

MÁSTER UNIVERSITARIO  
Democracia y Buen Gobierno



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

TRABAJO FIN DE MASTER

**LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS  
FUNDAMENTALES: FUNDAMENTOS,  
FACTIBILIDADES Y ALCANCES DE UN ESTADO  
SOCIAL MÍNIMO**

AUTOR

**JUAN JOSÉ JANAMPA ALMORA**

DIRECTORA

**DRA. MERCEDES IGLESIAS BÁEZ**

Salamanca, 2015

Para mis padres: Don Juan E.  
Janampa Janampa y Doña  
Ana María Almora Morales,  
por todo

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad invitar a la reflexión y proponer un nuevo enfoque de los derechos sociales como derechos fundamentales, que busca poner en relieve el mínimo existencial de los derechos sociales a través de las normas *prima facie* y el principio de proporcionalidad como el gran definidor gradual de la temperatura social.

Teniendo los instrumentos jurídicos pertinentes proporcionados por la dogmática jurídica nos adentraremos en la nebulosa fáctica y normativa de los derechos sociales en el Perú. De ello se rescatará un síntoma proporcionado no solo por el legislador y el ejecutivo, sino también por Tribunal Constitucional peruano.

El objetivo de este análisis normativo y jurisprudencial, unido a un análisis comparativo con otros modelos, nos hará notar si realmente nos encontramos a la vanguardia en la tutela del mínimo existencial de los derechos sociales fundamentales.

Así se ha podido notar que si bien el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado por ciertos derechos sociales, a través del proceso de amparo y el proceso de inconstitucionalidad -sentencia estructural-, inclusive señalando cuál es el contenido esencial del derecho, no obstante no ha respondido uniformemente en todos los derechos sociales fundamentales que se contemplan en la Constitución, situación que no solo conlleva a vaciarlos de contenido, sino también desahuciar al Estado Social del marco del Estado Constitucional de derecho.

Sin embargo, la no protección de los derechos sociales no responde a un déficit del rol del Tribunal Constitucional en el Estado Constitucional, sino es un problema de personas que se encuentran temporalmente en el cargo. De modo que se debe confiar en el Juez Constitucional, que vendría a ser la única alternativa de salida ante las democracias inacabadas, voluntades limitadas de los actores políticos y problemas endémicos de los Estados desestructurados y fallidos.

En síntesis nuestra evaluación comporta una propuesta nada reduccionista de los derechos sociales. En este sentido, propendemos por un Tribunal más activo y deliberativo al momento de garantizar el cumplimiento de la Constitución peruana (en adelante CP); tutelar el goce del mínimo existencial o contenido constitucionalmente protegido de los derechos sociales fundamentales, y con ello, el acceso a los derechos

sociales fundamentales a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones; controlar a los poderes del Estado al momento de establecer las disposiciones legislativas y reglamentarias se encuentren en consonancia con el principio de progresividad reconocido en la CP, y avalar finalmente el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos sociales.

<b>ÍNDICE GENERAL</b>		Pág.
ABREVIATURAS		6
INTRODUCCIÓN		7
 <b>CAPÍTULO PRIMERO</b> <b>MARCO TEÓRICO</b>		
<b>LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES</b>		14
1. HACIA UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL		14
2. OBJECIONES A LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES		27
2.1 Caracterización de los derechos sociales. Sobre la distinción entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales		27
2.2 Supuestas diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales		32
2.2.1 Los derechos sociales tienen un carácter indeterminado (no son derechos fundamentales)		32
2.2.2 La crítica al planteamiento de la indeterminación		35
2.2.3 Los derechos sociales son costosos y dependen de la capacidad económica del Estado (no son derechos fundamentales)		41
2.2.4 La crítica al planteamiento del carácter costoso de los derechos sociales		47
2.2.5 Los derechos sociales no son auténticos derechos subjetivos (no son derechos fundamentales)		52
2.2.6 La crítica al planteamiento de la negación en la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivo		57
 <b>CAPÍTULO SEGUNDO</b> <b>EL VALOR JURÍDICO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA</b> <b>CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA</b> <b>DE 1993</b>		
1. TEORÍAS EN RELACIÓN A LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO – DERECHOS SOCIALES		68
<b>1.1</b> Las disposiciones iusfundamentales de prestación como normas programáticas		72
<b>1.2</b> Las disposiciones iusfundamentales de prestación como normas fines del estado		75

<b>1.3</b> Las disposiciones iusfundamentales de prestación como mandatos objetivos	76
<b>1.4</b> Las disposiciones iusfundamentales de prestación como normas que estatuyen posiciones jurídicas definitivas	79
<b>1.5</b> Las disposiciones iusfundamentales de prestación como normas que estatuyen posiciones jurídicas <i>prima facie</i>	
<b>2. EL VALOR JURÍDICO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993: UN ANÁLISIS COMPARATIVO</b>	82
<b>2.1</b> Los derechos sociales en la Constitución española de 1978	82
<b>2.2</b> Los derechos sociales fundamentales en la Constitución peruana de 1993	94
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
<b>LA BÚSQUEDA DEL ESTADO SOCIAL MÍNIMO A PARTIR DE LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN Y EL ACTIVISMO JUDICIAL DIALOGICO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO</b>	
<b>1. LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN EN EL PERÚ – DERECHOS SOCIALES-</b>	114
1.1 La justificación en la protección judicial de los derechos sociales por la vía judicial	114
1.2 Los derechos sociales como normas <i>prima facie</i> y el mínimo existencial	118
1.3 Casos jurisprudenciales de protección judicial de los derechos sociales	131
1.4 La protección judicial internacional de los derechos sociales	135
<b>2. LA EXPERIENCIA DEL ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO COMO UNA ALTERNATIVA EN BUSCA DEL ESTADO SOCIAL MÍNIMO EN EL PERÚ</b>	140
2.1 Crítica y justificación del activismo judicial mediante las sentencias estructurales	145
2.2 Obligaciones de las disposiciones prestacionales	154
2.3 Casos jurisprudenciales de activismo judicial	156
2.4 Retos sobre la protección de los derechos sociales fundamentales en el Perú	164
<b>CONCLUSIONES</b>	168
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	175

## ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CE	Constitución Española de 1978
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Constitución Peruana de 1993
CPC	Código Procesal Constitucional del Perú
DCP	Derechos Civiles y Políticos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PBI	Producto Bruto Interno
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
TCE	Tribunal Constitucional de España
UDFT	Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana

## INTRODUCCIÓN

El problema básico en la actualidad de los derechos sociales en el Estado Constitucional es, sin lugar a dudas, un problema de crisis económica y sistémica, que casusa replica en las normas constitucionales y un deterioro en las categorías dogmáticas. Esta situación conlleva a una falta de convergencia en un concepto de derechos sociales y una Teoría General de los derechos fundamentales que integre justamente a los derechos sociales. De modo que los ideales contrapuestos a ellos prefieren el monopolio antes que ceder para avanzar conjuntamente.

En éste contexto donde es latente la crisis del Estado Social y, donde todavía, no tiene el escenario, ni las luces y mucho menos la oportunidad para consolidarse, es qué se considera al Estado Constitucional como un concepto inacabado. El Tribunal Constitucional quien vendría a ser el protagonista principal de este cambio tampoco ha hecho alarde de sus facultades y si lo ha hecho ha sido tenuemente, sin consecuencias fácticas en la sociedad, pasando desapercibido, este último, por la miopía de ciertos sectores enfocados más en la falacia de la libertad e igualdad formal, como en una democracia formalista, principios éstos que coadyuvan a la exclusión de los derechos sociales como derechos fundamentales.

En este contexto, se presenta el trabajo de investigación que pretende ser, pues, una contribución a la lucha por el Estado social, o al menos por un Estado social mínimo, y sus consideraciones, cuando no sus “denuncias”, si bien son de vital importancia dentro del contexto de la realidad peruana y Latinoamericana, en general, comportan también un interés para todos los Estados constitucionales, que incluso en el ámbito europeo “sacrifican” al Estado social. De la misma forma que no es posible jurídicamente mantener la divisibilidad de los derechos, no es posible mantener un Estado constitucional huido de la Sociedad. Esta investigación permitirá demostrar que los derechos sociales representan el cimiento de una sociedad sin exclusiones y con dignidad y que para mantenerlos es necesario un costo económico. Es decir, el Estado constitucional, tiene un precio.

Actualmente la situación de los derechos sociales en Latinoamérica y en el mundo se ha puesto en un segundo plano, dependiente de la mercantilización. Este trabajo hará una reflexión sobre la situación de los derechos sociales, para reivindicar su indivisibilidad o su consideración al mismo nivel que los derechos civiles y políticos, así



como que su promoción y protección se reflejen frente a ideales sesgados con fines generalmente individualistas y liberales.

Latinoamérica y el Perú no pueden postergar la eficacia de los derechos sociales. Los indicadores arrojan una enfermedad crónica que necesita de estos insumos vitales, sustentados en principios como la solidaridad y la igualdad. Esta investigación representa un modelo para que otros Estados prevengan seguir el prototipo Latinoamericano, lo que importaría en gran medida a fin de tomar “en serio” los derechos sociales. Para ello pasaremos a desarrollar la problemática que comporta.

La sociedad peruana actualmente convive con altos índices de pobreza y desigualdad social, tanto en los sectores urbanos como en los rurales, generándose una amplia brecha económica en las estratificaciones sociales. Ello es producto de muchos factores, entre ellos, la presencia de fallas estructurales del Estado, burocracias con capacidad y voluntad limitadas, un Estado fragmentado con democracias inacabadas y patologías puntuales y endémicas.

Esta situación ha ocasionado generalmente exclusiones en la garantía al acceso a prestaciones básicas como a una salud adecuada y de calidad, una educación adecuada, una vivienda digna y una alimentación suficiente, de modo que se recrudecen las llagas que originan la pobreza y la desigualdad social.

Este problema se vuelve insoportable y endémico para la sociedad peruana cuando el Estado, aún disponiendo de capacidad suficiente para revertir esta situación crítica de la sociedad y del viento favorable de las condiciones económicas, políticas, técnicas y fiscales –un crecimiento en recaudación del 14% al 17% con relación al PBI en el periodo 2009-2013, que representa uno de los índices más altos de la región-, omite por propia voluntad la garantía del mínimo existencial o contenido esencial de los derechos sociales fundamentales que se encuentran reconocidos en la CP.

Nuestro tiempo es el del Estado Constitucional, el que ha venido a reemplazar la concepción del Estado de derecho. Este cambio no solo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigma con todo lo que ello significa y trae consigo. Es por ello que en un Estado Constitucional la función de salvaguarda de la Constitución se encuentra reservada al Tribunal Constitucional donde el juez deja de ser la boca de la ley para convertirse en boca de la Constitución, en ese sentido, se altera el papel de la jurisdicción y el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la

denuncia de la inconstitucionalidad de la ley, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. Por ello tiene la trascendental labor de realizar los principios y valores constitucionales.

Dada la problemática institucional de los poderes del Estado (legislativo-ejecutivo) en la protección de los derechos sociales fundamentales, no se encuentra mejor alternativa que asignarle el rol de control de la constitucionalidad de las leyes al Tribunal Constitucional, tal como está dispuesto en la CP, con la finalidad de corregir las deficiencias de los poderes públicos. De esta manera, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de garantizar el cumplimiento de la CP; tutela el goce del mínimo existencial o contenido constitucionalmente protegido de los derechos sociales fundamentales, y con ello, el acceso a los derechos sociales fundamentales a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones; controla que los poderes del Estado al momento de establecer las disposiciones legislativas y reglamentarias se encuentren en consonancia con el principio de progresividad reconocido en la CP, y avala finalmente el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos sociales.

Es así que el Tribunal Constitucional ha venido actuando bajo dos perspectivas: por un lado, mediante el proceso de amparo y, por el otro, a través del proceso de inconstitucionalidad. En relación a la protección judicial de los derechos sociales por la vía judicial –proceso de amparo- el Alto Tribunal ha sido activo en cuanto a ciertos derechos sociales –derecho al trabajo (despido arbitrario), derechos sindicales, derecho a la consulta, derecho a la pensión, y en algunas cuestiones, en materia de salud como los supuestos en los que la prestación es urgente. Sin embargo, no se ha pronunciado sobre otros derechos sociales que tienen la misma o mayor importancia como el derecho a la educación, a la vivienda, a la alimentación y vestido, y aunque si bien los dos últimos no se encuentren reconocidos en la Constitución, existe la posibilidad de que puedan ser reconocidos a través de la cláusula abierta de los derechos fundamentales. En relación al proceso de inconstitucionalidad el Tribunal ha protegido únicamente el derecho a la protección a la salud mediante las denominadas sentencias estructurales, de modo que por este medio tampoco se ha pronunciado sobre otros derechos sociales fundamentales.

Por ello es pertinente que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre los demás derechos sociales fundamentales a fin de corregir ciertas omisiones y actuaciones de los poderes legislativo y ejecutivo. Más aún cuando en la sociedad coexisten problemas

sociales como la pobreza y la desigualdad social que aquejan constantemente a las familias peruanas.

En síntesis, el tema de investigación nos llevará a comprobar si podemos conseguir un Estado social mínimo en el Perú a través de una adecuada protección judicial mediante el proceso de amparo y por intermedio del control de constitucionalidad de la ley, especialmente con las sentencias estructurales, a fin de paliar las consecuencias de la pobreza y la desigualdad social.

La metodología empleada en el presente trabajo se basa en un análisis deductivo, el cual parte de las posturas doctrinarias atinentes a una teoría de los derechos sociales fundamentales en el Estado Constitucional, para descender a la realidad peruana mediante un análisis normativo y jurisprudencial sobre las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, con la finalidad de formular una postura sobre el Estado Social Mínimo.

Para ello hemos dividido el presente trabajo de investigación en tres capítulos. En el Capítulo I, consideramos necesario adentrarnos en el siempre complejo territorio de la teoría general de los derechos fundamentales, no sin antes echar una breve mirada histórica sobre el surgimiento y fundamentación del Estado social en el devenir del Estado constitucional. No cabe duda de que la forma original del Estado constitucional como Estado liberal de Derecho ha determinado, en buena parte de forma negativa, la lucha por el Estado social. En este primer Capítulo abordamos, pues, la virtualidad de la fórmula de las “generaciones de derechos” y la tradicional discusión acerca de la confrontación entre el Estado de derecho y el Estado social. Nuestra posición, ya advertimos, no es en ninguna medida reduccionista, pues entendemos que el Estado social también tuvo su “momento revolucionario”, y que como toda revolución constitucional tuvo mucho de pacto y evolución y menos de ruptura o liquidación de un régimen. En este punto debemos destacar que el Estado social es una evolución “resistente” y a la vez necesaria del Estado Liberal, que se encontraba en crisis producto de los cambios en las estructuras sociales.

Más adelante el trabajo aborda distintas cuestiones de dogmática de los derechos como el fundamento, la estructura, y el concepto de los derechos sociales. Esta parte de la investigación puede ser calificada como un “status questionis” sobre la dificultad de la aprehensión normativa de los derechos sociales. En relación al fundamento se han considerado dos propuestas significativas para justificar la fundamentación normativa de los derechos sociales: la primera se encuentra relacionada con una fundamentación

independiente, esta viene a ser aquella que considera a los derechos sociales como fines en sí mismos, y no meramente como presupuestos o medios indispensables para el ejercicio de las libertades o los derechos políticos. La segunda alude a la consideración de los derechos sociales como instrumento o medio para garantizar el ejercicio de la libertad real o fáctica, es decir, la libertad jurídica que se entiende como hacer u omitir algo no tiene sentido sin libertad fáctica, esto es, sin la posibilidad de elegir entre lo permitido. Asimismo bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica no encuentra sustrato material en un ámbito dominado por ellos, sino que depende de actividades esencialmente estatales. Cuando, por otra parte, abordamos la estructura de los derechos sociales se ha dado cuenta de cómo la doctrina ha llegado a concluir que los derechos sociales tienen una doble faceta, es decir, tienen una dimensión negativa y otra positiva. Sin embargo, el trabajo de investigación desvela el carácter poliédrico de los derechos sociales. Para Alexy los derechos a acciones positivas se deben dividir en derechos a protección en sentido amplio, derechos a la organización y al procedimiento, y los derechos prestacionales en sentido estricto, que no serían sino los derechos sociales. Nuestra posición, como se verá, es la de optar por el concepto de derechos sociales como derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares.

