstos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

El artículo 5 prevé que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en lo que sea aplicable.

A partir del texto constitucional los conservadores en materia de los derechos de las minorías sexuales sostienen que la Constitución no permite el matrimonio ni la unión civil entre personas del mismo sexo. En rigor, no hay una prohibición expresa del entonces inexistente matrimonio homosexual cuando se aprobó la Constitución de 1993. En consecuencia, en la actualidad, la interpretación constitucional tiene que

enmarcarse en los tratados internacionales de derechos humanos del que el Perú es Estado Parte.

El numeral 2 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos —Protocolo de San Salvador— reconoce el derecho de: “*toda persona a constituir familia*, el que se ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”⁵⁷³ (cursiva agregada). Por supuesto, la procreación no es un requisito para gozar de este derecho humano.

Asimismo, el derecho de igualdad previsto en el párrafo 2.2 del artículo 2 de la Constitución, que asumimos en el presente estudio como un valor superior del ordenamiento constitucional no admite discriminación por razón de orientación sexual.

En el Estado Social toda situación de desigualdad que se manifieste en una situación de debilidad o discriminación tiene relevancia constitucional⁵⁷⁴. Como resume De Cabo: el constitucionalismo del Estado Social —frente al derecho y constitucionalismo liberal— *es el constitucionalismo de la diferencia y de la igualdad*⁵⁷⁵.

Sobre el particular, la jurisprudencia supranacional de la Corte IDH en el “*Caso Atala Riffo e hijas versus Chile*”, sentencia de 24 de febrero de 2012, rechaza la discriminación basada en la orientación sexual y de la identidad de género de la persona y asume que no solo debe protegerse a la convivencia heterosexual sino también a las parejas homosexuales. Se fundamenta en que no existe un único concepto de familia, ya que se configuraría una injerencia arbitraria contra la vida privada (art. 11.2 de la Convención Americana) y una afectación al núcleo familiar (art. 17. 1 de la misma Convención). Así, se reconoció en el párrafo 177 a la convivencia homosexual como un tipo familia amparado por la Convención Americana⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Cfr. Plácido, Alex (2013) “El modelo de familia garantizado por la Constitución de 1993”. En: *Derecho PUCP*, núm. 71, Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 77 a 108.

⁵⁷⁴ Cabo Martín, Carlos de (2006) *Teoría constitucional de la solidaridad*, cit., p. 64.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁷⁶ El Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 06572-2006-PA, “*Caso Janet Rosas Domínguez*”, de 6 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 9,

En el derecho comparado, cabe citar la histórica sentencia en el Caso *Obergefell versus Hodges* (26 de junio de 2015) de la Suprema Corte de los Estados Unidos que declaró la legalización del matrimonio homosexual en toda la nación, al amparo de la Cláusula de *Equal Protection* contenida en la Décimocuarta Enmienda. En esta sentencia, la Corte —siguiendo la ponencia del *Justice Kennedy* a la cual se unieron *Gingsburg*, *Breyer*, *Sotomayor* y *Kagan*— sostuvo:

La naturaleza del matrimonio es que, mediante su lazo duradero, dos personas unidas pueden encontrar otras libertades, como las de expresión, intimidad y espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, cualquiera sea su orientación sexual.

La Corte determinó que “el derecho a casarse de las parejas del mismo sexo que es parte de la libertad prometida en la Enmienda Catorce, también deriva de la garantía de dicha Enmienda sobre protección igual por las leyes”. Así reconoció que la “dignidad igual a los ojos de la ley” de las parejas del mismo sexo es un derecho fundamental y que negar ese derecho sería “ridiculizar su elección y disminuir su personalidad”.

El *Justice Scalia* calificó a la sentencia como un “*putsch judicial*”. Así, irónicamente sostuvo que los cinco jueces que hicieron mayoría:

(...) han descubierto en la Enmienda Catorce un ‘derecho fundamental’ ignorado por cada persona viva al tiempo de la ratificación, y por casi todo el mundo desde entonces. Ellos ven lo que menos importantes mentes jurídicas —mentes como *Thomas Cooley*, *John Mashall Harlan*, *Oliver Wendell Holmes, Jr.*, *Learned Hand*, *Louis Brandeis*, *William Howard Taft*, *Benjamin Cardozo*, *Hugo Black*, *Felix Frankfurter*, *Robert Jacson* and *Henry Friednly*— no pudieron ver. Ellos están seguros de que el pueblo ratificó la Enmienda Catorce para otorgarles a ellos el poder de eliminar temas del

ha reconocido que: “Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser este un instituto ético-social se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales (...) Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas”.

proceso democrático cuando ello deriva de su ‘razonado juicio’. Estos jueces saben que limitar el matrimonio a un hombre y una mujer es contrario a la razón; ellos saben que una institución tan vieja como el gobierno mismo, y aceptada por todas las Naciones en la historia hace quince años, no puede ser apoyada por otra cosa que no sea la ignorancia y el prejuicio. Y están dispuestos a decir, que cualquier ciudadano que no esté de acuerdo con ello, que se refiera a lo que fue hasta hace quince años el juicio unánime de todas las generaciones y todas las sociedades es contrario a la Constitución.

Más allá de la ideología conservadora del *Justice* Scalia, no es exacto que la mayoría de la Corte haya descubierto un derecho fundamental. En rigor, lo ha extendido a minorías que por su orientación sexual estaban excluidas históricamente del derecho al matrimonio y a constituir una familia. El hecho de que se haya superado el concepto de matrimonio de anteriores generaciones, solo evidencia que las instituciones jurídicas no son inmutables y que el derecho recoge el cambio cultural del siglo XXI. Así, lo que en origen pudo no ser discriminatorio hoy sí lo es. El derecho debe preocuparse por su apertura a la realidad social así como la defensa de una justicia más material que formal⁵⁷⁷. Asimismo, Scalia desconoció un derecho arraigado en el constitucionalismo estadounidense como derecho natural: *la búsqueda de la felicidad*, derivado del racionalismo de la Ilustración⁵⁷⁸.