Concluimos este apartado defendiendo la tesis de que los derechos sociales son derechos fundamentales. Sin embargo, para cierto sector de la doctrina –visión liberal- hay diferencias sustanciales entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Son los “mitos” que arrastran los derechos sociales, que entre el Derecho y la Política, cuando no la más desnuda ideología, vienen a mostrar la tan denunciada debilidad normativa de los derechos sociales, ya sea aludiendo a que estos últimos vendrían a ser derechos indeterminados, costosos o que no gozarían del carácter subjetivo. Analizamos cada una de las objeciones sobre los derechos sociales, y cada una de ellas es rebatida. En nuestra opinión entre ambas categorías solo hay diferencias de grado, de modo que todos los derechos son indeterminados y costosos, y que no es posible sin más hablar del carácter subjetivo, sin ninguna matización.

En el Capítulo II se aborda la clasificación de las disposiciones de los derechos fundamentales de prestación, en la cual se considera a las disposiciones como normas programáticas, como normas finales, como mandatos objetivos y como normas

definitivas. Esta diferencia nos servirá para encontrar el valor jurídico de las disposiciones iusfundamentales de prestación tanto de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) como de la CP de 1993. En síntesis, se ha señalado que las disposiciones de la CE están surtidas de una serie de normas que van desde los mandatos objetivos hasta las normas directrices o informadoras (programáticas), pasando por las garantías institucionales y las normas de igualdad. De modo que en España los derechos sociales no son derechos fundamentales, sino mandatos objetivos, a excepción de algunos como la educación, el trabajo, la huelga, que sí serían derechos fundamentales.

Por otro lado, en el caso peruano, se señalará cuál es el valor normativo o jurídico de las disposiciones. Según el estudio se podrá advertir una división entre normas-fin (directrices) y las normas- principio, a esta última pertenecerían los derechos sociales que según lo dispuesto por el TC peruano, sí serían derechos fundamentales de configuración legal y cuya naturaleza comporta un derecho público subjetivo. En todo caso, el carácter de fundamental ha sido asignado por el constituyente y reafirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. También se le ha dado la cualidad de ser exigibles y justiciables ante la jurisdicción a través del proceso de amparo o la acción de inconstitucionalidad, de modo que gozan de una protección no solo de las garantías primarias sino también de las secundarias. Bajo este escenario el TC peruano ha optado en los últimos tiempos por la tutela del derecho social mediante la sentencia estructural, generando reacciones contrarias en cierto sector de la doctrina. La situación actual por la que atraviesa la sociedad y el Estado peruano hacen necesario su alcance con la finalidad de paliar la desigualdad y acceso a los servicios básicos y de esta manera corregir ciertos errores en las políticas públicas.

Y por último en relación al Capítulo III analizaremos si realmente el Tribunal Constitucional está actuando como el garante de los derechos sociales fundamentales reconocidos en la CP y si a través de él se puede buscar alternativamente el Estado Social mínimo que todos anhelan. En un inicio se hará una descripción de la situación social y económica en el Perú donde se relacionará la intervención inmediata del Estado ante situaciones de alto nivel de pobreza y desigualdad social. Con ello postularemos a las disposiciones de los derechos sociales como normas *prima facie* y su necesidad de protección del mínimo existencial a través del principio de ponderación, observando de esta manera cómo ha actuado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y hasta qué punto se ha pronunciado sobre el contenido mínimo o esencial de los derechos sociales

fundamentales. Estudiaremos si el Tribunal lo ha hecho de manera autónoma o a través de la conexidad de los derechos. Asimismo daremos unas breves pinceladas en relación al ámbito internacional en la protección de los derechos sociales y la vinculación u obligación que esta comporta para el Estado peruano, observando si realmente está cumpliendo con sus obligaciones internacionales. Haremos un análisis de cómo la obligación de progresividad y el agotamiento del máximo de los recursos son tomados en cuenta por el Estado.

Más adelante consideraremos ciertos estudios sobre la situación social y económica del Perú para sostener que actualmente en el Perú las voluntades políticas son limitadas en materia de derechos sociales, y que el Perú responde a la idea de una sociedad mal organizada, con democracia inacabada y Estado fallido. Esta situación permitirá el estudio y la justificación de la intervención del Tribunal Constitucional peruano en el control de constitucionalidad de la ley y con ello la sentencia estructural que ha venido a destacar últimamente. Se trata pues de medir la contribución del Tribunal constitucional en su labor de garante del Estado Constitucional. No cabe duda de que el Estado social es un presupuesto del Estado democrático de Derecho y que la situación del Perú requiere una actuación del Tribunal que revierta las omisiones del legislador, una actuación, en definitiva, que ayude a construir una sociedad decente.

# CAPÍTULO PRIMERO

## MARCO TEÓRICO

### LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1. HACIA UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN EL ACTUAL ESTADO CONSTITUCIONAL

Si buscamos una definición sobre el concepto que debe tener una teoría de los derechos fundamentales, en la doctrina vamos encontrar varias definiciones y posiciones, es decir, una policromía doctrinal, donde los conceptos de cada una de éstas propuestas responderán a perspectivas reduccionistas de una sola visión en particular, lo que no coadyuvará a un análisis concienzudo de los derechos fundamentales. Entre todas la que tiene mayor aceptación a nivel de la doctrina, es la defendida por E.-W. Böckenförde<sup>1</sup> quien postula que la teoría de los derechos fundamentales debe tener tanto un alcance general como material y debe ser pensada con una finalidad normativa, y que asimismo, debe cumplir una función que se encuentra relacionada con la interpretación del contenido semántico y abierto de los derechos fundamentales. De este modo, la idea propuesta por Böckenförde se convierte en el punto de partida de la teoría de los derechos fundamentales.

La teoría de los derechos fundamentales está orientada desde diversas perspectivas y posiciones ideológicas, construcción teórica que responde a un tipo de realidad de los derechos fundamentales. Podemos observar entre ellas a diversas posiciones como la liberal, institucional, axiológica, democrática-funcional y la del Estado social.

Si se plantea la teoría desde una óptica única terminará por desnaturalizar el contenido de otras ideas que son tan igual de importantes. De modo que, no conviene

---

<sup>1</sup>Crf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción de Juan Luis Requejo e I. Villaverde. Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden. 1993. p. 45. “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales (...) en no abandonar la interpretación de los singulares preceptos de derechos fundamentales únicamente a una técnica jurídica conformada a partir de detalladas regulaciones legales, sino en integrarla en el contexto general de una concepción del Estado/teoría de la Constitución”.

enfocar la teoría de los derechos fundamentales desde una sola visión teórica ya que “cada una de estas teorías (...) orienta de una manera diferente la concreción y fundamentación de las normas adscritas”<sup>2</sup>, y, por tanto, su concreción deviene excluyente de otros derechos que no comparten la fundamentación.

En este sentido, E.-W. Böckenförde ha señalado que la Teoría de los derechos fundamentales que se adopte en función a alguna posición particular e individualista, terminara moldeando el contenido de los derechos fundamentales mediante la interpretación<sup>3</sup>, a lo que Alexy había denominado la “función como idea normativa rectora para la interpretación”<sup>4</sup>.

En ese sentido, se abordará la teoría de los derechos sociales fundamentales desde el actual Estado Constitucional; para ello, previamente es necesario tener en cuenta algunas consideraciones. De tal forma, podemos destacar que la existencia de la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social es consecuencia de la teoría liberal y del Estado Burgués, renovación que se dio en la zona liberal por el espacio de las prestaciones sociales efectivas, generándose con ello un desarrollo general social<sup>5</sup>. Este cambio de paradigma para este momento de la historia, se convirtió en una necesidad histórica y en una exigencia ética<sup>6</sup>, promovido por el imperativo categórico de la idea de procura existencial<sup>7</sup>, donde se pretendía un desarrollo social mediante la actividad del Estado, es decir, el Estado empieza a tomar en cuenta a la sociedad y a sus intereses, ya no es solo

---

<sup>2</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera Edición. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. p. 257-258.

<sup>3</sup>Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 46. “(...) las consecuencias para el contenido (concreto) de los derechos fundamentales son de gran trascendencia según sea la teoría de los derechos fundamentales a cuya luz se realice la interpretación de un precepto de derecho fundamental (...)”.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. p.19.

<sup>5</sup>Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 63. “punto de partida de la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social son por un lado las consecuencias derivadas de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la organización de la libertad del Estado burgués edificado sobre ella; por otro lado, la sustitución, provocada por el desarrollo social general, del espacio vital dominado de autarquía individual por el espacio vital social de relaciones y prestaciones sociales efectivas”.

<sup>6</sup>Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Segunda Edición. Editorial Alianza. Madrid. 1985. p.16 “(...) la corrección por el Estado de los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva no es solo una exigencia ética, sino también una necesidad histórica”.

<sup>7</sup> Esta idea fue planteada por Ernst Forsthoff, en ese sentido, la idea de la procura existencial se entiende: “El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por posibilidades de existencia a las que Forsthoff designa como espacio vital. Dentro de este espacio, (...) hay que distinguir, de un lado, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo (...) y, de otro lado, el espacio vital efectivo constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que sirve, pero que no tiene control ni señorío”. Ante esta situación es el Estado Social quien tiene que procurar la existencia de la sociedad necesitada. Citado en el libro GARCÍA-PELAYO, Manuel. Ob. Cit. P. 27.



una relación entre individuos, sino una relación entre sociedad y Estado, donde el papel de este último se vuelve activo frente a las demandas y necesidades sociales.

Un antecedente importante que se debe tener en cuenta en relación al posterior surgimiento de los derechos sociales es, sin duda, el paso previo de la necesidad de los trabajadores y el largo camino que se ha seguido para alcanzar la mayoría de edad política. Esta situación requiere la conquista de dos derechos, por un lado el derecho al sufragio universal que será un hito principal<sup>8</sup> para sostener el Estado democrático, y el derecho de asociación. Posteriormente, con una mentalidad distinta, producto de las conquistas mencionadas, se irá forjando y configurando un soporte ideológico del Estado Social, teniendo como núcleo central de este nuevo arquetipo a los derechos sociales<sup>9</sup>.

De modo que el Estado Social supuso una transformación del Estado de fuerte impacto, dados los cambios sustanciales que imponía: nuevas funciones del Estado, una nueva perspectiva sobre las relaciones entre Estado e individuo y una propia ontología social. La transformación de las funciones del Estado se produjo como consecuencia de que el Estado –los poderes y los agentes públicos- asumieran la responsabilidad por el bienestar de los ciudadanos, por la corrección de las desigualdades sociales más estridentes y por el acceso a cuotas aceptables de bienes básicos<sup>10</sup>.

Es pertinente sostener que los presupuestos principales del Estado Social no es contradictoria con los ideales liberales, me refiero a los derechos individuales. De modo que el Estado Social no confronta con los valores de la revolución liberal<sup>11</sup>, más bien el primero es una evolución del segundo, de modo que desde un enfoque evolutivo se sostendrá que no hay un cambio “del” Estado sino un cambio “en” el Estado, donde los

---

<sup>8</sup>Cfr. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su Génesis y su Concepto”. Universidad Carlos III de Madrid. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de la Casas*. Madrid. III (6) (feb 1998).p. 15-34. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/1318>

<sup>9</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su Génesis y su Concepto”. Ob. Cit. p. 15-34.

<sup>10</sup> Cfr. AÑON ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. *Revista: Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de Anales de la cátedra Francisco Suárez*. 2010. p. 18.

<sup>11</sup>Cfr. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su Génesis y su Concepto”. Ob. Cit. p. 15-34 “Este punto de vista no es contradictorio con los valores de la revolución liberal, ni con las instituciones parlamentarias-representativas que van surgiendo, y que pretenden insertar a los derechos sociales en la teoría de los derechos humanos (...). Para José Luis Cascajo Castro: “la llamada forma del Estado social se presenta como el intento superador de las contradicciones en que incurría el Estado Liberal. (...) que el reformismo del capital aparece como el género próximo de las dos formas o tipos de Estado. En todo caso la citada evolución de la estructura estatal conducía inevitablemente también a la transformación de la Constitución”. CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988. p. 18.

rasgos genéticos del Estado liberal se complementarán con los rasgos genéticos del Estado Social, cediendo este último en razón de la necesidad de supervivencia.

El Estado Social de Derecho helleriano, por tanto, no es otra cosa que la forma bajo la que pueden llegar a un equilibrio pacífico, jurídicamente regulado, de sus intereses el movimiento obrero y la burguesía, de modo que es un estadio intermedio, un momento en la suspensión de las condiciones burguesas<sup>12</sup>. Por ello, se debe dejar en claro que el Estado social de derecho no es un cambio “del” Estado, sino un cambio “en” el Estado, una reconfiguración del Estado. Como fundamento material de tal Estado Social de Derecho apunta Héller a un compromiso de clase: del Partido Socialdemócrata y de los sindicatos –como portavoces de la clase trabajadora- con los sectores democráticos de la burguesía.<sup>13</sup> A este acuerdo o compromiso sobre valores fundamentales de la clase Heller lo llamó “homogeneidad social”.

Más problemas tuvo el Estado Social y el Estado socialista, por ello se sostiene con mayor énfasis que no se debe entender el concepto de Estado Social y Socialismo en idéntico sentido, toda vez que históricamente fue una contradicción, o por mejor decir una confrontación, ya que el socialismo ortodoxo de raíz marxista se ha desentendido de los derechos humanos, catalogándolo como inseparable de la ideología liberal y del parlamentarismo censitario<sup>14</sup>. Por otro lado, el socialismo se va a desentender de los derechos sociales, considerándolos como fruto del pensamiento anarquista, del individualismo radical<sup>15</sup>.

Es menester tener presente que la construcción teórica-intelectual del Estado Social en el ámbito europeo, inicia a finales del siglo XIX; pero sobre todo a principios del siglo XX es donde tomará un impulso sobresaliente que terminará consolidándose en la Constitución de Weimar de 1919<sup>16</sup>. Este proceso de constitucionalización o

---

<sup>12</sup> Cfr. HELLER, Hermann. *Escritos Políticos. ¿Estado de Derecho o Dictadura?* Madrid. Editorial Alianza Universidad. 1985. p. 295.

<sup>13</sup> Cfr. HELLER, Hermann. Ob. Cit. p. 301.

<sup>14</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su Génesis y su Concepto”. Ob. Cit. p. 15-34. “El socialismo ortodoxo de raíz marxista se desentenderá de los derechos humanos, que creía inseparable unidos a la ideología liberal, y al parlamentarismo censitario, incapaz de comprender su tenor liberador genérico”.

<sup>15</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su Génesis y su Concepto”. Ob. Cit. p. 15-34 “el pensamiento anarquista, desde un individualismo radical, defenderá los postulados de la igualdad y de la solidaridad exclusivamente desde la sociedad civil y prescindiendo del Estado, con lo que tampoco se situará en la onda de los derechos sociales que necesitan del Estado y de su acción positiva (...).

<sup>16</sup> “Es evidente que la Constitución de Weimar constituye una referencia importante e inexcusable en el proceso de positivización de los derechos sociales y en la propia institucionalización del Estado Social (...)

generalización constitucional de los derechos sociales en el ámbito del naciente Estado Social tuvo su origen al finalizar la primera guerra mundial, donde el Estado Social, impulsado por la solidaridad y la fraternidad, contemplará los frutos jurídico-positivos en la construcción intelectual de los contenidos de la mentalidad social, configurándose de esta manera las líneas de la ideología del Estado Social como rasgo genético. Esta consolidación de los derechos sociales terminará irradiando en otras Constituciones monárquicas como las de Rumania de 1923 o la del Reino Servio-Croata-Esloveno (Yugoslavia) 1921 y en las Constituciones Republicanas como en el caso de la Constitución de España de 1931.

En ese orden de ideas, el Estado social responde a la integración de los derechos sociales y económicos y al Estado Liberal, claro está con un rasgo de “homogeneidad social”. La configuración como “Estado social” o más concretamente, la idea del Estado Social de Derecho se debe a Hermann Heller “(...) *quien se enfrenta con el problema concreto de la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, al que considerará que es preciso salvar no sólo de la dictadura fascista, sino también de la degeneración a que le ha conducido el positivismo jurídico y los intereses de los estratos dominantes (...)*”<sup>17</sup>. Por ello se considera que la solución no está en renunciar al Estado de Derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, solo el Estado Social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica<sup>18</sup>.