El *Justice* Roberts afirmó en su voto disidente que el matrimonio solo puede ser entre un hombre y una mujer por cuanto:

“(...) no surgió como consecuencia de un movimiento político, de un descubrimiento, de una enfermedad, de una guerra, de una doctrina religiosa, o de cualquier otra fuerza de la historia mundial –y

⁵⁷⁷ En ese sentido, mantiene su vigencia dentro de las concepciones sociologistas del derecho, el denominado “Movimiento del Derecho Libre”. Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique y otros. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, pp. 90-91.

⁵⁷⁸ Hobsbawm E., op. cit., p. 31: “Los derechos naturales del hombre no eran simplemente vida y libertad, sino también ‘la búsqueda de la felicidad’, que los revolucionarios, reconociendo con razón su novedad histórica (Saint Just), transformaron en la convicción de que ‘la felicidad es el único objeto de la sociedad”.

ciertamente no como resultado de una decisión prehistórica de excluir a los homosexuales y lesbianas. Surgió de la *naturaleza de las cosas* para satisfacer la necesidad vital de asegurar que los hijos fueran concebidos por una madre y un padre comprometidos a levantarlos en condiciones estables durante la vida de su relación” (cursiva agregada).

Con esa concepción del matrimonio basada en la “naturaleza de las cosas” se parte de la idea religiosa de que la finalidad histórica del matrimonio es la procreación. Empero, nadie sostiene que las parejas heterosexuales que no pueden procrear no gozan del derecho a casarse o que las parejas fértiles puedan decidir no tener hijos. De modo que ese argumento jurídicamente es muy feble. Así que el *Justice Roberts* afirma en su voto disidente que al invocarse la Décimocuarta Enmienda para el reconocimiento de un derecho fundamental implícito, se requiere que estos derechos:

(...) tengan raíces en la historia y tradición de nuestro pueblo es para asegurar que cuando jueces no electos anulan una ley sancionada democráticamente, lo hacen basados en algo más que sus propias creencias. La Corte hoy no solo repasó la completa historia y tradiciones de nuestro país, sino que la repudió activamente, prefiriendo vivir solo en los pesados días de aquí y ahora.

Sin embargo, la Corte asumió un criterio que tiene anclaje constitucional en el derecho de las personas a la procura de su felicidad y bienestar, hondamente enraizado desde la Declaración de 1787. Así, la Corte, sostuvo que “el propósito fundamental del matrimonio es el promover el bienestar de los que se casan”; el de “dar satisfacción emocional y promesas de apoyo en tiempo de necesidad” y que “beneficiando a las personas que escogen casarse, el matrimonio beneficia indirectamente a la sociedad porque las personas que vive una vida en relación estable, satisfactoria y de soporte hace mejores ciudadanos”.

Más relevante es el argumento en contra del *Justice Thomas*, en su voto disidente, al analizar el concepto de libertad contenido en la Décimocuarta Enmienda, afirma que la Constitución no ampara derechos “a beneficios gubernamentales” —derechos sociales en nuestro sistema jurídico— y que el matrimonio homosexual sería un derecho “a beneficios” derivado de la regulación del Gobierno:

(...) desde bastante antes de 1787, libertad ha sido entendida como libertad en relación con la acción gubernamental, *no como derecho a beneficios*. Los redactores crearon nuestra Constitución para preservar ese entendimiento de libertad. Sin embargo, la mayoría invoca nuestra Constitución en el nombre de una 'libertad' que los Redactores no hubieran reconocido, en detrimento de la libertad que ellos buscaron proteger (cursiva agregada).

En esa dirección, de negar derechos sociales fundamentales, los votos disidentes se basan en una tesis contraria al activismo judicial para la tutela de los derechos fundamentales. Es la tesis hamiltoniana de la democracia. Así, el *Justice Roberts* afirmó la necesidad de la restricción judicial:

(...) esta Corte no es una legislatura. Sea que el matrimonio del mismo sexo sea una buena idea ello debería estar fuera de nuestra preocupación. Bajo la Constitución, los jueces tienen el poder de decir que es la ley, no qué es lo que debe ser. El pueblo que ratificó la Constitución no autorizó a las cortes a ejercer la fuerza ni la voluntad sino solo su juicio.

El *Justice Alito* en su voto disidente argumentó a favor de la restricción judicial:

(...) La decisión de hoy muestra que décadas de intentos de restricción de los abusos de autoridad de esta Corte han fracasado. Una lección que alguien va a sacar de la decisión de hoy es que predicar sobre el método apropiado de interpretación de la Constitución o de las virtudes del autocontrol y humildad judicial no puede competir con la tentación de lograr lo que es visto por todos los medios prácticos como un fin noble. Yo no tengo dudas que mis colegas en la mayoría ven sinceramente en la Constitución una visión de libertad que coincide con la ellos mismos. Pero esta sinceridad es motivo de preocupación y no de seguridad. Lo que es evidente es lo hondo y quizás irremediable corrupción de nuestra concepción de cultura jurídica sobre interpretación constitucional.

El argumento de la legitimidad democrática⁵⁷⁹ para oponerse al activismo judicial es esgrimido en disidencia por el *Justice Scalia*:

⁵⁷⁹ Sobre el *argumento democrático* para oponerse al activismo judicial, Dworkin: Ronald, op. cit., p. 223 afirma: "Pero ésta es una posición que, como con frecuencia

La decisión de hoy dice que mi Gobernante, y el Gobernante de 320 millones de americanos de costa a costa es una mayoría de los nueve jueces de la Corte Suprema. La decisión en estos casos, es la última extensión de hecho –y la última extensión que uno pueda imaginar del poder que la Corte reclama para crear ‘libertades’ que la Constitución ni las enmiendas ni siquiera mencionan. Esta práctica de control de constitucionalidad por un comité no electo de nueve, siempre acompañada (como es hoy) de extravagantes admiraciones de libertad, le roba al Pueblo la libertad más importante que está en la Revolución de 1776: la libertad de gobernarse a sí mismo.