Por esta razón es que se da un cambio de paradigma, donde el Estado decimonónico que propugnaba el *laissez faire*, desde el comienzo de la época moderna, hasta el final del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, viene a ser reemplazado por el Estado social. Lo que en realidad “*significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado Liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial (...)*”<sup>19</sup>. Esto ha conllevado a considerar al Estado social como el producto de la simbiosis entre el Estado

---

los derechos fundamentales apenas habían logrado salir de la esfera de la aspiración para entrar en la esfera de la obligación. Se consideraba por lo general que no producían efectos jurídicos sino que cumplían sólo una función programática o de apelación”. CASCAJO CASTRO, José Luis. “*La tutela constitucional de los derechos sociales*”. Ob. Cit. p. 18.

<sup>17</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. Ob. Cit. p. 17.

<sup>18</sup> Cfr. HELLER, Hermann. Ob. Cit. p. 301.

<sup>19</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. Ob. Cit. p. 18.

y la sociedad, encontrándose “*con una tendencia a la estatización de la sociedad, pero también con una tendencia a la socialización del Estado*”<sup>20</sup>.

Más adelante en el constitucionalismo que surge a partir de 1945, se intentó corregir las profundas fisuras del esquema liberal, dentro del contexto del Estado Social, mediante la configuración del Estado del Bienestar, teniendo como principales instrumentos a la política de pleno empleo, la política fiscal como instrumento recaudación y redistribución de rentas, el papel trascendente de la inversión pública e incremento sostenido de tasas de crecimiento económico y los derechos sociales<sup>21</sup>. De esta manera, el Estado Social determina la estructura del ordenamiento y de la Constitución, de modo que compromete a los órganos del Estado y a los particulares a la transformación de la sociedad, teniendo como último fin, la igualdad y el bienestar social, y esto termina identificándose con el progreso civil.

De modo que el Estado Social de Derecho ha sido considerado en términos de Forsthoff como antes hemos referido, como el Estado que se responsabiliza por la “*procura existencial*”. La misma expresión es utilizada por Enrique Perez Luño para afirmar que “*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*”<sup>22</sup>.

En este contexto, es imprescindible aclarar que si bien hemos tenido una construcción histórica del Estado Social, donde se ha argumentado que es el Estado quien debe garantizar la procura existencial, no debemos olvidar que esta construcción teórica-jurídica ha entrado en crisis. Cascajo Castro refiere que el quebrantamiento de algunos de los supuestos del Estado Social, se plantea por ciertas tendencias al problema de la crisis fiscal del Estado y su corolario de los límites de la política social, límites dados por el nivel de producción y por el borde tolerable de la exacción fiscal<sup>23</sup>.

Como consecuencia de la crisis del Estado Social se ha justificado que estos factores conducen a una de las aporías de los derechos sociales, su consistente carácter no

---

<sup>20</sup> “El estado y sociedad ya no son sistemas autónomos, sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de relaciones complejas”. Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Ob. Cit. p. 25.

<sup>21</sup> Cfr. CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Ob. Cit. p. 18.

<sup>22</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Décima Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 2011. p. 191.

<sup>23</sup> Cfr. CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Ob. Cit. p. 32.

justiciable, que se apoya en la falta de concretización. En ese sentido, ante la ausencia, imposibilidad y dificultad de tutela por parte del juez, un sector de la doctrina ha acentuado la connotación objetiva de los derechos sociales (mandatos objetivos), entendida como la representación de un marco normativo de resultados y condiciones de objetividad y permanencia de unos contenidos materiales, jurídicamente vinculantes para el legislador y punto de partida de desarrollos normativos<sup>24</sup>.

Esta justificación –crisis del Estado Social- es entendida únicamente desde un enfoque: el liberal (condición económica), ya que la crisis no solo afecta a los derechos sociales, sino a todo el Estado en general, tanto a los derechos de corte liberal como a los democráticos, de modo que el presupuesto económico recae sobre todos los derechos, ya sean civiles, políticos, sociales y culturales. A esta apreciación se ha catalogado como el coste de los derechos, que más adelante daremos tratamiento. En consecuencia la crisis generada por la ausencia del presupuesto económico recae en la justiciabilidad de todos los derechos y no solo en los sociales.

Dicho todo ello, volveremos a lo planteado en un principio, la Teoría de los derechos sociales fundamentales en el Estado Constitucional. Dentro de este esquema se ha discutido acerca de la fundamentación de los derechos sociales, de modo que en la doctrina se habla de varias formas de fundamentar los derechos sociales, sin embargo, para el presente trabajo solo agotaremos dos de ellas dado que nos parecen las más relevantes. La primera se encuentra relacionada con un modelo independiente y la segunda como instrumento o medio para garantizar el ejercicio de la libertad real o fáctica. Al respecto encontramos mayores razones para alinearnos a una propuesta sincrética, en la medida que consideramos que no son contrapuestas, más aún cuando ambas suman para justificar y fundamentar los derechos sociales. A continuación desarrollaremos ambas propuestas.

Fue Ernst Tugendhat quien ofrece una fundamentación filosófica de forma independiente de los derechos sociales dentro del marco del Estado Social. En este sentido, sostiene que *“una fundamentación independiente es aquella que considera a los*

---

<sup>24</sup> Cfr. CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Ob. Cit. p. 33.

*derechos sociales como fines en sí mismos, y no meramente como presupuestos o medios indispensables para el ejercicio de las libertades o los derechos políticos*”<sup>25</sup>.

Dicho ello retomemos a la idea central en que se basa Tugendhat para justificar una fundamentación independiente. Para ello se tiene que hacer una pregunta ¿qué derechos debe tener una persona? Él refiere que “*solo puede ser fundamental el concepto de necesidad*”<sup>26</sup>. Una de las ideas trascendentales tener presente que los derechos fundamentales establecen reglas de cooperación, que determinan el vínculo entre sociedad y Estado; y del mismo modo señala que la idealización de la sociedad debe tener en cuenta que existen grandes sectores de la comunidad que no pueden valerse por sí mismos. En ese sentido, propone construir un sistema de derechos fundamentales que se arraiguen en el concepto de necesidad. La idea de necesidades no es incompatible con el liberalismo, ya que ejercer una libertad también es una necesidad. Sin embargo, cuando desarrollamos los derechos sociales hablamos de otro tipo de necesidades, esencialmente básicas para el desarrollo del ser humano.

En esa línea Tugendhat argumenta que el imperativo de satisfacer necesidades básicas de toda la población da origen a ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad. Conforman los derechos sociales y prescriben deberes de actuar que tiene un doble efecto de irradiación. Dichos deberes se proyectan, en primer lugar, sobre el propio afectado, sobre sus familiares y allegados, con quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho.

Sin embargo, si estos deberes positivos no pueden ser satisfechos en primera instancia, se traspasan de modo subsidiario a todos y a cada uno de los miembros de la sociedad, que se reúnen en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional que satisfará el derecho social<sup>27</sup>. Como se puede observar, en última instancia, es una fundamentación tendiente a intentar de manera prioritaria brindar a la persona las

---

<sup>25</sup>BERNAL PULIDO, Carlos. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales? de Fernando Atria”. *Revista Discusiones*. Núm. 4, 2004. pp. 99-144. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcd50z4>

<sup>26</sup> Citado por: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 357.

<sup>27</sup> Citado en el Libro de BERNAL PULIDO, Carlos. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales? de Fernando Atria”. Ob. Cit. p. 99-144.

condiciones necesarias para que se ayude a sí misma, para que pueda velar por su propia subsistencia -autodeterminación social o libre desarrollo de la personalidad-.

Por otro lado, la fundamentación de los derechos sociales como medio o instrumento para garantizar el ejercicio de la libertad real ha sido defendida por Robert Alexy<sup>28</sup>, quien ha sostenido que el argumento principal a favor de los derechos sociales fundamentales es el argumento de la libertad<sup>29</sup>. Tiene como punto de partida dos tesis: La primera tesis es la del presupuesto: la libertad *jurídica* para hacer u omitir algo, sin la libertad *fáctica* (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor<sup>30</sup>. Este punto se debe entender en el siguiente sentido: para que una persona realice o no una acción (libertad jurídica) no tendría valor alguno si no tiene los bienes materiales-espirituales o los presupuestos fácticos para poder ejercerlo. La segunda es la tesis de la dependencia: bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales<sup>31</sup>.

Desde esta perspectiva Robert Alexy refiere que *“para justificar la adscripción de derechos sociales a las disposiciones de derecho fundamental con la ayuda del argumento de la libertad, hay que fundamentar, entonces, que la libertad que los derechos fundamentales deben asegurar, incluye la libertad fáctica”*<sup>32</sup>. ¿Cómo se entiende? Por un lado, desde el punto de vista formal del aseguramiento de los mínimos vitales el individuo tiene importancia existencial el no tener que vivir por debajo del nivel de una existencia mínima, el no estar condenado a un permanente no hacer nada y el no quedar excluido de la vida cultural de la época<sup>33</sup> y, por otro lado, Desde la perspectiva material encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad. A la luz de la teoría de los principios, esto debe interpretarse en el sentido de que el catálogo de derechos fundamentales expresa principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que supone una cierta medida de libertad fáctica<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 446.

<sup>29</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 446.

<sup>30</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 447.

<sup>31</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 447.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 448.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 448.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 448.

En conclusión, Robert Alexy afirma que los derechos fundamentales -si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente- apuntan también a las libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos para el ejercicio de las libertades jurídicas y, por lo tanto, son regulaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente<sup>35</sup>.

En esa línea E-W. Böckenförde señala: “(...) encuentra su necesidad y justificación la idea de los derechos fundamentales sociales (...) ciertamente no como contra-principio frente a los derechos fundamentales de la libertad sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad (...). Si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real o fáctica, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales (...) dado que es un presupuesto necesario para su realización”<sup>36</sup>. En este caso entiéndase como bienes sociales materiales según el autor el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, el derecho a la atención en caso de enfermedades; por ello la libertad debe posibilitarse y asegurarse realmente mediante prestaciones sociales y garantías estatales<sup>37</sup>.

De modo que Alexy configura los derechos sociales fundamentales desde dos rasgos particulares; el primero, relacionado a considerar que los derechos sociales *son derechos subsidiarios*<sup>38</sup> respecto del mercado en la medida en que son derechos del individuo frente al Estado a algo que - en tanto que si el individuo tuviera los recursos económicos suficientes y encontrase en el mercado suficiente oferta- podría obtenerlo también de particulares. El segundo se considera como *derechos de mínimos*<sup>39</sup>, ya que ante la pregunta ¿qué derechos sociales puede tener el individuo y qué es lo que interesa en lo que se refiere a su existencia y contenido?, la respuesta apunta a que habrá que considerar que una posición jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica; (2) el principio de división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales contrapuestos (especialmente aquellos que apuntan

---

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 448.

<sup>36</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 74.

<sup>37</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 75.

<sup>38</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 443.

<sup>39</sup> “En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, es decir, por ejemplo, el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica” Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 455.



a la libertad jurídica de otros) se afectan en una medida relativamente reducida a causa de la garantía iusfundamental de la posición jurídica prestacional y las decisiones del Tribunal Constitucional<sup>40</sup>.

De lo anterior se destaca que los derechos sociales son *mecanismos subsidiarios*, respecto de la asignación mercantil de los bienes y servicios del mercado, y que estos derechos solo garantizan un *nivel mínimo de satisfacción de las necesidades básicas*. Y que la configuración de los derechos sociales resulta de la ponderación entre el principio de libertad fáctica, división de poderes, competencia parlamentaria y otros principios materiales como la propiedad privada, libertad de mercado, herencia, etc.

De todo lo manifestado hasta el momento nos situamos en una posición sincrética, en la medida en que ambas tesis tienen argumentos consistentes para defender a los derechos sociales como derechos fundamentales. En ese sentido, se ha pronunciado Carlos Bernal: *“la tesis de Tugendhat no resulta contradictoria, sino complementaria, con la idea de una fundamentación instrumental de los derechos sociales”*<sup>41</sup>- tesis de Alexy-. De modo que el ámbito de los derechos sociales tiene un contenido bastante amplio que abarca no sólo las disposiciones tendentes a garantizar un mínimo existencial para el individuo, además de ello garantiza, mediante la dimensión prestacional, derechos de libertad y derechos políticos.

Como se ha podido dar cuenta, hay dos perspectivas en la fundamentación de los derechos sociales, por un lado está la fundamentación socialista y por otro lado está la fundamentación liberal. Ambas posiciones brindan argumentos sustentables para justificar jurídicamente los derechos sociales en la Constitución dentro del marco de un Estado Social de Derecho. De esta manera se desprende el carácter de complementariedad, tanto de las necesidades básicas del individuo y el principio de solidaridad como medios para dispensar la procura existencial –fundamentación socialista- y de la garantía de la libertad jurídica a través de la libertad fáctica, es decir, estos últimos, como medios o instrumento para el ejercicio efectivo de las libertades-fundamentación liberal-.

---

<sup>40</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 454.

<sup>41</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales? de Fernando Atria”. Ob. Cit. p. 99-144.

Realizando un contraposición desde una concepción normativa de la fundamentabilidad de los derechos sociales, Francisco J. Bastida sostiene que la fundamentabilidad de los derechos sociales no descansa en “el ser” de unos derechos que puedan considerarse inherentes a las personas, sino en la causa de su “deber ser” como normas iusfundamentales. Por lo que “el ser” puede ser el motivo político que impulsa al constituyente a incluirlos en la norma fundamental del ordenamiento, pero la causa jurídica de su validez como derechos fundamentales está en la citada posición normativa suprema<sup>42</sup>, esto es sin más en una configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, en su existencia indisponible por el legislador. Esta posición es muy útil para llegar a encontrar el valor normativo de los derechos sociales, que será analizado en el Capítulo II del presente trabajo.

A continuación mencionaremos el enfoque conceptual y estructural de los derechos sociales a fin de diferenciar su dimensión prestacional, para de esta manera determinar nuestro objeto de estudio. Pero antes es necesario que desarrollemos la contrapartida de los derechos sociales que vendrían a ser los derechos de libertad del individuo, ello con la finalidad de tener un enfoque amplio.

Para la Teoría Liberal (del Estado de derecho burgués) los derechos fundamentales “son derechos de libertad del individuo frente al Estado”<sup>43</sup>, es decir, derechos de defensa; en otros términos podríamos decir que “*están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al estatus negativo en sentido amplio*”<sup>44</sup>. De modo que, los derechos fundamentales de la libertad “*(...) conservan su carácter de contenido preexistente frente a las posibilidades constitucionalmente admisibles de intervención o delimitación por parte del legislador*”<sup>45</sup>.

Frente a ello “*su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben incluirse en el status positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto*

---

<sup>42</sup> FRANCISCO J. BASTIDA. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una Concepción normativa de la fundamentabilidad de los derechos”. *En Derechos Sociales y Ponderación*. Edición a cargo de Ricardo García Manrique Segunda Edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. p. 114.

<sup>43</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 48.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 383.

<sup>45</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 50.

*amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado, pueden calificarse como derechos a recibir prestaciones del Estado en sentido amplio*”<sup>46</sup>.

Antes de analizar esta cuestión hay que tener en cuenta que algunos derechos sociales no están reconocidos como tal, ni en la doctrina, ni en las legislaciones positivas, tampoco en las Constituciones y sí lo están son reconocidos como derechos aparentes. De modo que, el lugar favorable para analizar los derechos sociales es el ámbito académico y doctrinal, que se mueven en entornos ideológicos liberales-progresistas y sociales-demócratas<sup>47</sup>. En ese sentido, la tesis del profesor Alexy donde ha desarrollado una teoría en torno a los derechos prestacionales (en sentido amplio) se puede dividir en tres grupos: (1) derechos de protección, (2) derechos a la organización y al procedimiento y (3) derechos prestacionales en sentido estricto<sup>48</sup>. A efectos de acotar nuestro objeto de estudio en el presente caso, únicamente nos referiremos a este último, dada la trascendencia de nuestro trabajo, sin dejar de mencionar en algunas ocasiones, las otras versiones de la estructura cuando así lo requiera el estudio.

En esos términos, los derechos prestacionales en sentido estricto *“son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos prestacionales en sentido estricto*”<sup>49</sup>.

Asimismo, según el planteamiento teórico-estructural de los derechos sociales fundamentales, Robert Alexy indica que *“los derechos sociales fundamentales son de un tipo muy variado. Desde el punto de vista teórico-estructural dichas normas pueden dividirse de acuerdo con tres criterios. En primer lugar, pueden tratarse de normas que*

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 383.