A diferencia del debate estadounidense, en nuestro ordenamiento constitucional, a nuestro juicio, que asume como valor superior la exigencia de respeto a la dignidad humana, (artículo 1 de la Constitución); de la igualdad (artículo 2. 1 de la Constitución) y al pleno desarrollo de la personalidad, (artículo 2.1 de la Constitución), en el marco de la Cláusula del Estado Social, se habilita al legislador y subordina a la judicatura a reconocer y tutelar derechos sociales fundamentales como el derecho al matrimonio y a constituir una familia por las parejas del mismo sexo.

Este reconocimiento se orienta a la tutela del bienestar de las parejas del mismo sexo como realidad social y proyecto de vida, cuyos derechos pueden interpretarse dinámicamente “*en la perspectiva de la opción más favorable a la persona*” como sostiene la jurisprudencia de la Corte IDH.

II. EL DERECHO SOCIAL A LA VIVIENDA

La Constitución peruana de 1979 reconoció el derecho a la vivienda en el artículo 18 (supra 2.4.1.). La Constitución de 1993 —en un claro

se ha señalado, pasa por alto el hecho que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría. El constitucionalismo –la teoría de que la mayoría hay que restringirla para proteger derechos individuales- puede ser una teoría buena o mala, pero es la que han adoptado los jueces en los Estados Unidos, y hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente o injusto. Es decir, que los principios de equidad no hablan en favor del argumento de la democracia sino en su contra”.

giro regresivo— suprimió el derecho social a la vivienda del texto de la Norma Suprema.

La reconstrucción de la Cláusula del Estado Social implica la restitución de este derecho social fundamental mediante el activismo del juez constitucional. En Alemania, cuyo texto fundamental no reconoce explícitamente el derecho a la vivienda, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal llegó a reconocer que la vivienda era un elemento central de la existencia humana y extrajo consecuencias de ello, por ejemplo, en los contratos de arrendamiento⁵⁸⁰. En Austria, Dinamarca y Reino Unido, no fue reconocido a nivel constitucional el derecho a la vivienda pero ello no impidió su articulación como un *servicio público esencial*⁵⁸¹.

Si bien la Constitución de 1993 eliminó el derecho fundamental a la vivienda, de su texto se puede encontrar el anclaje constitucional para la reconstrucción de este derecho social. Así, lo encontramos en la protección a la familia declarada en artículo 4 de la Constitución, en virtud de la cual el Estado tiene que atender o promover la construcción de viviendas para asegurar la función social de este instituto; en la Cláusula del Estado Social (artículo 43); el valor superior de la dignidad de la persona (artículo 1); el deber del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44); el ejercicio del derecho de propiedad en armonía con el bien común (artículo 70); la declaración de que la Constitución no ampara el abuso del derecho (artículo 103) y en consecuencia la prohibición del abuso del derecho de propiedad; y en el inciso 5 del artículo 192 que prevé que es competencia municipal la planificación del desarrollo urbano de sus circunscripciones.

Además, se puede asumir como un derecho constitucional implícito o innominado, al amparo del artículo 3 de la Constitución de 1993 que reconoce “otros que se funden en la dignidad del hombre”.

⁵⁸⁰ Pisarello, Gerardo (2014) “El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*, cit. p. 1909.

⁵⁸¹ *Ibíd*em, p. 1910.

Nuestro Tribunal Constitucional en la STC Exp. 007-2012-PI/TC, “*Caso Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo*” pronunciada el 26 de octubre de 2012, reconoció el derecho a la vivienda como un derecho innominado (fundamento 63). Asimismo, fundamentó el reconocimiento de ese derecho en el principio de interdependencia e integralidad en la interpretación de los derechos fundamentales:

(...) Así como ha sostenido con precisión Gerardo Pisarello ‘la pretensión de una vivienda adecuada en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho al trabajo, que se torna difícil de buscar, asegurar y mantener. Amenaza el derecho a la integridad física y mental que se encuentra en permanente jaque cuando se vive bajo la presión de un alquiler que no se puede pagar. Dificulta el derecho a la educación, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, impracticable en cobertizos abarrotados carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad. Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política’ (PISARELLO, Gerardo: *Vivienda digna para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria-Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Barcelona, 2003, p. 25 (fundamento 64).

Asimismo, como anota Gonzáles Barrón la intención del constituyente de 1993 de eliminar el derecho a la vivienda no se logró en razón que el Perú es Estado Parte de una serie de tratados internacionales de derechos humanos que reconocen y protegen el derecho a la vivienda: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 25.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1)⁵⁸².

Como señala el precitado autor hasta en los Estados Unidos se ha desarrollado jurisprudencia relevante que reconoce el derecho de acceder a la vivienda:

⁵⁸² Gonzáles Barrón, Gunther (2011) *Propiedad y Derechos Humanos. Superación del modelo liberal y codificado de propiedad*, cit., pp. 366-367.

Ni que decir de los Estados Unidos, en donde se admire una acentuada intervención estatal sobre el suelo a pesar de la ideología liberal. Hay un caso emblemático: Una ciudadana promedio, de raza negra, separada y con hijos, de escaso poder adquisitivo, no podía encontrar una vivienda adecuada en el Municipio de Mont Laurel, lugar de residencia de la familia desde hace siete generaciones, pues la zonificación nada había previsto respecto a viviendas de bajo costo. Pues bien, el tema llegó al Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que sentó jurisprudencia en los famosos casos Mont Laurel I y II (1975 y 1983), y por virtud de los cuales se impuso la obligación a las autoridades estatales y locales, de establecer garantías del derecho a una oportunidad realista de vivienda asequible. ¿Qué dirán ante ello nuestros neoliberales?⁵⁸³.

De gran impacto en la doctrina fue el “*Caso Grootboom*”, resuelto en 2000 por la Corte Constitucional de la República de Sudáfrica que reconoció la vulneración del derecho a la vivienda y dio lugar a que juristas como Cass Sustein asumiese la viabilidad de un rol activista de los jueces en la tutela de los derechos sociales⁵⁸⁴.