<sup>47</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. “Reflexiones sobre los derechos sociales”. *En Derechos Sociales y Ponderación*. Segunda Edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. p. 85.

<sup>48</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 393

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. pp. 443

*confieren derechos subjetivos<sup>50</sup> o de normas que obligan al Estado objetivamente<sup>51</sup>. En segundo lugar, ellas pueden ser normas vinculantes o no-vinculantes y, en este sentido, ser enunciados programáticos. Una norma será llamada vinculante, si es posible que su vulneración sea declarada por el Tribunal Constitucional (...). En tercer lugar, las normas pueden fundamentar derechos y deberes definitivos o derechos y deberes prima facie, es decir, pueden ser reglas<sup>52</sup> o principios<sup>53</sup>".*

De ello se pueden crear criterios de normas de estructura muy diferentes. Por ello se refiere que el problema de los derechos sociales fundamentales en términos de ALEXY, no puede tratarse de una pregunta de todo o nada, sino de matizaciones que pueden surgir de las combinaciones.

A continuación desarrollaremos la problemática de los derechos sociales en cuanto a su caracterización y la supuesta diferencia que existe con los derechos civiles y políticos, es decir, analizaremos los argumentos a favor y en contra de los derechos sociales fundamentales, y claro está en cada apartado sostendremos nuestra posición particular.

## **2. OBJECIONES A LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES**

---

<sup>50</sup> ALEXY indica que: "como derechos subjetivos, todos los derechos prestacionales son relaciones triádicas entre el titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado. Si el titular de un derecho fundamental a tiene un derecho frente al Estado (e) a que éste realice la acción positiva h, entonces, el Estado tiene frente a (a) el deber de realizar h. Cada vez que existe una relación de derecho constitucional de este tipo, entre el titular de un derecho fundamental y el Estado, el titular de derecho fundamental tiene la competencia de exigir judicialmente el derecho". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 394.

<sup>51</sup> CARLOS LEMA AÑON señala: "la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de acuerdo con los teóricos de la misma, supone también una obligación para el Estado con unos determinados valores y en este caso con la promoción de las condiciones para que estos derechos sean reales y efectivos". LEMA AÑON, Carlos. "Derechos Sociales ¿Para quién? Sobre la Universalidad de los derechos sociales". *Revista de Filosofía del derecho y derechos humanos*. Universidad Carlos III de Madrid; Dykinson. Enero. N° 22. 2010. p. 179-203.

<sup>52</sup> ALEXY al desarrollar las diferencias entre reglas y principios ha considerado la tesis cualitativa como la correcta, en ese sentido ha señalado que "las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre regla y principio es cualitativa y no de grado". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 68.

<sup>53</sup> En relación a los principios éstos "son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 67-68.

## 2.1 CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LOS DERECHOS SOCIALES

Es pertinente antes de iniciar el presente apartado dejar en claro lo siguiente, si bien hay una gran variedad de clasificaciones de los derechos, entre ellas: a) derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos sociales de otro, b) derechos individuales y derechos sociales, c) derechos de abstención y derechos de prestación, d) derechos de autonomía y derechos de prestación<sup>54</sup>; en adelante para nuestro análisis tomaremos la primera clasificación para referirnos a la “supuesta diferencia de los derechos”, en la medida que resulta más exhaustiva y menos excluyente.

La distinción entre derechos civiles y políticos (derecho de primera generación) y los derechos sociales (derechos de segunda generación) se gestó a partir de la publicación del libro de Thomas Humphrey Marshall, *Citizenship and social class*, donde el sociólogo inglés haría una descripción histórica de la evolución progresiva de los derechos, relacionándola directamente con la ampliación del concepto de ciudadanía. Los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales corresponderían a distintas exigencias de ampliación de la ciudadanía, que se fueron construyendo entre las reivindicaciones políticas e ideológicas de ciertos grupos y las condiciones sociales y económicas en las cuales se desarrollaba el Estado. Su trabajo ayudó a adoptar una cierta “*idea generacional de los derechos*”, que toscamente entendida podía llevar a asumir que los derechos sociales eran derechos secundarios por ser derechos de aparición posterior a los derechos civiles y políticos. De modo que como los derechos sociales llegaron después, su atención debe ser también posterior, esto es, luego de satisfechos los derechos civiles y políticos.<sup>55</sup>

Es así que tal distinción de los derechos civiles y políticos y los derechos sociales se terminó acentuando en los Pactos sobre Derechos Humanos de 1966<sup>56</sup>. Ellos han venido a consolidar la división histórica de los Derechos Humanos en dos grandes categorías,

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 482.

<sup>55</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Tesis para optar el grado académico de Magíster. Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú, 2013. p. 63. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Editorial Trota. Madrid. 2007. p. 19-36.

<sup>56</sup> Se tiene conocimiento que, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos fueron adoptados por Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos entró en vigor el 3 de enero de 1976 y el segundo el 23 de marzo de 1976.

por un lado, la de los derechos civiles y políticos y por otro, la de los derechos económicos, sociales y culturales.

De modo que, desde la diferencia sustancial que hacen los Pactos antes referidos, se ha venido caracterizando a los derechos civiles y políticos y a los derechos sociales, de manera distinta, “los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan, o, al menos, así han sido tradicionalmente concebidos, mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política”<sup>57</sup>. Esto terminó afectando al pleno carácter jurídico de los derechos sociales.

En ese sentido la propuesta liberal desde un inicio ha propugnado cuando no una contraposición entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, creando justificaciones, de carácter ideológico que realista, ello se desprende de la siguiente afirmación: “*los derechos auténticos a los que cabía entender como derechos universales, frente a los derechos sociales que serían derechos específicos; como derechos absolutos o contra todos, frente a los derechos sociales que serían derechos relativos o frente a un obligado determinado; como derechos definitivos en cuanto su mero enunciado define su contenido, frente a los derechos sociales (...) que requeriría una cierta forma institucional; como derechos inmediatamente eficaces contra el Estado, frente a los derechos sociales cuya eficacia dependería de la instrumentación de medios costosos; y como derechos justiciables, frente a la falta de justiciabilidad de los derechos sociales que sólo la alcanzarían en la medida en que el legislador hubiera establecido acciones concretas en su protección*”<sup>58</sup>.

Estas características asumidas por la posición liberal no eran compartidas desde la perspectiva socialista en la medida en que consideraban a los derechos sociales como auténticos derechos universales, como derechos sustantivos, derechos primarios en cuanto sólo una vez satisfechos recién podía disfrutarse los derechos individuales, y eran derechos inmediatos que debían ser satisfechos directamente por la organización política<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad”. *En revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 22 (Septiembre-diciembre) 1995. Madrid. p. 9.

<sup>58</sup> HIERRO, Liborio L. “Los Derechos Económicos-Sociales y el Principio de Igualdad en la Teoría de los Derechos de Robert Alexy”. *En Derechos Sociales y Ponderación*. Segunda Edición. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. p. 165-166.

<sup>59</sup> Cfr. HIERRO, Liborio L. *Ob. Cit.* p. 166-167.

En relación a la prestación -otra característica- se ha llegado a afirmar que es muy fácil aludir e “*identificar los derechos sociales con los derechos prestacionales, esto es, con aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado, requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio*”<sup>60</sup>,

“Estas expresiones bastante tópicas hacen alusión, sin duda, a la identificación de los derechos sociales como *derechos prestacionales*, donde el contenido que los identificaría sería una *prestación* o un *derecho a algo* reclamable sólo frente al Estado”<sup>61</sup>. En ese sentido, se ha manifestado un cierto sector mayoritario de la doctrina<sup>62</sup> que hablan de la prestación como factor importante cuando no decisivo para diferenciar los derechos civiles y políticos de los derechos sociales.

Esta comprensión de los derechos sociales como derechos prestacionales, como derechos del individuo *a algo* frente al Estado, si bien recoge una de las principales dimensiones de los derechos sociales, que tiene que ver con las obligaciones positivas del Estado<sup>63</sup>, típicamente consideradas como programáticas, costosas e indeterminadas, es lo que ha puesto en tela de juicio su carácter de derecho jurídicamente exigible.

En ese sentido, podemos observar que a partir de esta situación se origina una *problemática institucional de los derechos sociales*, toda vez que acentúa la cuestionable distinción entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, sostenidos en el carácter obligacional<sup>64</sup> que le corresponde a cada derecho, a los primeros un carácter de

---

<sup>60</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit. p. 9.

<sup>61</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 62.

<sup>62</sup> Esta identificación se encuentra ya en C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*. p. 74. J. R COSSIO. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. p. 45-46. CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Ob. Cit. p. 67. E-W. BÖCKENFÖRDE. Ob. Cit. p. 75.

<sup>63</sup> “El carácter obligacional de los derechos sociales estaría constituido, en dicho contexto, por prestaciones materiales (bienes o servicios económicos) que deben ser proveídos a las personas para su satisfacción. Así, los derechos a la salud o educación, por ejemplo, serían satisfechos con los correspondientes servicios públicos implementados para su protección; los derechos a la seguridad social y a la pensión, por su parte, estarían cubiertos por la prestación económica que se otorga a las personas que sufren alguna contingencia; el derecho a la alimentación o vivienda, por otro lado, por el subsidio directo brindado a las personas que no pueden disfrutar de su ejercicio; elementos materiales todos, cuyo proveimiento sólo podría ser responsabilidad del Estado”. LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 62.

<sup>64</sup> LUIS PRIETO SANCHIS refiere: “(...) tras los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos, normalmente de abstención, que representan reglas primarias o de comportamiento por lo común con un sujeto obligado universal; en cambio tras los derechos sociales existen además normas secundarias o de organización que, por así decirlo, se interponen entre el derecho y la obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor (...)”. PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit. p. 19.

prestación y a los segundos un carácter de abstención, esto explica como advierte Prieto Sanchís *“las dificultades de los derechos prestacionales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos, mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas de organización, por cierto carentes de exigibilidad, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos”*<sup>65</sup>.

Como consecuencia de ello tiende a opacar las variadas formas o manifestaciones de violación que pueden alterar los derechos sociales, no solo provenientes de la ausencia de provisión estatal, sino de una inadecuada prestación del derecho en cuestión. Asimismo, no permite observar lo central en la delimitación del ámbito protector del derecho: su fundamento axiológico o la necesidad básica a satisfacer, como también hace imposible determinar los derechos sociales como oponibles frente a todos (Estado-particulares)<sup>66</sup>.

Por otro lado, como afirma Liborio Hierro *“puede resultar sorprendente que una distinción surgida y consolidada por factores históricos tan contingentes penetrase tan profundamente como lo ha hecho en la teoría de los derechos contemporánea, pero no cabe duda de que lo ha hecho. Todavía, tanto en el pensamiento filosófico jurídico como en la doctrina jurídico constitucional (...)”*<sup>67</sup>. Esta diferencia entre ambas categorías defendidas acérrimamente constituyen actualmente un problema para los derechos sociales: ¿son o no auténticos derechos fundamentales?, o simplemente son, como muchos piensan, normas programáticas, simples aspiraciones políticas, sin contenido exigible y justiciable por parte de los individuos que se encuentran en una posición de titularidad.

En ese sentido, las diferencias mantenidas anteriormente por la posición liberal y socialista, nos lleva a concluir de la siguiente manera. La distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, con el objeto de restarle a estos últimos plena eficacia jurídica, han tenido claramente no solo un origen ideológico o una génesis histórica, sino también han sido configurados y estructurados por situaciones contextuales, que obligan a sostener que ambos son compartimentos estancos, categorías

---

<sup>65</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit. p. 19.

<sup>66</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 63.

<sup>67</sup> Cfr. HIERRO, Liborio L. Ob. Cit. p. 168.



irreductiblemente distintas. Sin embargo, estas diferencias no son tales, toda vez que existen fundamentos para que la distinción se diluya frente a las realidades que presentan todos los derechos en la sociedad.

A mayor abundamiento, se ha sostenido que la diferencia desarrollada por la idea liberal ha motivado a contraponer los derechos civiles frente a una supuesta imperfección de los derechos sociales inacabados, considerándose a estos últimos como derechos imperfectos por su imposible universalidad, derechos programáticos, derechos con un carácter indefinido e indeterminado, derechos con un carácter costoso, derechos que no tienen la categoría de ser considerados como derechos subjetivos, y por tanto no son derechos fundamentales. Como consecuencia de esta estructura, que ha sido concebida en los albores de la teoría liberal, se ha pretendido opacar la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales frente al Estado.

Es por esta razón que en nuestro siguiente apartado se abordarán los diversos caminos que han tomado las supuestas distinciones de los derechos civiles y políticos frente a los derechos sociales. De esta manera comprobaremos y confrontaremos si tal diferencia se justifica fáctica y jurídicamente, o si por el contrario, en el mejor de los casos, ambas categorías comparten las mismas propiedades esenciales que caracterizan a los derechos fundamentales en general.

## **2.2 SUPUESTAS DIFERENCIAS ENTRE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LOS DERECHOS SOCIALES**

### **2.2.1 Los derechos sociales tienen un carácter indeterminado (no son derechos fundamentales)**

El argumento de la indeterminación de las disposiciones ius-fundamentales de prestación, se asienta en la idea de que esta postura pretende hacer valer que dichas disposiciones prescriben que algunos fines –educación, salud, vivienda digna, trabajo para todos- deben ser procurados o conseguidos. No obstante, la realización de estos fines puede llevarse a cabo mediante una infinidad de medios posibles. La constitución rara vez especifica cuáles de estos medios debe ser adoptado por el legislador y ni tampoco la oportunidad en que deben ser llevados a la práctica<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 370.

Siguiendo esta línea se entiende que esta condición se agudiza aún más porque los derechos fundamentales, interpretados conforme al Estado Social, no contienen ningún criterio acerca de la extensión de la garantía de los presupuestos sociales de la libertad de derechos fundamentales ¿Se garantizan solo un grado mínimo, uno medio o el máximo de tales presupuestos? O bien ¿Cómo se relaciona con las propias prestaciones del titular del derecho fundamental? Aun menos cabe derivar de los derechos fundamentales mismos un sistema de su rango (social) superior o inferior, cuyo establecimiento sería inevitable para los tribunales<sup>69</sup>.

Por ello, la crítica alude a que los derechos sociales, que se concretizan a través de prestaciones positivas que pueden ejecutarse de diversas formas (a diferencia de los derechos civiles y políticos que constituyen *normas de conducta* negativas concretizadas en la forma de mandatos específicos de abstención o no interferencia), sufren de una estructural falta de determinación que afecta a la posibilidad de su configuración normativa como derechos subjetivos. Esta idea, se manifiesta de distintas maneras. No responden a una aplicación inmediata en la medida que previamente debe ser desarrollado por el legislador, por ejemplo, el derecho a la salud o el derecho a la vivienda, contrario sensu en los derechos civiles o políticos, en tanto que sí son de aplicación inmediata, por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho libertad de expresión. En ese sentido afirma E-W Böckenförde: “esta diferencia estructural produce la consecuencia de que los derechos fundamentales de libertad, no en cambio los derechos fundamentales sociales de prestación, se imponen por sí mismos, esto es, son realizables directamente en el nivel de la Constitución por la vía de la pretensión jurídica concreta. (...) todo esto no es posible en la misma forma en el caso de los derechos fundamentales sociales de prestación. La pretensión constitucional (...) es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas por vías de interpretación. (...) por ejemplo el derecho a la vivienda, mediante la construcción y distribución de viviendas construidas y mantenidas por el Estado, mediante una fijación estatal de precios de las viviendas o en el marco del mercado libre de viviendas a través de la concesión de subsidios de alquiler; con que extensión hay que aplicar la responsabilidad propia y la prestación propia y que tamaño o equipamiento de vivienda debe considerarse adecuado; si la provisión de la vivienda debe redundar en beneficio de todos los ciudadanos o sólo de los menos acomodados”<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 65.

<sup>70</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 76-77.

No está demás comentar a quienes han leído la posición de W-E. Böckenförde<sup>71</sup>, quien ha defendido la *tesis de los mandatos objetivos*, que en una de las ideas de esta tesis es la supresión de la figura del sujeto activo en la estructura de las posiciones jurídicas en que se concretan los derechos sociales. Para justificar esta idea sostiene: los derechos sociales prescriben solo fines y no medidas legislativas concretas (objeto de la prestación), de modo que el objeto se convierte en indeterminado, y la concreción del objeto está a discrecionalidad del legislador, por ese motivo el sujeto activo no tiene una pretensión inmediatamente exigible, en tanto que depende de la determinación del legislador.