Asimismo, cabe citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el “*Caso James y otros c. Reino Unido*” (1986) en el que sostuvo que la legislación puede interferir en los términos contractuales para proteger el derecho a la vivienda:

(...) las sociedades modernas consideran que la vivienda es una necesidad social de primer grado cuya regulación no puede dejarse librada por completo a las fuerzas del mercado”. Así, reconoció al Estado “un margen de apreciación lo suficientemente amplio como para dar cobertura a legislación dirigida a asegurar una mayor justicia social en la esfera de la vivienda, *incluso dicha legislación interfiera con relaciones contractuales con los particulares* (cursiva agregada).

En el Perú supondría una revisión del artículo 62 de la Constitución que actualmente prohíbe que los términos contractuales pueden

⁵⁸³ Ibídem, p. 356.

⁵⁸⁴ Citado por Kresalja Baldo y César Ochoa, op.cit. Tomo I, p. 330. Cfr. Morales, Leticia (2015) *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, pp. 141-142.

ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier naturaleza. Sin perjuicio de ello, consideramos que en circunstancias extraordinarias de emergencia económica, la ley puede interferir y modificar los términos contractuales para tutelar el derecho fundamental a la vivienda, amparado por tratados internacionales de derechos humanos y por los valores superiores de justicia e igualdad sustancial de la Constitución. El fundamento de esta intervención se encuentra en el artículo 43 de la Norma Suprema que prevé que es deber del Estado promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

En materia de aplicación del PIDESC, se estima como contrarias al derecho a la vivienda y a las obligaciones del Pacto “medidas deliberadamente retrógradas” que generen “un declive de las condiciones de vida y vivienda”⁵⁸⁵. Así, sería del caso del recorte de las inversiones públicas para atender este derecho.

III. EL DERECHO SOCIAL AL AGUA POTABLE

La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró en la Resolución de 28 de julio de 2010: “el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

En la doctrina se afirma como fundamentos del derecho al agua y al saneamiento, el derecho a la vida, previsto en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los derechos a un nivel de vida adecuado y a la salud, amparados por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵⁸⁶.

Saura define el derecho al agua como el “derecho a disponer de agua potable continua y suficiente, segura y de calidad, asequible, económicamente y sin ningún tipo de discriminación, teniendo en cuenta la

⁵⁸⁵ Seatzu, Francesco, op.cit., pp. 604-605.

⁵⁸⁶ Saura Estapà, Jaume 2014 “El derecho humano al agua potable”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*, cit. p. 2008-2009.

sostenibilidad de los ecosistemas”⁵⁸⁷. Asimismo, conceptualiza el derecho al saneamiento “el derecho a la disponibilidad de instalaciones en las mismas condiciones de seguridad, calidad, asequibilidad y no discriminación, se refuerza con la dimensión de su aceptabilidad cultural”⁵⁸⁸.

En el derecho comparado, destaca la Constitución uruguaya, reformada en el año 2004, que establece en su artículo 47 que el acceso al agua potable y al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. En su inciso 3) el mencionado artículo prevé que los servicios públicos de saneamiento y de abastecimiento de agua para el consumo humano, serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales, prohibiendo así la privatización de la gestión de estos servicios públicos.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho al agua como un derecho constitucional innominado (STC Exp. 06546-2006-PA, de 7 de noviembre de 2007; STC Exp. 06534-2006-PA), de 15 de noviembre de 2007, STC; STC Exp. 0333-2012-PA/TC, de 30 de enero de 2014 y STC Exp. 057-2015-PA/TC, 6 de septiembre de 2018.

Finalmente, la Ley N° 30588, de reforma constitucional, publicada el 22 de junio de 2017, incorporó el artículo 7-A a la Constitución reconociendo el derecho fundamental al agua en los siguientes términos:

Artículo 7°-A.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SÉPTIMO

El artículo 4 de la Constitución de 1993 protege a la familia y promueve el matrimonio. Declara que se reconocen a éstos como institutos

⁵⁸⁷ *Ibíd.*, p. 2033.

⁵⁸⁸ *Ibíd.*, p. 2034.

naturales y fundamentales de la sociedad. A partir del texto constitucional se sostiene que la Constitución no permite el matrimonio ni la unión civil entre personas del mismo sexo. En rigor, no hay una prohibición expresa del inexistente matrimonio homosexual cuando se aprobó la Constitución de 1993. En consecuencia, en la actualidad, la interpretación constitucional tiene que enmarcarse en los tratados internacionales de derechos humanos del que el Perú es Estado Parte.

A diferencia del debate estadounidense, en nuestro ordenamiento constitucional, que asume como valor superior la exigencia de respeto a la dignidad humana, (artículo 1 de la Constitución) de la igualdad y no discriminación por orientación sexual o identidad de género (artículo 2.1 de la Constitución) y al pleno desarrollo de la personalidad, (artículo 2.1 de la Constitución), en el marco de la Cláusula del Estado Social, es viable que el legislador y la judicatura reconozcan y tutelen derechos sociales fundamentales como el derecho al matrimonio y a constituir una familia por las parejas del mismo sexo.

Como se destaca en la doctrina, el numeral 2 del artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos —Protocolo de San Salvador— reconoce el derecho de: “*toda persona a constituir familia*, el que se ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”. Así, los derechos sociales fundamentales como el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia, deben interpretarse dinámicamente “*en la perspectiva de la opción más favorable a la persona*” como sostiene la jurisprudencia de la Corte IDH.

La Constitución peruana de 1979 reconoció el derecho a la vivienda en el artículo 18. La Constitución de 1993 —en un claro giro regresivo— suprimió el derecho social fundamental a la vivienda. La reconstrucción de la Cláusula del Estado Social implica la restitución de este derecho social fundamental mediante el activismo del juez constitucional. Si bien la Constitución de 1993 eliminó el derecho fundamental a la vivienda, de su texto se puede encontrar el anclaje constitucional para la reconstrucción de este derecho social. Así, lo encontramos en la protección a la familia declarada en artículo 4 de la Constitución, en virtud de la cual el Estado tiene que atender o promover la construcción de vivien-

das para asegurar la función social de este instituto; en la Cláusula del Estado Social (artículo 43); el valor superior de la dignidad de la persona (artículo 1); el deber del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44); el ejercicio del derecho de propiedad en armonía con el bien común (artículo 70); la declaración de que la Constitución no ampara el abuso del derecho (artículo 103) y en consecuencia la prohibición del abuso del derecho de propiedad; y en el inciso 5 del artículo 192 que prevé que es competencia municipal la planificación del desarrollo urbano de sus circunscripciones. Asimismo, como se ha estimado en la doctrina, la intención del constituyente de 1993 de eliminar el derecho a la vivienda no se logró en razón que el Perú es Estado Parte de una serie de tratados internacionales de derechos humanos que reconocen y protegen el derecho a la vivienda: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 25.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1).