La tesis de los mandatos jurídicos objetivos de W-E. Böckenförde ha sido defendida y seguida en España, en relación con los derechos prestacionales incluidos en el Capítulo III del Título I CE. En ese sentido, se ha manifestado M. Carrillo sobre los derechos sociales, aludiendo que estos *“tipifican únicamente finalidades que puedan cumplirse por medio de una multiplicidad de conductas estatales imaginables. Estas disposiciones no indican, sin embargo, cuáles de estas conductas están orientadas: si lo están todas, si están solo algunas, o si no lo está ninguna, así como tampoco establecen la oportunidad en que estas acciones deben ser desplegadas”*<sup>72</sup>.

Para concluir este apartado debemos citar a Robert Alexy, quien con mayor amplitud ha tratado el tema. En su opinión *“las objeciones más importantes en contra de los derechos sociales fundamentales pueden agruparse en dos argumentos uno formal y otros material”*<sup>73</sup>. En ese caso, para analizar este apartado solo nos referiremos al primero, de modo que *“el punto de partida de este argumento es la tesis de que los derechos sociales fundamentales no son exigibles judicialmente o lo son en una medida muy reducida. Esta tesis puede apoyarse en que el objeto de la mayoría de los derechos sociales fundamentales es muy indeterminado”*<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> “el único argumento que se aduce es la indeterminación del objeto de la pretensión (...) los derechos sociales prescriben solo fines y no las medidas legislativas concretas para alcanzarlos. Estas medidas legislativas son el objeto de la prestación de las relaciones jurídicas que se derivan de esos derechos; entonces dado que el objeto es indeterminado, debe eliminarse la posibilidad de atribuir al sujeto activo cualquier derecho o pretensión exigible, porque si se le atribuye una pretensión exigible, sería el juez quien tendría que concretar el objeto, lo cual contradice el principio de que en una Democracia, la concreción del objeto de las obligaciones que se desprenden de los derechos prestacionales corresponden sobre todo al legislador”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 76.

<sup>72</sup> CARRILLO, Marc. “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”. *JplD*, núm. 36. 1999. p. 69.

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 450.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 450.

Para ello el autor pone un ejemplo: ¿Cuál es el contenido del derecho fundamental al trabajo? La escala de interpretaciones concebibles se extiende desde un derecho utópico de cada quien a tener el trabajo que quiera en todo lugar en caso de desempleo hasta ganar lo que sería inimaginable o únicamente laborar las horas que considere. Pero ¿cuál debe ser el monto económico? Los problemas relativos a los demás derechos sociales fundamentales no son muy diferentes, de modo que queda determinar cuál es el mínimo vital, la concretización de su contenido exacto de derechos, *“por lo tanto, la tesis de la exigibilidad judicial deficiente tiene que hacer valer algo más, fuera de la indeterminación semántica y estructural de los derechos sociales fundamentales, es decir, la imposibilidad de llegar, con medios específicamente jurídicos, a una determinación exacta del contenido y de la estructura de derechos sociales fundamentales abstractamente formulados. Tiene que sostenerse que el derecho no ofrece pautas suficientes para ello. Ahora bien si el derecho carece de pautas suficientes, entonces la decisión acerca del contenido de los derechos sociales fundamentales es un asunto de la política”*<sup>75</sup>.

En conclusión, en cuanto a la posibilidad de derivar mandatos concretos de las normas de derechos sociales, el cuestionamiento radica en que los objetivos antes referidos pueden cumplirse de diversas formas, por lo que no cabe derivar *directamente* de las referidas normas, *prescripciones jurídicas* que valgan como obligaciones o como derechos subjetivos. En todo caso, las referidas normas de derechos sociales solo actuarían como principios rectores sobre las autoridades políticas, pero no como prescripciones que den origen a una obligación o un derecho subjetivo *definitivo*. Por este argumento estas posiciones no consideran como derechos fundamentales a los derechos sociales y mucho menos se les otorga eficacia jurídica inmediata a los mismos.

### 2.2.2 La crítica al planteamiento de la indeterminación

Teniendo en cuenta el argumento antes esbozado, daremos algunas razones de su falta de consistencia. Un primer argumento tiene que ver con *“la similitud estructural que guardan los derechos sociales y los derechos civiles y políticos”*, de modo que ni los derechos sociales son siempre derechos que exigen o demandan prestaciones positivas,

---

<sup>75</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 450.

ni los derechos civiles y políticos son derechos de abstención<sup>76</sup>. En ese sentido, se puede observar que los derechos sociales tienen la misma o parecida estructura que los derechos civiles y políticos – teniendo en cuenta que si se observa alguna diferencia esta termina siendo de grado- en tanto que su protección se corresponde con distintas obligaciones deónticas, equiparables a las que corresponde a los derechos civiles y políticos.

Un primer ejemplo es el derecho a la tutela judicial efectiva. No solo tienen un faceta negativa sino también una faceta prestacional, de modo que al Estado se le prohíbe generar situaciones que terminen afectando el derecho, es decir, no debe afectar el acceso a la justicia sino por el contrario debe asignarle garantías mínimas en el desenvolvimiento del proceso dentro de un plazo razonable, así como garantizar que la tutela sea efectiva. Todo este entramado se garantizara únicamente mediante los diseños institucionales el Poder judicial y la administración de justicia lo que implica no solo medidas legislativas, sino también administrativas, procedimentales, decisiones institucionales, acción de los poderes públicos, recursos materiales y humanos y ello es propio prácticamente de todo tipo de derechos sin excepción, aunque puede haber diferencia de grado o intensidad.

En igual sentido, otro ejemplo que se trae a colación es el derecho a la salud, en tanto que el nivel de protección de este derecho conlleva desde posiciones de defensa hasta posiciones eminentemente prestacionales. Es así que el Estado no solo tiene la obligación de proveer centros médicos adecuados para el acceso de los ciudadanos a este servicio esencial, sino que también conlleva la obligación del Estado de no generar situaciones que puedan poner en riesgo la salud de la población, como el caso de la autorización de concesiones, instalaciones o proyectos que puedan ser perjudiciales para la salud<sup>77</sup>.

Por tanto, podemos concluir que tanto los derechos sociales como los derechos civiles y políticos quedan intercalados, ya que al lado de los derechos de la libertad encontraremos el derecho a la huelga o sindicación y frente a los derechos a la salud o educación se encontraran los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, o el derecho al debido proceso y desde luego el derecho a la vida.

---

<sup>76</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 67.

<sup>77</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 67.

A mayor abundamiento y en otro sentido podemos tomar como referencia, la Observación General N° 12, adoptada en el 20 periodo de sesiones (1999) realizada por el CESC, quien al abordar “el derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)” refiere que las obligaciones de los Estados parte se materializa en una obligación de “respetar, proteger y realizar”<sup>78</sup>.

En ese sentido, el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CESC) ha elaborado resoluciones relativas que han dado lugar a dos grandes ámbitos de obligación, al lado de las obligaciones genéricas que ya comentamos -respeto, protección y satisfacción o cumplimiento (garantía y promoción). Por un lado, “las obligaciones mediatas y mínimas”, este último refiere aquellas obligaciones a las que un Estado queda vinculado de forma mediata en el mismo momento que ratifica un Tratado de Derecho Humanos. Por otro se ha pronunciado sobremanera sobre la “obligación de progresividad”<sup>79</sup>, que ha ido adquiriendo una densidad importante como resultado de la labor interpretativa del Comité, se trata de una obligación que exige al Estado firmante de un pacto que actúe “*de modo progresivo*” y utilice el “*máximo de los recursos disponibles*”<sup>80</sup>.

Una obligación que, a su vez, comprende distintas acciones cuyo contenido ha sido resultado de una labor interpretativa. Las acciones que debe asegurar el Estado son: 1) Adoptar medidas para que el derecho sea realizado de una manera paulatina y

---

<sup>78</sup> “15. El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y realizar. A su vez, la obligación de realizar entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo. La obligación de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La obligación de realizar (facilitar) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole.”

<sup>79</sup> El cumplimiento progresivo, tiende tener mucha complejidad en las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos”.

<sup>80</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “*Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad*”. Ob. Cit. p. 18.

progresiva<sup>81</sup>. 2) Las medidas deben ser adoptadas a través de todos los medios adecuados<sup>82</sup>. 3) Utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles<sup>83</sup>.

Como se puede observar estas obligaciones responden a una configuración estructural compleja, donde no únicamente se reconducen a obligaciones negativas sino también a obligaciones positivas, y que este no responde a un específico tipo de derechos, sino indistintamente de las razones ideológicas, históricas o estructurales se asientan a todo tipo de derechos. De modo que la estructura de las obligaciones da lugar a las garantías y a su efectividad con el fin de asegurar la plena exigibilidad de los derechos sociales y su reconocimiento como derechos fundamentales.

De esta manera, se ha llegado a sostener que la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, no son tales como propugna cierto sector de la doctrina, sino que responden más bien a la taxonomía doctrinal que opera más por razones pedagógicas que de rigor jurídico, y se encuentra muy alejada de la complejidad dogmática de los derechos fundamentales. Por ello no solo es incorrecto afirmar tal distinción desde un punto de vista estructural, sino que también resulta inconveniente o disfuncional para apreciar las obligaciones, violaciones y responsabilidades que pueden derivarse del Estado o de los particulares.

---

<sup>81</sup> “Lo que comporta que las medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas a las obligaciones reconocidas en el Pacto y deben ser realizadas en un plazo razonable. El principio de progresividad va acompañado de una prohibición de regresividad, esto es, le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Pacto o bien con posterioridad a cada avance “progresivo” 73. De esta forma, una primera instancia de evaluación de la progresividad en la implementación de los derechos sociales, consiste en comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y de sus garantías concedidas a través de nuevas medidas normativas con la situación de reconocimiento, extensión y alcance previos. Tal como fue señalado, la precarización y empeoramiento de esos factores, sin una debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no permitida por el Pacto. De este modo, la obligación de no regresividad se constituye, entonces, en uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado”.

<sup>82</sup> Cada Estado deberá argumentar lo adecuado de las medidas que adopte y si ha agotado todos los medios. En este sentido se habla de medidas legislativas, judiciales (de forma que existan recursos y procedimientos de reclamación de derechos adecuados y accesibles), administrativas, financieras y educativas. Aunque el Comité insiste en este punto que el Pacto ni exige ni excluye ningún sistema económico.

<sup>83</sup> Se trata de un elemento de la obligación mediata de adoptar medidas que plantea, a su vez, tres exigencias: en primer término la obligación de satisfacer niveles esenciales de cada derecho. En segundo término la exigencia de que incluso en casos de insuficiencia de medios se mantiene la obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de cada derecho. En tercer lugar, el Comité estipula que en situaciones de crisis económica o situaciones de recesión graves existe una obligación de garantizar todos los derechos dando prioridad a los grupos de personas más vulnerables.

A mayor abundamiento trayendo, una Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana<sup>84</sup>, Sentencia T-769-2008, de fecha el 31 de julio de 2008, podemos observar como la Corte ha afirmado que, entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos no hay tal diferencia sostenida, y que solo es posible utilizar ese argumento para cuestiones de carácter metodológico, mas no se desprende de su carácter de derecho prestacional, porque todos los derechos tienen esa faceta, es decir la faceta positiva o prestacional.

Estas afirmaciones nos llevan a plantear con rigor la relativización de la posición simplista de tal distinción entre los derechos sociales y de los derechos civiles y políticos. Posición que es compartida por muchos autores que han analizado el tema de la supuesta distinción entre estos derechos y que han visto que tales distinciones están basadas únicamente en una visión sesgada de contenido liberal<sup>85</sup>. En ese sentido afirmamos que la separación de los derechos sociales por un lado y los derechos civiles y políticos por otro, responden más a una cuestión y planteamiento de orden político, o si se quiere

---

<sup>84</sup> En ese sentido, la relativización de tal diferencia se sostiene en lo siguiente: “3.3.3. Para la jurisprudencia constitucional, la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, más no jurídica o conceptual. Según la Corte, “[l]a creencia de que los derechos de libertad no suponen gasto y que en cambio los derechos sociales, económicos y culturales sí, ha llevado a salvaguardar decididamente la protección inmediata de los primeros, mientras que la de los segundos no”. Desde su inicio, “la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien el carácter prestacional de los derechos constitucionales está estrechamente relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, no se trata de dos categorías idénticas, que coincidan. 3.3.4. No es cierto pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría ‘derechos no prestacionales’ o ‘derechos negativos’. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención. 3.3.5. La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. Es un error categorial hablar de ‘derechos prestacionales’, pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales. 3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico) o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–).

<sup>85</sup> Para Víctor Abramovich y Christian Courtis: “Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y naturalista del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid. 2002. p. 23.



ideológico y no a su propia naturaleza-estructural<sup>86</sup> del derecho o a su plano lógico-deóntico<sup>87</sup>.

Esta supuesta diferencia –visión compartimentada- de carácter ideológico, que hemos dejado desvirtuada anteriormente, reside en la supuesta distinta estructura de los tradicionales derechos fundamentales y libertades públicas, rubricados como derechos de libertad, de la que poseen los derechos sociales reunidos bajo el rótulo de derechos a prestación. Esta tesis ha conllevado a ver a los derechos sociales como derechos rebajados o minusvalorados, de modo que si se tiene una visión de los derechos sociales como un proceso lineal, plano, armónico, institucionalmente unívoco resultaría ser realmente poco fecunda, e impediría una mirada lúcida sobre los mismos, convirtiéndose en palabras de Revanga en una ideología barnizada de dogmática. Lo ideal sería según Añon Roig ver a los derechos en continuidad<sup>88</sup>. Apreciación que comparto, en la medida que los derechos no pueden ser observados como categorías aisladas sino deben ser apreciados desde una perspectiva unitaria, de manera interdependientes e indivisibles, de modo que todos están relacionados entre sí y fundados en el principio de dignidad humana.

Es preciso manifestar que la tesis de la interdependencia de los derechos que ha tenido una aceptación amplia a nivel de la doctrina, (argumentos de relación y conexión de los derechos) y que defiende Añon Roig<sup>89</sup>, será tratada en el Capítulo III como una propuesta alternativa a la protección de los derechos sociales, ya que nuestro enfoque de estudio se sustenta en la tesis del mínimo existencial, donde confluyen los principios de progresividad y de máximo de recursos disponibles.

Sin embargo, debemos desde ya dejar en claro que no compartimos la afirmación realizada por la profesora Añon Roig, donde su calificación de los derechos sociales como derechos de prestación y la tesis que sostiene que los derechos sociales comprende las disposiciones tendentes a garantizar un mínimo existencial profundiza el relato

---

<sup>86</sup> Cfr. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Ob. Cit. p. 24.

<sup>87</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “*El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada, dos caras de una misma moneda*”. En *Derechos Sociales. Instrucciones de usos*, V. Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis (Compiladores), Fontamorra, México, 2006. p. 120.

<sup>88</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”. *En Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Volumen III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos II de Madrid. Editorial Dykinson. Madrid. 2008. p. 21-26.

<sup>89</sup> AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 26. y Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”. Ob. Cit. p. 27.

compartimentado de los derechos, es decir, coadyuvan a la separación de los derechos<sup>90</sup>. Ahondaremos en el III Capítulo esta cuestión dado que no es parte del presente apartado.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar y corresponder a la idea planteada por Víctor Abramovich y Christian Courtis donde afirman que solo se mantiene una “*diferencia de grado*” entre estas categorías de derechos -según el mayor peso que las obligaciones de defensa o prestación tengan en el derecho en cuestión- más que una diferencia sustancial. De modo que, es ciertamente más evidente y visible reconocer una faceta sobre obligaciones de hacer a los derechos sociales, por lo que se les denomina derechos a prestación, sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer<sup>91</sup>.

Esta consideración está presente en varios derechos sociales, como en el derecho a la salud que conlleva una obligación estatal de no dañar la salud o en el derecho a la educación en no perjudicar la educación, asimismo el derecho a la preservación del medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. Por otro lado los derechos sociales también conllevan una prestación estatal, quien para ellos representa verdaderamente la sustancia, el núcleo duro, es decir, lo que en términos de Häberle sería el contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>92</sup>, en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuita, la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho.

Otro argumento definitivo para sostener la crítica a la indeterminación únicamente de los derechos sociales está relacionado con la “*textura semántica abierta de los derechos sociales*”<sup>93</sup>. Podemos decir que este problema no es única y exclusivamente de los derechos sociales, es decir, de derechos a prestación en sentido estricto, sino que

---

<sup>90</sup> Cfr. AÑON ROIG, María José. “Derechos Sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”. Ob. Cit. p. 27 y AÑON ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 25-26.

<sup>91</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Ob. Cit. p. 23-25.

<sup>92</sup> El profesor Häberle sostiene: “corresponde al contenido esencial de los derechos fundamentales que son delimitados frente a los bienes jurídicos de igual o superior valor, esto es, a través de los límites inmanentes que protegen al contenido esencial, conforme al principio de ponderación de bienes. Los límites inmanentes son los límites que se corresponden con el contenido esencial o cercan a este. Esta fórmula deja claro que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es una medida que hay que deducir “en sí” e independientemente del conjunto de la Constitución y de los bienes jurídicos reconocidos junto a tales derechos y que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites admisibles del mismo constituyen una unidad”. HÄBERLE, Peter. *La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Traducción de Joaquín Brade Camazano. Editorial Dykinson. Madrid. 2003. p. 58-59.

<sup>93</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 70.

corresponde a cualquier derecho de prestación en sentido amplio<sup>94</sup> -derechos a protección, derechos de organización y procedimiento y derechos a prestación en sentido estricto-.

En este sentido, para la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, el Estado deberá desarrollar sistemas judiciales, para el derecho al acceso a la información pública normas de protección de datos o sistemas de acceso a la información, para el derecho a la propiedad privada se deberá desarrollar sistemas notariales y registrales y para el derecho al sufragio dependerá de los sistemas electorales.

Generalmente se ha asignado un carácter *prima facie* no solo a los derechos civiles y políticos sino también a los derechos sociales quiere decir, que los derechos humanos requieren compromisos institucionales para convertirse en derechos finales- sin embargo, también se puede constatar que los derechos civiles y políticos tienen este carácter, por ejemplo se manifiesta en el derecho al sufragio cuya institucionalización implica la potestad de votar con fuerza decisoria, la libertad de elegir entre varias opciones, ciertas inmunidades (voto secreto) y un sinfín de pretensiones al Estado (que convoque a elecciones, realice censos, publique listas). En ese sentido la idea de derechos *prima facie* se opone a la de derechos *definitivos*, así ha dejado sentado el profesor Liborio Hierro: *“la configuración definitiva de un derecho siempre depende de ulteriores desarrollos institucionales y de otro lado, que la claridad, realidad o intensidad del derecho en cuestión no depende de las posibilidades efectivas de satisfacerlo o protegerlo, aunque las requiera para obtener su configuración definitiva”*<sup>95</sup>

Como consecuencia de ello podemos decir que la configuración de los derechos sociales depende de ulteriores precisiones institucionales- por su carácter indeterminado- y no de su mero enunciado, no es una característica específica o peculiar de los derechos sociales, sino que es inherente a todos los derechos – como llama Alexy a todos los principios<sup>96</sup>- ya sean estos, civiles, políticos, económicos y culturales.

---

<sup>94</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *“Teoría de los derechos fundamentales”*. Ob. Cit. p. 393. En ese mismo sentido afirma Carlos Bernal: *“(…) hemos visto que también las disposiciones que tipifican libertades adolecen de indeterminación. Esta no es una propiedad exclusiva de los derechos prestacionales. A menudo se sostiene que la clase de indeterminación de unas y otras disposiciones es distinta, y que este diverso carácter afecta por entero el tipo de vinculación que se produce para el legislador (...).”* BERNAL PULIDO, Carlos. *“El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”*. Ob. Cit. p. 371.

<sup>95</sup> Cfr. HIERRO, LIBORIO L. Ob. Cit. p. 183.

<sup>96</sup> “Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no

Teniendo en cuenta esta aproximación precedente, Gerardo Pisarello señala: “En realidad, nada autoriza a inferir que conceptos como honor, vida digna, propiedad o libertad de expresión sean menos oscuros o más precisos que el más alto nivel posible de salud, educación básica o trabajo digno o estable. De manera que todos los derechos, presentan zonas de penumbra y un núcleo de certeza de lo que pueden extraerse contenidos y deberes básicos para los poderes públicos”<sup>97</sup>. Por ello solo concepciones bajo simples prejuicios ideológicos sostendrán que los derechos sociales son los únicos que obedecen a una suerte insalvable de oscuridad estructural<sup>98</sup>.

Otros ejemplos sobre los derechos individuales, son las siguientes: “no se determina a simple vista si el derecho a la propiedad tutela a los tesoros hallados en un fundo ajeno, si el derecho a la vida establece algún tipo de tutela sobre los embriones y excluye la posibilidad de la eutanasia, si la habitación de un hotel se encuentra protegida por el derechos a la inviolabilidad del domicilio o si la libertad de expresión incluye la publicidad comercial o el derecho a gritar “fuego” en un cine o un teatro, de modo que nada impide que se desarrollen criterios que delimiten el significado del derecho. Lo mismo sucede con el derecho a la vivienda, a la alimentación, a la salud o al agua. El comité de DESC refiriéndose al carácter adecuado del derecho a la vivienda sostuvo que éste no podía identificarse con un techo y cuatro paredes y que más bien incluía, como componentes del derecho, la seguridad jurídica en la tenencia, la disponibilidad de los servicios, materiales, facilidades e infraestructura, la habitabilidad, la asequibilidad económica, la accesibilidad física, la adecuación cultural o la idoneidad del lugar donde la vivienda se situara”<sup>99</sup>.

En conclusión, la distinción desde la perspectiva de la indeterminación, si nos fijamos bien, es sobre todo aparente y nada consistente, ya que sostener que por estos motivos – la indeterminación de los derechos sociales- queda inerte la obligación del

---

solo depende de las posibilidades reales, sino también las jurídicas”. ALEXI, Robert. “*Teoría de los derechos fundamentales*”. Ob. Cit. 68.

<sup>97</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Ob. Cit. p. 67.

<sup>98</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Ob. Cit. p. 68.

<sup>99</sup> Como ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación N° 4 sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada.

Estado en materia de derechos sociales, por lo tanto su justiciabilidad, supone dejar sin contenido tanto al derecho como debilitar el carácter normativo de la Constitución<sup>100</sup>.

### 2.2.3 Los derechos sociales son costosos y dependen de la capacidad económica del estado (no son derechos fundamentales)

Uno de los argumentos que esgrime la escasez de recursos, y que por tanto, sostiene la falta de eficacia jurídica de los derechos sociales, esto es, para no considerarlos como derechos fundamentales<sup>101</sup>, es el de la denominada disponibilidad económica, esto significa que los derechos sociales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, requieren inevitablemente para su realización del desembolso de recursos económicos.

El argumento del coste de los derechos sociales, como fundamento para negar el carácter normativo de los derechos sociales, se utiliza desde dos perspectivas “i) en primer

---

<sup>100</sup> “Las circunstancias de que las disposiciones de derechos prestacionales no prescriban los medios que el legislador debe poner en práctica, no puede deducirse la pérdida de fuerza normativa de la prescripción de los fines. Los fines están prescrito en todo caso, y como consecuencia, se debe estar de acuerdo en que por lo menos está ordenado al legislador adoptar uno de los medios posibles, así como el logro de un nivel mínimo de satisfacción del fin establecido”. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 371.

<sup>101</sup> FRANCISCO J. BASTIDA ha señalado que “(...) un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber (de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros). Sólo son fundamentales los derechos que participen de la fundamentalidad de la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la constitución, lo cual significa que ésta, como fuente jurídica directamente aplicable establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata, y, como fuente de las demás fuentes del ordenamiento. Preserva a los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas infraconstitucionales (y en algunos casos incluso constitucionales) y los hace indisponibles por el legislador (e incluso por el órgano de reforma constitucional)”. FRANCISCO J. BASTIDA. Ob. Cit. p. 116. “GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ, ha comentado sobre el concepto de los derechos fundamentales, refiriendo que “el concepto de los derechos puede expresarse desde dos puntos de vista, el objetivo que coincide con su función como normas que forman parte del sistema de identificación del Ordenamiento y el subjetivo, que coincide con su función de derechos cuya titularidad se atribuye por el derecho positivo a las personas y a los grupos en que estas personas estén, y que son elementos esenciales para conseguir en la vida social la libre elección de planes de vida, el ejercicio de la moralidad privada. **Desde el primer punto de vista**, los derechos fundamentales son el conjunto de normas de un Ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad humana, que forma parte de las norma básica material de identificación del ordenamiento, y constituye un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima al Estado Social y democrático de Derecho. **Desde el punto de vista subjetivo** se les puede definir como aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en los referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación”. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Editorial Dykinson. 2004. p. 42.

lugar, como un argumento para resaltar la diferencia estructural entre derechos de libertad negativa y derechos prestacionales, incidiendo en la incondicionalidad fáctica de los primeros frente a la condicionalidad económica de los segundos; ii) en segundo lugar, como un argumento para destacar la imposibilidad de alcanzar un nivel de protección adecuado y completo de los derechos sociales, dada la relación siempre inversa entre cantidad de recursos necesarios para su satisfacción y disponibilidad de recursos en las arcas estatales”<sup>102</sup>.

Ambas perspectivas utilizan la misma justificación, una en mayor medida y la otra en menor medida. En ese sentido, Gonzalo Moreno afirma que “*el derecho a un acto positivo (facere) a favor del ciudadano tropieza, en gran parte de los derechos de contenido social, económico y cultural, con numerosos condicionamientos, principalmente de orden financiero, que privan de eficacia en una medida variable al reconocimiento constitucional del derecho*”<sup>103</sup>. En la doctrina alemana se conoce a esta situación como “reserva de lo imposible”, en España la jurisprudencia constitucional ha recogido la idea de la reserva de lo económicamente posible<sup>104</sup>.

En ese sentido estos argumentos pretenden mostrar la diferencia estructural entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales, según la incondicionalidad fáctica que supone la realización de los primeros frente a la condicionalidad económica que supedita el cumplimiento de los segundos.

Entre los que han defendido la posición y relación entre los derechos sociales y los desembolsos económicos es E-W Böckenförde<sup>105</sup>, al afirmar que para la realización de

---

<sup>102</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 88.

<sup>103</sup> GONZALO MORENO, B. *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los derechos sociales*. Madrid. Civitas. 2002. p. 128.

<sup>104</sup> El Tribunal Constitucional español ha sostenido que “el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, la disponibilidad del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”. STC: 213/2005, de 21 de julio, fj. 4. En relación al artículo 27.9 de la CE, “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnen los requisitos que la Ley establezca (...) esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales (...) también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles” STC: 77/1985, de 25 de junio. fj. 11.

<sup>105</sup> Böckenförde sostiene: “que de los derechos fundamentales se extrae también pretensiones de prestación que para su realización exigen el empleo de medios financieros de considerable envergadura (...). La concreta garantía de derecho fundamental deviene dependiente de los medios financieros estatales disponibles. La imposibilidad económica se presenta como límite – necesario – de la garantía (prestacional) de los derechos fundamentales. Esto significa el abandono de la incondicionalidad de las pretensiones de derechos fundamentales” BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 65.

los derechos sociales se exige el empleo de los medios financieros de considerable envergadura, lo que los vuelve dependiente, generando de esta manera una crisis en los derechos, ya que los gastos económicos condicionaran la garantía de los derechos. Esto se nota sobre todo en aquellos derechos como la sanidad, la educación, la vivienda, la alimentación.

En relación al segundo argumento afirmado en un principio - como un argumento para destacar la imposibilidad de alcanzar un nivel de protección adecuada y completa de los derechos sociales- que *“dado que la realización de un derecho fundamental social de prestación siempre es costosa, hay que decidir de qué medios financieros se puede disponer para la realización de este derecho fundamental en el marco de la política presupuestaria estatal y de sus fijaciones de prioridades, lo que afecta de regreso al alcance e intensidad de pretensiones jurídicas concretas”*<sup>106</sup>. Esto nos conlleva a que la garantía de un derecho prestacional social sea ineficiente, subsidiaria, paupérrima, trayendo como consecuencia una protección inadecuada e inidónea.

En ese sentido, refiere el autor que la consecuencia es que los derechos sociales no pueden fundamentar directamente en sí pretensiones reclamables judicialmente; es propio de su naturaleza el que no representen derecho inmediato (para los ciudadanos) cuando están en la Constitución y antes de su conformación por parte del legislador<sup>107</sup>.

En conclusión, la condicionalidad fáctica de los derechos sociales como señalan un sector de la doctrina depende de los costos sociales, es decir, del financiamiento económico que el Estado disponga, si se entiende en ese sentido entonces hablaremos de derechos sociales sin protección, pues esto genera una sobrecarga al Estado y a los particulares.

#### 2.2.4 La crítica al planteamiento del carácter costoso de los derechos sociales

En primer lugar, el carácter costoso de los derechos sociales ha sido un argumento recurrente utilizado para separar estructuralmente a los derechos civiles y políticos de los derechos sociales. En buena medida el argumento se tornaba en excusa para de esta manera dejar de lado la obligación de cumplimiento de los derechos sociales, es decir, restarle eficacia jurídica en la garantía de los derechos, de esta manera. Así el Estado no estaría obligado a tutelar adecuada y suficientemente los derechos sociales, ya que serían

---

<sup>106</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 77.

<sup>107</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 78.

vistos como meras normas programáticas<sup>108</sup>, o como normas fin<sup>109</sup>, o como mandatos objetivos, que en sentido estricto desde nuestra óptica no garantizan adecuadamente los derechos sociales, y a la postre son entendidos como meros derechos aparentes.

Para emplear otros ejemplos distintos al que usamos en la crítica a la indeterminación, esta vez nos referiremos al derecho a la participación política (derecho a elegir y ser elegido) en la faceta o dimensión activa del derecho a elegir (derecho al voto). El Estado para garantizar el cumplimiento de este derecho político tiene que emplear un gasto o recurso económico, esto quiere decir que debe existir una partida presupuestal económica desembolsada por el ejecutivo y aprobada por el legislativo para garantizar la eficacia inmediata del derecho mencionado. Esto nos da a entender que el Estado debe contar con recursos públicos para mantener los organismos electorales encargados de llevar adelante las votaciones, lo que depende a su vez de los impuestos y contribuciones al tesoro público.

Otro ejemplo está relacionado con el derecho a tutela judicial efectiva, derecho que tiene una evidente dimensión prestacional, que se garantiza mediante un costo económico que mantiene y exige una administración de justicia, que es constante, y que para un buen servicio de justicia requiere desembolsar un presupuesto económico, de modo que este derecho también se convierte en un derecho costoso.

---

<sup>108</sup> “La concepción según la cual, las normas iusfundamentales de prestación deben ser consideradas como normas programáticas, niegan que a partir de las disposiciones iusfundamentales puedan emanar, ni siquiera, prima facie, normas vinculantes para el legislador, ni posiciones jurídicas de estructura triádica, en las cuales éste sea el sujeto pasivo, el objeto sea una prestación y estén dirigidas a satisfacer las necesidades básicas de individuo o a proveer las condiciones esenciales para el ejercicio de la libertad (...) las normas de derechos de prestación como normas programáticas les niega cualquier tipo de carácter vinculante frente al legislador. Correlativamente, deniega cualquier expectativa, ventaja o pretensión que pudiera atribuirle al individuo y que pudiera considerarse exigible por vía jurisdiccional (...) solo cumplen una función política de fuente de inspiración del contenido de las leyes”. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 368.

<sup>109</sup> “La concepción que define a las normas de derechos prestacionales como normas de fines del Estado intenta precisamente hacer compatible el ámbito legislativo de apreciación con el carácter vinculante, característico de este tipo de preceptos iusfundamentales (...) Las normas de programación final se caracterizan porque, (...) prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios (...) Las constituciones dejan abierta la discusión acerca de los medios más idóneos y de la oportunidad precisa para obtener los objetivos trazados. Esta discusión debe llevarse a cabo en el terreno de la política (...) esta concepción se separa de la tesis de las normas programáticas, para la cual, el hecho de que el legislador no esté vinculado en cuanto a los medios implica que tampoco lo está en cuanto a los fines. Para la tesis de las normas fines del Estado, por el contrario, el legislador está vinculado por la obligación de perseguir el fin constitucionalmente establecido, así tenga la plena libertad para decidir acerca de los medios y de la oportunidad para llevarlos a la práctica”. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 375



Ningún sistema judicial puede operar en un vacío presupuestario. Ningún tribunal puede funcionar sin recibir con regularidad inyecciones de dinero de los contribuyentes para financiar sus esfuerzos. Sus gastos operativos se pagan con ingresos fiscales. En la medida en que la defensa de los derechos depende de la vigilancia judicial, los derechos cuestan, como mínimo, lo que cuesta reclutar, entrenar, equiparar, pagar y monitorear<sup>110</sup>.