Nuestro Tribunal Constitucional en la STC Exp. 007-2012-PI/TC, “*Caso Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo*” pronunciada el 26 de octubre de 2012, reconoció el derecho a la vivienda como un derecho innominado (fundamento 63). Asimismo, fundamentó el reconocimiento de ese derecho en el principio de interdependencia e integralidad en la interpretación de los derechos fundamentales.

La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró en la Resolución de 28 de julio de 2010: “el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. En la doctrina se afirma como fundamentos del derecho al agua y al saneamiento, el derecho a la vida, previsto en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los derechos a un nivel de vida adecuado y a la salud, amparados por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. En la doctrina, se define el derecho al agua como el derecho a disponer de agua potable continua y suficiente, segura y de calidad, asequible, económicamente y sin ningún tipo de discriminación, teniendo en cuenta la sostenibilidad

de los ecosistemas”. Asimismo, conceptualiza el derecho al saneamiento “el derecho a la disponibilidad de instalaciones en las mismas condiciones de seguridad, calidad, asequibilidad y no discriminación, se refuerza con la dimensión de su aceptabilidad cultural”. En el Perú, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha reconocido el derecho al agua potable como un derecho constitucional innominado hasta que finalmente, la Ley N° 30588, de reforma constitucional, publicada el 22 de junio de 2017, incorporó el artículo 7-A a la Constitución reconociendo el derecho fundamental al agua potable.

CONCLUSIONES GENERALES

La Cláusula del Estado Social incorporada en la Constitución peruana de 1979 fue minimizada por el constituyente de 1993, en un proceso que hemos denominado de *deconstrucción* para convertirla en una fórmula retórica, mediante la eliminación de la función social de la propiedad y de la empresa, así como de la reformulación y —en gran medida— minimización de los derechos sociales fundamentales.

Con el restablecimiento de la institucionalidad democrática en el siglo XXI, en un proceso progresivo de desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional del Perú ha recuperado el sentido subyacente de la Cláusula del Estado Social, en materia de derechos económicos, sociales y culturales y en el régimen económico. Este proceso de reconstrucción de la Cláusula del Estado Social puede ser profundizado por el juez constitucional mediante la interpretación innovativa de los valores superiores positivizados explícita e implícitamente en la Norma Suprema, los tratados internacionales de derechos humanos y con la aplicación del Principio de unidad de la Constitución. En ese marco y dirección, proponemos que la judicatura cumpla un rol garantista de amplia tutela de los derechos económicos, sociales y culturales y de la función social del derecho de propiedad y de la libertad de contrato y de empresa.

A nuestro juicio, con la quiebra del capitalismo en su modelo neoliberal a nivel mundial, a raíz de la pandemia de 2020, resurgirá el Estado de Bienestar en los países desarrollados y en América Latina con el derrumbe del paradigma del Consenso de Washington, se reafirmará la necesidad de su efectiva edificación mediante el aumento de la presión tributaria y mayor gasto público —con cláusulas constitucionales de garantía— para asegurar la tutela efectiva de los derechos sociales fundamentales. En el Perú, además se hace imperativa una reforma de la Constitución en el capítulo de los derechos sociales y en el régimen económico y financiero.

BIBLIOGRAFÍA

- Abendroth, W. (1973). *Sociedad antagónica y democracia política. Ensayos sobre sociología política*. Grijalbo.
- Abendroth, W. (1986). “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”. En W. Abendroth, E. Forssthoﬀ y K. Doehring (eds.), *El Estado Social*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alvites, E. (2006). “Igualdad de derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado Social y Democrático”. En S. Mosquera (coord.), *El derecho fundamental de Igualdad*. Palestra.
- Alvites, E. (2010). “Perspectivas constitucionales sobre el derecho fundamental a la educación”. En *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Gaceta Jurídica.
- Aparicio Tovar, J. (2002). “El derecho a la protección a la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”. En: J. L. Monereo, C. Molina Navarrete y M. N. Molina (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Editorial Comares.
- Arce, E. (2010). “Derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga”. En *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Gaceta Jurídica.

- Arce y Flórez Valdés, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Civitas.
- Avendaño, J. (2003). “Definición de propiedad”. En: Walter Gutiérrez (dir.), *Código Civil Comentado*, Tomo V. Gaceta Jurídica.
- Barnés Vásquez, J. (1989). “La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza”. *Revista de Administración Pública*, No. 119, mayo-agosto, 269-311.
- Barquero, J. (2002). *La función del tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Barquín Álvarez, M. (1985). “Bases Constitucionales de la Empresa Pública”. En *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*. Editorial Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Benda, E. (1996). “El Estado Social de Derecho”. En Benda y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. IVAP-Marcial Pons.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bidart, G. (2005). “Una mirada constitucional al principio de la ‘buena fe’”. En M. Córdoba (Dir.) *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I. La Ley.
- Blancas Bustamante, C. (1993). “Las normas laborales del proyecto de nueva Constitución”. *Asesoría Laboral III*, núm. 34. Lima: Estudio Caballero Bustamante/Caballero, Obregón & Flores.
- Blancas Bustamante, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La Cláusula de Estado Social en la constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Blume Fortini, E. (2001). “Preámbulo de la Constitución del Perú”. En: A. Torres Moral y J. Tajadura (Dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*. CEPC.
- Blume Rocha, A. (2013). La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho: El debate respecto a la dificultad contramayoritaria. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, No. 6, 365-386.
- Bobbio, N. (1996). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Brañes R. (1982). Chile: la nueva constitución económica. Los modelos económicos neoliberales. *Comercio Exterior*, Vol. 32, No. 1, 36-42.
- Cabo Martín, C. de. (2006) *Teoría constitucional de la solidaridad*. Marcial Pons.