En ese sentido, se han pronunciado Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, en su obra sobradamente reconocida “El Costo de los derechos”<sup>111</sup>: todos los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo público. Esto es tan cierto para los derechos antiguos como para los nuevos. Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienen costo público. El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda digna. Todos los derechos reciben algo de tesoro público<sup>112</sup>.

Y lo mismo podría decirse de los clásicos derechos liberales como el derecho a heredar o del derecho a la propiedad. Este último, se protege por la ley de los derechos a la propiedad privada, excluyendo coercitivamente a los no propietarios, así como la configuración de toda estructura registral que da seguridad jurídica en las transferencias de bienes muebles o inmuebles. Un sistema legal liberal no sólo protege y defiende la propiedad: la define y, al hacerlo, la crea y mantiene. Sin legislación y sin juicios (garantía judicial) no puede haber derechos de propiedad. El Estado identifica, por ejemplo, la obligación de los propietarios de bienes inmuebles de mantenerlos y hacer reparaciones en caso de ser necesarias, y esto conlleva un costo económico, una acción positiva del Estado, es decir, la necesidad de actuación del gobierno<sup>113</sup> para recaudar impuestos y satisfacer tal derecho.

---

<sup>110</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Traducción de Stella Mastrangelo. Editorial Siglo (XXI) veintiuno editores. Buenos Aires - Argentina. 2012. p. 65.

<sup>111</sup> HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. ambos señalan la expresión “el Costo de los derechos, es una expresión ricamente ambigua, porque los dos sustantivos que la integran tienen significados múltiples e inevitablemente polémicos. Para mantener el análisis lo más enfocado y-en esa dimensión- lo menos polémico posible, “costos” significaría aquí costos incluidos en el presupuesto, mientras que “derechos” se definirá como intereses importantes que pueden ser protegidos de manera confiable por individuos o grupos utilizando instrumentos del gobierno. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit. p. 33.

<sup>112</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit. p. 33.

<sup>113</sup> HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. Ob. Cit. p. 82. “Es evidente que el gobierno debe contribuir a mantener el control de los propietarios sobre los recursos y castigar en forma predecible el uso de la fuerza, el fraude y demás infracciones (...) Buena parte del código civil, en lo referente a la propiedad, se dedica justamente a eso. Y el sistema de justicia penal canaliza una importante cantidad de recursos públicos a impedir la comisión de delitos contra la propiedad. (...) frentes que son públicamente financiadas, contra quienes violan los derechos de los propietarios”.

De modo que la financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Por ello, todos los derechos son en cierta medida derechos positivos<sup>114</sup>.

Dichas libertades son desarrolladas porque un sector por decisión colectiva considera importante dichos espacios de libertad individual, por ello se preocupa por la creación de un entramado institucional, que resguarda, protege y promueve los derechos, y se hace a través del sistema de derechos subjetivos, que nos da poder o facultad para oponernos a las intromisiones indebidas de terceros o del propio Estado. Esta garantía solo es posible en realidad luego de que el Estado ha invertido la cantidad suficiente de recursos en la creación del edificio institucional que hace posible la regularidad de dichas libertades.

Los derechos sociales también dependen de una decisión colectiva, para poder acceder a los bienes básicos y necesarios, en algunos países como Inglaterra o Canadá estos derechos son desarrollados con absoluta regularidad, garantizados en calidad de derechos subjetivos, mientras que en otros países avanzan deficientemente y de manera irregular, configurándolos como derechos subsidiarios, mercantilizados, sin eficacia inmediata, lo que refleja la ausencia del Estado en los programas sociales o políticas públicas.

De modo que el argumento del costo de los derechos no es suficientemente sólido para afirmar la distinción entre derechos sociales y derechos civiles y políticos y, por tanto, que deban tener una eficacia jurídica diferente, puesto que todos los derechos analizados anteriormente responden a acciones positivas por parte del Estado, esto conlleva obviamente un costo económico, lo cual es característico de todos los derechos, sin exclusión.

---

<sup>114</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit. p. 60. “Los derechos positivos son aquellos derechos que propenden a la ayuda pública, que exigen al gobierno su actuación, que impulsan la igualdad, tienen intervención activa, reasignan el dinero recaudado, son caritativos y contributivos, conceden servicios, que no solo incluyen el derecho a recibir cupones para canjear comida, las viviendas subsidiadas y los pagos mínimos de asistencia social, educación, salud, medio ambiente, sino también a los derechos antes referidos, como el de propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, derecho a la participación política, derecho a la herencia, entre muchos derechos denominados civiles y políticos. Esto nos da a entender que no hay tal diferenciación entre los derechos sociales y los civiles y políticos”.

Es así que la condicionalidad fáctica (económica) como propiedad accidental de los derechos sociales no debe impedirles ser reconocidas como pretensiones normativas jurídicamente exigibles, pues –como vimos en el apartado anterior- existen diversas formas de examinar la legitimidad de la limitación de protección de un derecho social frente a la presencia del aludido condicionamiento fáctico (económico)<sup>115</sup>.

En segundo lugar, el argumento que desconoce el carácter normativo de los derechos sociales dada la imposibilidad de alcanzar *un grado de protección adecuada y completa de los derechos sociales*, teniendo en cuenta el carácter costoso que requiere su protección, es equívoco y errado, de modo que los derechos sociales no exigen un grado de cumplimiento pleno y óptimo, tomando como referencia las condiciones económicas y presupuestales disponibles. Más aún cuando esta situación no solo ocurre con los derechos sociales, sino también con los derechos civiles y políticos, que requieren de una inversión económica de enormes cantidades de dinero<sup>116</sup>.

Este argumento está enfocado a criticar a los sectores que opinan que los derechos sociales son limitados en cuanto a su carácter costoso, ya que nunca se logrará un grado de protección adecuado y necesario de los derechos sociales. Si aceptamos este argumento estaremos haciendo nuestra la idea de la escasez, que puede servir para ocultar injustas decisiones distributivas para la satisfacción de los derechos sociales”<sup>117</sup>.

Generalmente los Gobiernos justifican la ausencia de políticas públicas en materia de derechos sociales, justamente por la poca disponibilidad de recursos económicos. Este argumento no tiene en cuenta que tanto la cantidad de recursos –presupuesto público- con que cuenta el Estado, como la forma de priorizar los recursos a favor de cada sector de derechos no son situaciones inamovibles, sino que dependen de muchos factores, entre ellos de la voluntad política o de la capacidad operativa del Estado, o de ambas, ya que el tamaño del presupuesto puede aumentar según la recaudación tributaria, mediante impuestos y contribuciones. El monto de los tributos, por ejemplo, es un asunto decidido por el parlamento y el ejecutivo, en función de variables económicas, políticas fiscales contractivas y expansivas -donde se otorgue utiliza la variable del impuesto a fin de

---

<sup>115</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 91.

<sup>116</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 91.

<sup>117</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 92.

generar mayor ingreso- pero también esconde consideraciones valorativas sobre *justicia distributiva*: sobre cuánto debemos contribuir como sociedad y sobre cuáles son las necesidades básicas que debemos satisfacer a favor de todos los ciudadanos<sup>118</sup>.

Sin embargo, si empleamos la tesis de la dependencia económica y hay un supuesto que podría suceder, la escasez de recursos, devendría en una razón totalmente legítima para que el gobierno no otorgue protección completa a los derechos. Pero esta afirmación no solo tendría consecuencias en los derechos sociales sino también en los civiles y políticos, lo que pone en común a las tres generaciones que fueron separadas: todos dependen de la contribución colectiva, pueden verse como inversiones selectivas de recursos escasos y son aspiraciones, porque ninguno se puede exigir perfectamente ni por completo<sup>119</sup>.

En esta situación no tendría lugar si todos fuesen suficientemente responsables -la sociedad-para pagar sus impuestos y si los funcionarios públicos, en conjunto, fuesen suficientemente responsables para usar las recaudaciones obtenidas para fines estrictamente públicos y no para destinarlas a su enriquecimiento privado<sup>120</sup>, situación que permite afirmar que los derechos dependen también de lo que bien se puede llamar virtud cívica<sup>121</sup>.

En conclusión, no es cierto que los derechos sociales no puedan lograr un nivel adecuado y suficiente de protección, pues puede suceder que dicha *escasez* sea reflejo de un esquema insuficiente de cooperación social o de una distribución inequitativa de

---

<sup>118</sup> “El problema en las democracias contemporáneas es que el asunto de la distribución y asignación de recursos, central para la vigencia de nuestros derechos, se ha convertido más en un tema técnico que político, manejado más en el gabinete del ministerio de economía que en las instancias de deliberación política. El Presupuesto de la República en nuestro país, por ejemplo, es elaborado por la cartera de economía y propuesto por el Presidente de la República al Congreso de la República quien lo aprueba (artículo 78 de la Constitución peruana de 1993). Este sistema permite un diseño ordenado y responsable de las finanzas estatales, y hace al Parlamento responsable de solicitar y controlar las justificaciones del tamaño del presupuesto y de la distribución de los recursos (artículo 80 de la Constitución peruana de 1993). Sin embargo, los parlamentos en la actualidad, debido a la disciplina partidaria o al desdén por el control de asuntos que suelen ser muy sofisticados, no efectúan un control muy estricto del presupuesto elaborado en los órganos técnicos del ejecutivo, ni mucho menos someten decisiones distributivas contenidas en él a amplios debates ciudadanos o a la participación de la sociedad civil”. De modo que, podemos observar que hay deficiencias en el legislativo al momento de ejercer el control sobre el ejecutivo, en materia de presupuesto económico, a fin de garantizar los derechos sociales, esta situación se justifica generalmente, porque el partido político que gobierna en el ejecutivo tiene la mayoría en el parlamento”. LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. *La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. Ob. Cit. p. 93.

<sup>119</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit. p. 154.

<sup>120</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit. p. 178.

<sup>121</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit. p. 172.

cargas (injusticia de recaudación) y beneficios (injusticia distributiva), de una inadecuada priorización de los recursos estatales o de una marcada *ineficiencia* en la ejecución del gasto público.

La dificultad muchas veces no radica entonces en los bajos índices de producto bruto interno (PBI) que registre un país, sino en la voluntad para cambiar situaciones distributivas y prácticas gubernamentales “naturalizadas” que resultan altamente perjudiciales para la satisfacción plena de los derechos sociales.

De modo que nuestros derechos siguen dependiendo, día tras día, de cuánto se esté dispuesto a gastar en ellos y de cómo se quiere hacer. Los derechos se tienen que pelear en la arena política, no solo en un plano normativo. El Estado, finalmente, si hace una buena recaudación mediante los impuestos, no tiene recursos ilimitados, y alguien tendrá a su cargo la tarea de decidir qué funciones privilegian sobre otras. De ello se desprende que la discrecionalidad del gasto implica una discrecionalidad en el goce de los derechos. Si estamos convencidos, por ejemplo de la prioridad de los derechos sociales, no dar esa batalla puede significar en la práctica debilitar el papel distributivo y potencialmente emancipador del Estado<sup>122</sup>, afectando sustancialmente el valor, el alcance y la predictibilidad de nuestros derechos sociales.

Por otro lado, la cuestión también estriba en *si este modelo distributivo y de gestión pública de los recursos pueden ser controlados y corregidos objetivamente por órganos jurisdiccionales* (Corte o Tribunal Constitucional) como una forma de dar vida a las prescripciones jurídicas que obligan al Estado a destinar el máximo de los recursos disponibles para lograr la plena efectividad de los derechos sociales. Ese será nuestro trabajo en el Capítulo III, y de cómo la Corte o Tribunal Constitucional ha venido controlando la discrecionalidad no solo del legislador sino también del ejecutivo, a fin de llevar a cabo las políticas públicas necesarias, adecuadas y completas en materia de derechos sociales.

#### 2.2.5 Los derechos sociales no son auténticos derechos subjetivos (no son derechos fundamentales)

---

<sup>122</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit. p. 23.

Entre las opiniones que sostienen que los derechos sociales no se configuran como derechos subjetivos se encuentra Fernando Atria<sup>123</sup>, Este autor entiende que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de los derechos.

De modo que nos da a entender que los derechos no pueden ser sociales en la medida que el primero sea entendido o considerado como derecho subjetivo<sup>124</sup>, ya que por la propia naturaleza del concepto de derecho subjetivo y de su característica principal: la exigibilidad, los derechos sociales no pueden ser concebidos como derechos subjetivos, pues escapan a la forma de protección judicialmente exigible que es propia de los derechos civiles y políticos<sup>125</sup>.

Teniendo en cuenta que la exigibilidad es la característica principal de los derechos subjetivos, así como de los derechos fundamentales, esa cualidad le restaría eficacia jurídica inmediata, socabando la tutela a nivel jurisdiccional de los derechos sociales. Para finalmente, como consecuencia de ello, negarles la categoría de derechos fundamentales.

Si consideramos que los derechos sociales no tienen el carácter de derecho subjetivo, como refiere Fernando Atría, serían simples aspiraciones, posibilidades o idealidades, cuya satisfacción, por tanto, no resulta exigible. En todo caso “*se trataría de derechos de grupo o que tutelan intereses colectivos, mientras la expresión derechos individuales quedarían solo para los derechos civiles y políticos*”<sup>126</sup>.

Asimismo, el autor hace una caracterización de los derechos civiles y políticos refiriendo que tienen un carácter de derecho subjetivo, son derechos individuales y de defensa, la protección es contra los terceros, estos derechos son correlativos a deberes pero prioritarios a ellos, está fundamentado en el interés propio, son derechos unilaterales y determinados; contrario sensu los derechos sociales, no se configuran como derechos subjetivos; pretenden una forma de vida propiamente humana, en que cada uno ahora pueda relacionarse con los otros, con base en el principio de solidaridad, son derechos

---

<sup>123</sup> Cfr. ATRIA, Fernando. “¿Existen los derechos sociales?”. *Revista Discusiones. Derechos Sociales*. Núm. 4, 2004. pp. 15-59. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>

<sup>124</sup> Cfr. ATRIA, Fernando. Ob. Cit. pp. 15-59.

<sup>125</sup> Cfr. ATRIA, Fernando. Ob. Cit. pp. 15-59.

<sup>126</sup> BUSTOS BOTTAI, Rodrigo Guillermo. *Derechos Sociales: Exigibilidad y Justicia Constitucional*. Librotecnia. Chile. 2014. p. 168.

secundarios frente a sus deberes correlativos, no son derechos unilaterales, ni determinativos.

Por otro lado, Ricardo García Manrique<sup>127</sup>, hace un estudio mucho más profundo y crítico de los derechos sociales como derechos subjetivos. Sintetiza que la razón sustancial para no configurarlos como derechos subjetivos es la menor capacidad que tienen los derechos sociales, es decir, los derechos sociales expresan estados ideales de las cosas *alejados de la realidad* en mayor medida que los demás derechos fundamentales. Este mayor alejamiento los caracteriza y diferencia, de modo que de él se siguen consecuencias jurídicas y políticas.

Desde este punto de vista, lo que caracteriza a los derechos sociales es que la distancia o divergencia deóntica es mucho mayor en su caso que en el de los derechos liberales, por ello la diferencia entre unos y otros derechos es gradual<sup>128</sup> y coyuntural<sup>129</sup>. Lo que permite concluir que los derechos sociales tradicionales muestran un grado de realización significativamente menor que los ideales expresados por los derechos liberales.

A mayor tratamiento de su postura, sostiene que el argumento que niega los derechos sociales como derechos subjetivos, se debe mirar desde el contenido de los derechos sociales; en primer lugar, porque los derechos sociales son bienes al servicio del mercado, es decir, el mercado resuelve en principio la satisfacción de los bienes, luego subsidiariamente se responsabiliza el Estado en la satisfacción; segundo, no genera un reparto igualitario de los bienes, lo que resulta evidente que no pueden verse realizados en una medida equivalente a los derechos liberales. De esta manera, sostiene que el alcance de los derechos sociales sufre de una incertidumbre en la realización del mismo, en relación a cuotas máximas de disfrute.