BIBLIOGRAFÍA

- Caldera, R. (1972) *Derecho del trabajo*, tercera reimpresión aumentada con trabajo del autor sobre los derechos sociales en la Constitución de Venezuela de 1961, Tomo I. El Ateneo.
- Carbonell, M. (2007). Lochner versus New York. Libertad contractual y derechos fundamentales. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, No. 9, 689-694.
- Carbonell, M. (2010). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina: apuntes para una discusión. *Pensamiento Constitucional*, No. 14, 11-31.
- Carmona Cuenca, E. (1999). *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Consejo Económico y Social.
- Cassagne, J. C. (2013). La permanencia del servicio público como institución jurídica. Crisis y metamorfosis. En *Derecho administrativo en el siglo XXI*, Vol. II. Adrus D & L Editores S.A.C.
- Cea Egaña, J. L. (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile.
- Céspedes Zavaleta, A. (2010). *El Estado Empresario. Verdades, mitos y conjeturas jurídicas*, Cap. I. Caballero Bustamante.
- Comanducci, P. (2010) *D.emocracia, derechos e interpretación jurídica. Filosofía y Teoría del Derecho. Ensayos de teoría analítica del Derecho*. ARA Editores.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 54. 30 de diciembre de 2009.
- Congreso de la República (s/f). *Asamblea Constituyente de 1978. Diario de los Debates*. Congreso de la República.
- Contreras Peláez, F. J. (1996) *Defensa del Estado Social*. Universidad de Sevilla.
- Cordero Quinzacara, E. (2006). La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. *Revista de Derecho*, Vol. 19, No. 1, 125-148.
- Correa Henao, M. (2008). *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Cortés, Juan Carlos (1994). “La huelga en la Constitución de 1993”. *Asesoría Laboral*, IV, núm. 37. Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.
- Cossío José Ramón (1989) *Estado Social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Courtis, C. y Abramovich, V. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Courtis, C. (2014). Los derechos económicos, sociales y culturales. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXIX. Los derechos económicos, sociales y culturales. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Chanamé, R. y Verástegui, S. (2014). El neoconstitucionalismo en un Estado Constitucional. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 17, 297-312.
- Delgado Güembes, C. (2013) Exceso y precariedad representativa: Apuntes para la comprensión de la Constitución políticamente representativa del Perú. *Pensamiento Constitucional*, 18, 47-88.
- Díaz, E. (1975). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. EDICUSA.
- Díaz Revorio, F. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Doehring, K. (1986). Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático. En W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring (eds.), *El Estado Social*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Durán Rojo, L. A. (2006). La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio. En *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Palestra.
- Dworkin, R. (2012) *Los derechos en serio*. Ariel.
- Espinoza Espinoza, J. (2003). La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público. En W. Gutierrez (dir.), *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo I. Gaceta Jurídica.
- Espinoza de los Monteros, J. (2013). La semántica de los derechos sociales y su inserción en la constitución democrática. En J. Espinoza de los Monteros y J. Ordóñez (dirs.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Fariñas Dulce, M. J. (2014). El origen de los derechos de los trabajadores: las Internacionales Obreras. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porrás (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo III: Siglo XIX, Vol. II, Libro

- I, Capítulo III. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Farjat, G. (1971). *Droit Economique*. Ed. Puf.
- Fernández Cartagena, J. (2006). La capacidad contributiva. En *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Palestra/PUCP.
- Fernández García, E. (2014). Los derechos humanos en el socialismo de la Segunda Internacional. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo III: Siglo XIX, Vol. II, Libro I, Capítulo XVII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Fernández García, E. (2014). El marxismo y los derechos humanos en el siglo XX. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. II, Capítulo II. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Fernández Liesa, C. (2014). Naciones Unidas, sociedad internacional y Derecho internacional de los derechos humanos. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro I, Capítulo II. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Fernández Segado, F. (1994). El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación de la Constitución de 1993. En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Comisión Andina de Juristas.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *Abuso del derecho*. Astrea.
- Ferrajoli, L. (1996). “El Estado constitucional hoy”. En *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). Los fundamentos de los derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.

- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid.
- Ferrajoli, L. (2014). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En: Luigi
- Ferrajoli, L. y Ruiz Manero, J. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Palestra Editores.
- Fix Zamudio, H. (1985). El Estado Social de Derecho en la Constitución mexicana. En *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*. Editorial Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Font Galán, J. I. (1979). Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Mercantil*, 152.
- Forrester, V. (1997). *El horror económico*. Fondo de Cultura Económica.
- Forsthoﬀ, E. (1986). Problemas constitucionales del Estado Social. En W. Abendroth, E. Forsthoﬀ y K. Doehring (eds.), *El Estado Social*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Forsthoﬀ, E. (1986). Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho. En: W. Abendroth, E. Forsthoﬀ y K. Doehring (eds.), *El Estado Social*. Centro de Estudios Constitucionales.
- García Novoa, C. (2011). La incidencia de la doctrina de la solidaridad en cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano para la creación y aplicación de normas fiscales. En M. Zavaleta Alvarez (dir.), *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Universidad San Martín de Porres-Fondo Editorial.
- Gamba Valega, C. (2007). Sobre el ITAN y el principio de capacidad económica- Una ‘conformidad’ difícil de comprender. En *Revista Peruana de Derecho Tributario*, 4.
- García Pelayo, M. (1991). *Obras Completas*, Tomo II: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Gargarella, R. (2013). Justicia dialógica y derechos sociales. En J. Espinoza de los Monteros y J. Ordóñez. *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Garrido Gómez, M. I. (2014). Garantismo, democracia y derechos fundamentales. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV: Siglo XX, Vol. II, Capítulo XV. Editorial Dykin-

- son/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Gomes Canotilho, J. J. (1988). Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1.
- González Moreno, B. (2002). *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Universidad de Vigo/Civitas.
- González Barrón, G. (2011). *Propiedad y Derechos Humanos. Superación del modelo liberal y codificado de propiedad*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Gray, J. (10 de abril de 2020). “Adiós globalización, empieza un mundo nuevo. O porqué esta crisis es un punto de inflexión en la historia”. *El País*. Enlace: <http://elpais.com/ideas/2020-04-11/adios-globalizacion-empieza-un-mundo-nuevo>
- Häberle P. (1997). Constitución y economía: Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. *Pensamiento Constitucional*, 4, 13-29.
- Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Habermas, J. (2012). *La Constitución de Europa*. Trotta.
- Habermas J. (2010). *Facticidad y Validez*. Trotta.
- Hayek, F. von (1978). *Derecho, legislación y libertad*, Vol. I (Normas y Orden) y Vol. III (El orden político de una sociedad libre. Unión Editorial.
- Heller H. (1985). *Escritos políticos*. Alianza Editorial.
- Herraiz, M. S. (1997) *Los complementos por mayor trabajo realizado*. Consejo Económico y Social.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Hobsbawm E. (2011). *Como cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011*. Crítica.
- Kaplan, M. (1985). Rectoría del Estado y Desarrollo en América Latina. En *Rectoría del Estado y Economía Mixta*, México D. F.: Editorial Porrúa/ Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Kelsen, H. (1985) *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Kennedy, D. (1982) *“Antonio Gramsci and the legal System”*. En: ALSA fórum, vol. 16, núm. 1, Boston.
- Küing, H. y Rinn-Maurer, A. (2008). *La ética mundial entendida desde el cristianismo*. Trotta.
- Kresalja, B. (2009). *Los derechos intelectuales en el Perú Republicano*. Duany & Kresalja Estudio de Abogados.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial PUCP.
- Laguna de Paz, J. C. (2000). *Televisión y Competencia*. La Ley.
- Landa, C. (2002). Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, 6, 109-138.
- Landa, C. (2010) Prólogo de *Interpretando la Constitución*. Palestra.
- Lema Añón, C. (2014) “El derecho a la salud en el siglo XX”. En: Gregorio Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV, Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXXIII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- León Barandiarán, J. (1930) *La Constitución alemana de 1919*. Lima. Impr. Minerva.
- León Florián, F. (2010). El derecho a la salud. En J. M. Sosa Sacio (coord.), *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos fundamentales desde las diversas especialidades del Derecho*. Gaceta Jurídica.
- León Vásquez, J. (2014). Entrevista al Profesor Häberle. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 7, 157-184.
- Lucas Verdú, P. (1955). *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*. Acta Salmanticensia.
- Llouredo Alix, L. M. (2014). La socialización del derecho: El antiformalismo jurídico y los derechos económicos, sociales y culturales. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. I, Cultura, Sociedad y Política en el siglo XX, Libro I, Capítulo XVI. Madrid: Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

BIBLIOGRAFÍA

- Madrazo, J. (1985). “La rectoría del Estado, la economía mixta y el régimen de la propiedad”. En: *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*. México D. F.: Editorial Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Martínez García, J. I. (2014). Liberalismo y derechos humanos. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig, C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. II, Ideologías Políticas y Derechos Humanos en el siglo XX. Capítulo I. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Monereo Pérez, J. L. (1996). *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Consejo Económico Social.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina, C. (2002). La cláusula transformadora: El principio de igualdad de oportunidades. En J. L. Monereo, C. Molina y M. Nieves (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Editorial Comares.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina, C. (2002). El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: Principios institucionales del mercado de trabajo”. En José Luis Monereo, Cristóbal Molina y María Nieves (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Granada: Editorial Comares.
- Monereo Pérez, J. L. (2002). El derecho a la negociación colectiva. En J. L. Monereo, C. Molina y M. Nieves (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Editorial Comares.
- Monereo Pérez, J. L. (2002). El derecho a la seguridad social. En J. L. Monereo, C. Molina y M. Nieves (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Editorial Comares.
- Morales, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Marcial Pons.
- Neira, H. (2009). *Hacia la tercera mitad. Perú XVI-XX. Ensayos de relectura herética*. Fondo Editorial de la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega.
- Neves Mujica, J. (2007). *Introducción del Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial PUCP.
- Nieto, A. (2012). *El desgobierno de lo público*. Ariel.
- Nino, C. S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea.

- Novoa Monreal, E. (1992). *Los resquicios legales. Un ejercicio de lógica jurídica*. Editorial Bat.
- Nussbaum, M. C. (2012). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós.
- Ojeda Avilés, A. (2002). La libertad sindical. En J. L. Monereo y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Editorial Comares.
- Oliva Martínez, D. (2014). De la negación al reconocimiento: los derechos específicos de los pueblos indígenas durante el siglo XX. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro II, Capítulo XXIII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Pareja Paz-Soldán, J. (1987). *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Editorial y Distribuidora de Libros.
- Parejo Alfonso, L. (1983). *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Civitas.
- Parejo, L. (2004). Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *UNED*, 7, 51-68.
- Peces-Barba, G. (1993). Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. En *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Peces-Barba, G. (2002). *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Cuadernos Bartolomé de las Casas/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Dykinson.
- Peces-Barba, G. (2014). Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo III: Siglo XIX, Vol. I, Libro II. Capítulo XXVIII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Pemán Gavín, J. (1985). La reforma sanitaria en Italia. *Revista de Administración Pública*, 106, 323-395.

BIBLIOGRAFÍA

- Peña Jumpa, A. (2009). El derecho a la consulta previa tras los sucesos de Bagua: la aplicación sistemática de la Constitución Política del Perú y el Convenio Internacional 169 de la OIT. *Ius Inter Gentes*, 6, 129-140.
- Peña Jumpa, A. (2013). Comunidades Campesinas y Nativas. En W. Gutiérrez (dir), *La Constitución comentada. Artículo por artículo*, Tomo I. Gaceta Jurídica/Congreso de la República del Perú.
- Pérez Hualde, A. (2007). La raíz constitucional de la protección del usuario de los servicios públicos. En *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Palestra.
- Pérez Luño, A-E. (1993). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.
- Pérez Luño, A-E. et al. (1997). *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Tecnos.
- Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, J. M. (2014). Los derechos fundamentales en Iberoamérica .Independencia y Constituciones. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo III: Siglo XIX, Vol. III, Capítulo XLVIII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Petit Guerra, L. (2015) *El Estado Social. Los contenidos constitucionales de los derechos sociales*. Editorial jurídica Venezolana/Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.
- Pisarello, G. (2014). El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXIX. Los derechos económicos, sociales y culturales. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Plácido, A. (2013). “El modelo de familia garantizado por la Constitución de 1993”. En: *Derecho PUCP*, 71, 77-108.
- Polanco Ramírez, A. L. (2013). El difícil camino de la legalidad. Vigencia y validez de los resquicios legales y su aplicación en el programa económico de Salvador Allende. Chile, 1970-1973. *Revista Historia y Justicia*, 1, 1-31.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Palestra.

- Prebisch, R. (1981). *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*. Fondo de Cultura Económica.
- Predieri, A. (1977) “Régimen Económico y Social en la Constitución Italiana”. En L. Sánchez Agesta (ed.), *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Prieto Sanchís, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Palestra/Temis.
- Quintana Sánchez, E. (26 de septiembre de 2011) “Una nueva mirada a la actividad empresarial del Estado”. *ConexiónEsan.com*. Enlace: <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2011/09/26/una-nueva-mirada-a-la-actividad-empresarial-del-estado/>
- Quiñones Alayza, M. (2012). Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 12, 65-73.
- Quiroz, Alfonso W. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos/Instituto de Defensa Legal.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica.
- Real Alcalá, A. del (2014). El derecho a la identidad cultural: Criterios de fundamentación. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXX. Los derechos económicos, sociales y culturales. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Rey Cantor, E. y Margarita Rey Arana, A. (2014). De la supremacía de la Constitución a la supremacía de la Convención americana sobre derechos humanos. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro II, Capítulo XVI. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

- Ríos Zamudio, J. L. “Marco constitucional de la rectoría económica del Estado Mexicano”, p. 11. Enlace: <http://www.cumed.net/coursecon/ecolat/mx/2009/jlrz.html>
- Rochabrún, G. (2007). *Batallas por la teoría. En torno a Marx y el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Rodríguez Palop, M. (2006). El derecho a la paz. Un cambio de paradigma. En I. Campoy Cervera, J. L. Pérez y M. E. Rodríguez Palop (eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos, reflexiones sobre el derecho a la paz*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III/Dykinson.
- Rotondo, F. (2013). Los principios de los servicios públicos. En *Derecho Administrativo en el siglo XXI*, vol. II. Adrus D & L Editores S.A.C.
- Rubio Llorente, F. (1997). La interpretación constitucional. En *La Forma del Poder, estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz Molleda, J. C. y Andrés Roel Dávila, L. (2011). *Manual de herramientas legales de operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Instituto de Defensa Legal.
- Sainz Moreno, F. (1977). Orden Público Económico y restricciones de la competencia. *Revista de Administración Pública*, 84, 597-644.
- Salazar Ugarte, P. (2011) *El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente*. UNAM. *Doxa*, 34, 289-310.
- Salmón, E. (2010) *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*. Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ.
- Sánchez Albavera, F. (1989) “Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución”. En *La Constitución diez años después*. Constitución y Sociedad.
- Saura Estapà, J. (2014). El derecho humano al agua potable. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y C. Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV: Siglo XX, Vol. VI, Libro III, Capítulo XXX. Los derechos económicos, sociales y culturales. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

- Seatzu, F. (2014). El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y la vigilancia de su aplicación. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García, R. de Asís Roig, F.J. Ansuátegui Roig y Javier Dorado Porras (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV: Siglo XX, Vol. III, Libro I, Capítulo VIII. Editorial Dykinson/Fundación Gregorio Peces-Barba/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Serna, P. (1994). Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información. *Humana Iura*, 4, 197-234.
- Tribe, L. y Dorf, M. (2010). *Interpretando la Constitución*. Palestra.
- Sotelo, I. (2002). Crisis del Estado y Crisis de la Democracia. En *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Vol. I. Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sotelo, I. (2010). *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Fundación Alfonso Martín Escudero/Editorial Trotta.
- Souza, M. de L. (1998). Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV, pp. 233-256. www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142382.pdf
- Souza, M. de L. (2001). Introducción. *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Ilsa/Universidad Nacional de Colombia,.
- Toyama, J. (2010). Derechos laborales individuales y Tribunal Constitucional. En *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Gaceta Jurídica.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2004). La Constitución: entre la historia y el derecho. Entrevista con E. W. Böckenförde (realizada por B. Alaez Corral). *Historia Constitucional* (revista electrónica), 5. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2161292.pdf>
- Vásquez, M. (2006). La educación como derecho humano en el marco de las Naciones Unidas. En L. M Naya, L.M. y P. Dávila (coords.), *El derecho a la educación en un mundo globalizado*. Tomo I, San Sebastián: EREIN.
- Vega García, P. de (1988). La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social". En: *Derecho y Economía en el Estado Social*. En: J. Corcuera y M. A. García Herrera (eds.), *Derecho y Economía en el Estado Social*. Tecnos.

Viciano Pastor, R. y Serra Cristóbal, R. (2006). En J. L. Monereo *et al.* (dirs.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Editorial Comares.

Vidiella, G. (2000). *El derecho a la salud*. Eudeba.

Vilela, J. E. (2012). El derecho a la educación como servicio público y como derecho del consumidor susceptible de protección. En: O. Vignolo y R. Jiménez (coords.), *Homenaje a Allan Brewer Carías. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*. Ius et Veritas/Ediciones Legales.

Villavicencio, A. (1999). *La libertad sindical en el Perú*. OIT.

Wroblewski, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas.

Zagrebelsky, G. (1995) *El derecho dúctil*. Trotta.

Zegarra, D. (2008). *El servicio público. Fundamentos*. Palestra.

Zolo, D. (2007) Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los 'derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.,
por encargo de PALESTRA EDITORES S.A.C.

Se utilizó la Adobe Garamond Pro
en 10.5 puntos para el cuerpo del texto.

Noviembre, 2020