En conclusión, las exigencias de los derechos sociales son mucho mayores que la de los derechos liberales, cuando menos porque los bienes asociados con los mismos no se han desmercantilizado por completo, dando lugar a un reparto desigual, mínimo, subsidiario del mercado<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Los derechos sociales como derechos subjetivos. Derechos y Libertades”. *En revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, junio 2010. N° 23. p. 73-105.

<sup>128</sup> “Es gradual porque la realidad puede acercarse más o menos al estado de cosas ideal expresado por un derecho y aquí sólo se afirma que esa distancia es mayor en el caso de los derechos sociales, sin que pueda precisarse cuánto mayor, porque ello dependerá del derecho concreto y de la comunidad política de que se trate”. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Ob. Cit. p. 73-105.

<sup>129</sup> Por eso, también es una diferencia coyuntural, porque depende del lugar y del momento y cambio con las circunstancias.

<sup>130</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Ob. Cit. p. 73-10.

En ese sentido, afirma el autor, que la diferencia entre los derechos, que ha calificado como gradual y coyuntural, ha desprendido efectos jurídicos precisos en la técnica jurídica del derecho subjetivo, que es justamente la técnica elegida para poner en práctica los derechos fundamentales, de modo que los derechos liberales se adaptan mejor a ello mientras que los derechos sociales tienen deficiencias.

Para ello el autor, a fin de demostrar cómo la técnica del derecho subjetivo afecta más a los derechos sociales que a los derechos liberales, expondrá lo siguiente<sup>131</sup>: 1) el punto de partida es que los derechos sociales pueden ser configurados como derechos fundamentales. 2) El derecho subjetivo es “una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se impone un deber “una obligación” correlativo. 3) Frente a este concepto anterior se hace una división entre derechos verdaderos<sup>132</sup> -contenido y el obligado son precisos- y ficticios<sup>133</sup> -contenido y el obligado no son precisos-. 4) La Constitución no suele establecer el contenido preciso de los derechos fundamentales, la precisión de su contenido puede tener lugar por vía legal o jurisdiccional. 5) Muchas de las medidas pueden adoptar la forma de derecho subjetivo, esta técnica jurídica ofrece múltiples posibilidades. 6) Sin embargo, esta técnica es limitada: no todo lo que puede ser hecho a favor de un ideal lo puede ser mediante la atribución de derechos subjetivos a los ciudadanos<sup>134</sup>. Siendo así, la configuración de un ideal como un derecho subjetivo supone siempre su restricción. 7) En el caso de los derechos sociales, cuya pretensión, para que los jueces puedan identificarla y satisfacerla, ha de ser restringida en un grado mucho mayor que en el caso de los derechos fundamentales. 8) De aquí, lo que sigue es afirmar que un derecho social puede configurarse como derecho subjetivo. 9) Sin embargo, esos objetivos políticos que son los derechos sociales no pueden garantizarse solo con la técnica del derecho subjetivo y que la configuración de un derecho social como un derecho subjetivo exige necesariamente su restricción: un derecho social subjetivo será siempre un derecho social

---

<sup>131</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Ob. Cit. p. 73-10.

<sup>132</sup> Los derechos verdaderos se caracterizan porque son susceptibles de tutela jurisdiccional, lo que a su vez requiere que el contenido del derecho (el comportamiento o prestación que puede exigirse) sea preciso y el sujeto rante al que se ejerce el derecho sea igual de preciso.

<sup>133</sup> Los derechos ficticios son los que no reúnen alguna de estas dos condiciones, esto es, su contenido o el sujeto obligado no son precisos, de manera que no son susceptibles de tutela jurisdiccional.

<sup>134</sup> De acuerdo con el concepto que hemos asumido, un derecho subjetivo requiere tutela jurisdiccional. Por eso, la obligación correlativa ha de estar definida con precisión, para que el juez pueda determinar si se ha incumplido y para que pueda ordenar su ejecución. Pero resulta que sólo contenidos mínimos pueden estar definidos con precisión porque el contenido máximo de un ideal: (a) tiene una naturaleza aspiracional que no admite definición precisa; (b) “se mueve sin cesar hacia adelante”; y (c) es constante objeto de la discusión política y, por ende, no es una cuestión jurídica en sentido estricto.



mínimo, es decir, un derecho a un cierto conjunto definido de prestaciones (o de abstenciones) que por sí solas no pueden garantizar plenamente el objetivo deseado, sino sólo en alguna medida menor. 10) concluye el autor que los derechos sociales ya no solo serán mínimos por su carácter subsidiario, puesto que están mercantilizados, sino también, por su carácter de derecho subjetivo.

Para este sector de la doctrina, que critica el carácter subjetivo de los derechos sociales, sostiene que si bien la restricción valga para todos los derechos fundamentales, los derechos liberales se resienten menos de esa restricción que el ideal de los derechos sociales, es decir, el precio que se tiene que pagar por la configuración de los ideales políticos como derechos subjetivos es el de su minimización<sup>135</sup>, un precio que es mayor en el caso de los derechos sociales que en el caso de los derechos liberales, porque han de minimizarse en mayor medida.

Termina refiriendo que esta comunidad no puede alcanzarse con unos derechos sociales mínimos como los que garantizan los sistemas constitucionales liberales, que pueden aliviar la pobreza pero no la desigualdad. En ese sentido, hay una diferencia sociológica entre los derechos sociales y los demás derechos fundamentales: su distinto grado de realización; asimismo, hay una diferencia jurídica: la peor adaptación de los primeros a la figura de los derechos subjetivos; hay una diferencia política: se ha decidido que los primeros sean mínimos y los segundos no.

Una de las propuestas alternativas en relación a la negación de ser auténticos derechos subjetivos es la determinada por Böckenförde. De acuerdo con este autor las disposiciones de derechos prestacionales se concretan normativamente en *mandatos jurídicos objetivos*<sup>136</sup>, dirigidos al legislador y a la administración. Por ello, los derechos prestacionales no pueden concretarse en posiciones jurídicas que revistan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. Su indeterminación y la necesidad de respetar las competencias del Parlamento imponen prescindir del sujeto activo, o sea, *no atribuir a un titular un derecho subjetivo*, que sea el correlato de una pretensión exigible jurisdiccionalmente, es decir, no puede otorgarse a ningún sujeto

---

<sup>135</sup> “El resultado es un sistema jurídico-constitucional como el nuestro, en el que los derechos sociales quedan ipso facto perjudicados. En el mejor de los casos, se admite su carácter fundamental (como es el caso del derecho a la educación), pero su contenido es minimizado hasta un nivel muy modesto, en buena parte por razón de la necesaria subjetivación (en el resto, por razón de su subsidiariedad respecto del mercado). En el peor, se les niega el estatuto de derechos fundamentales y son relegados a un discreto segundo plano, pasando a ser sólo “principios rectores de la política social y económica”, dotados de un nivel jerárquico y una protección jurídica mucho menores”. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Ob. Cit. p. 73-105.

<sup>136</sup>Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. Cit. p. 80.

activo la posibilidad de exigir ante los jueces la realización de algún derecho en específico.

La teoría del mandato objetivo -deber jurídico y objetivo- hace prescindir de su carácter fundamental del derecho subjetivo -posibilidad de ser exigible por los ciudadanos- teoría que ha sido adoptada en España con ello se defiende la interpretación de los derechos sociales aparentes que se reconocen en el Capítulo III del Título I C.E.

Böckenförde acepta relativamente dos aspectos; que el hecho de determinar a las normas como mandatos jurídico-objetivos no se desprende que estas sean proposiciones programáticas, sino que ostentan una fuerza vinculante, en tres aspectos: 1) deber jurídico - mandato objetivo de realizar el fin fijado por la disposición, por parte del legislador, 2) prohíbe la inactividad y la desatención evidente y grosera del fin por parte de los órganos estatales y 3) prohíben la supresión definitiva de las medidas legislativas, una vez han sido adoptadas o una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera del fin.

Al respecto, Carlos Bernal Pulido, sostiene que la vinculación que los derechos prestacionales generan sobre el legislador, sobre estos dos últimos puntos, también nos da a entender que dispone de una vertiente jurídico subjetiva<sup>137</sup>. En esta situación, en términos de Ricardo García Manrique, los derechos sociales quedarían ipso facto perjudicados, únicamente por garantizar un contenido mínimo.

#### 2.2.6 La crítica al planteamiento de la negación en la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos

Nuestro tiempo es el Estado Constitucional o el tiempo de los derechos según Bobbio que ha venido a reemplazar la concepción del Estado de derecho<sup>138</sup>. Este cambio

---

<sup>137</sup> “Ellos dan lugar a pretensiones de defensa de los particulares afectados frente a una inactividad, una desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional” Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. Ob. Cit. p. 382.

<sup>138</sup> Es así que el Estado Constitucional, es la forma de Estado típica de nuestro tiempo, el cual “(...) se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales”. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. UNAM. México. 2003. p. 3. Para Robert Alexy, “El Estado Constitucional Democrático se caracteriza por seis principios fundamentales (...) la (...) dignidad humana, de la libertad y de la igualdad, así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social”. ALEXY, Robert. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional”. *En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo*. Trotta. 2003. p. 31. Para Luigi Ferrajoli “(...) ante todo cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los

no solo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigmas con todo lo que ello significa y trae consigo. De modo que después de la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial, vio la luz del actual constitucionalismo, donde estos derechos no solo son fundamentales dentro de los Estados sino también en el plano internacional - la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 o a la Declaración Universal de 1948-.

Este nuevo paradigma trajo consigo ante todo el cambio en las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales; cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo con su propio objeto que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas; paralelamente se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley si es constitucionalmente válida y que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional; y por último, la cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia<sup>139</sup>.

De esta manera, desde la perspectiva teórica o estructural se forja un concepto de derechos fundamentales que arrastra consigo al derecho subjetivo, son los derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto personas, ciudadanos o personas con capacidad de

---

principios constitucionales (...); cambia en segundo lugar, (...) el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo con su propio objeto (...) que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas; paralelamente se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley si es constitucionalmente válida (...) y que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional; y por último, la cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia". FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho". *En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo*. Trotta. 2003. p. 18-19. No podemos dejar de mencionar a Ricardo Guastini quien indica que, dichos presupuestos no son más que "una Constitución rígida, una garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución, la interpretación de las leyes conforme a la constitución y la influencia de la Constitución en las relaciones políticas". Guastini, Ricardo. "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano". *En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo*. Trotta. 2003. p. 50-57.

<sup>139</sup> FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho". *Ob. Cit.* p. 18-19.

obrar, entendiéndose por derechos subjetivos cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

Esta definición propuesta por Ferrajoli permite fundar cuatro tesis que permite concebir el constitucionalismo como un nuevo paradigma fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo-positivista. De modo que para despejar dudas sobre el carácter subjetivo que tienen los derechos fundamentales, incluyendo los sociales, nos avocaremos al estudio de tres de ellas: 1) Diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. 2) Los derechos fundamentales y su relación con la democracia sustancial. 3) Las relaciones entre los derechos y garantías.

En relación a la primera tesis, la diferencia estructural entre derechos fundamentales<sup>140</sup> y derechos patrimoniales<sup>141</sup>, nos encontramos con cuatro diferencias: a) los derechos fundamentales son derechos universales -cuantificación universal de los sujetos que son titulares- mientras los patrimoniales son singulares -existe un titular determinado- b) los derechos fundamentales son inclusivos los derechos patrimoniales son exclusivos. c) los derechos fundamentales son derechos indisponibles -sustraídos tanto a las decisiones de la política y del mercado- en cambio los derechos patrimoniales son derechos disponibles. d) los derechos patrimoniales son horizontales -relación intersubjetiva de tipo civilista- mientras los derechos fundamentales son verticales de tipo publicista, del individuo frente al Estado (obligaciones y prohibiciones).

Esta diferencia ha permitido evidenciar lo que ha permanecido oculto bajo la técnica del derecho subjetivo; de ello se desprende, que el derecho subjetivo tiene una propia particularidad estructural en los derechos patrimoniales y tiene otra en los derechos fundamentales, ya que las situaciones subjetivas son heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos.

Desde la siguiente tesis, la relación entre derechos fundamentales y la democracia sustancial, en virtud de los caracteres señalados anteriormente sobre los derechos fundamentales -universales, inclusivos, indisponibles y verticales- vienen a configurarse como vínculos sustanciales normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado, en tanto que ninguna mayoría política puede disponer y reducir las libertades y a los demás derechos fundamentales a decisiones de mayoría

---

<sup>140</sup> Para los derechos fundamentales la ascendencia teórica de esta categoría de derechos es producto de la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII Y XVIII.

<sup>141</sup> Para los derechos patrimoniales la ascendencia fue sostenida de la tradición civilista y romanista.

política<sup>142</sup>, es decir, ningún contrato puede disponer de la vida, no se puede decidir que una persona sea condenada sin pruebas, de aquí su connotación sustancial, impresa por los derechos fundamentales –tanto los de la libertad como los sociales- al Estado de Derecho y a la Democracia Constitucional<sup>143</sup>.

Y por último, la tercera tesis, la relación entre derechos y garantías, debo partir de este aspecto por cuanto interesa a efectos de refutar la hipótesis, de que, los derechos sociales no serían derechos porque carecen de una adecuada garantía jurisdiccional o protección jurídica, con ello se niega el carácter subjetivo o la utilización deficiente de la técnica, y como consecuencia de ello los derechos sociales no serían derechos fundamentales.

Decía Hans Kelsen que “la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación”<sup>144</sup>, frente a esta noción kelseniana de derecho subjetivo, se desprenden dos reducciones del derecho subjetivo: 1) como garantía primaria –el derecho consiste en expectativas negativas o positivas a la que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) 2) como garantía secundaria –obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias-<sup>145</sup>.

Sostiene Ferrajoli, propuesta que seguimos, que estas identificaciones son tesis teóricas que pueden ser desmentidas o mejor violadas por la realidad efectiva del derecho. De modo que pueden existir lagunas primarias, por defecto de estipulación de las

---

<sup>142</sup> “Resulta desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayorías son normas formales en orden a los que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecidible”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid. p. 51.

<sup>143</sup> “El paradigma de la democracia Constitucional es hijo de la filosofía contractualista, en un doble sentido: En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundamentales de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero también es una metáfora desde la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ob. Cit. p. 53.

<sup>144</sup> Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa. México. 2005. p. 148.

<sup>145</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ob. Cit. p. 61.

obligaciones y las prohibiciones que constituyen garantías primarias del derecho subjetivo, y lagunas secundarias, por defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las garantías secundarias. De modo que si sucede esta posibilidad, no se puede negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá lamentar solo la laguna que hace de él un derecho papel y afirmar la obligación del legislador de subsanar esa deficiencia o laguna<sup>146</sup>.

Es en este momento, que se debe hacer alusión a la diferencia que consigna los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, en tal sentido que los derechos fundamentales son inmediatamente dispuestos por normas téticas –abstractas o generales- donde la existencia de las garantías -primarias y secundarias- no se da por descontada, al depender de su estipulación expresa por normas de derecho positivo y que solo por tal falta sería absurdo negar la existencia de éstos y sus garantías; en cambio, todo lo contrario sucede con los derechos patrimoniales, ya que tales derechos no son dispuestos sino pre-dispuestos por normas hipotéticas como efectos de contratos, lo cual es la fuente de la obligación –garantía primaria-<sup>147</sup>.

Por ello se reconoce que la estructura nomodinámica del derecho moderno es la que distingue entre derechos y garantías, de modo que es la norma positiva del legislador la que obliga a reconocer que los derechos y las garantías existen, y esto vale para los derechos de libertad como para los sociales y también para el plano internacional. Ante esta situación, se ha visto generalmente, en la enunciación constitucional de los derechos sociales, la ausencia en la elaboración de garantías sociales y positivas adecuadas – técnicas de defensa y de justiciabilidad- comparables con las garantías liberales que sí se han dado, generando un menor grado de realización, esto quiere decir una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuanto menos reducida.

De todo lo afirmado podemos sacar varias conclusiones a fin de superar las tesis de la negación del carácter de derecho subjetivo de los derechos sociales (derechos fundamentales).

Primero, las objeciones realizadas por Fernando Atria y Ricardo García Manrique están pensadas en relación a la estructura del derecho subjetivo desde un plano del derecho privado o patrimonial, ya que sostienen que el derecho subjetivo es “una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra

---

<sup>146</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ob. Cit. p. 61-62.

<sup>147</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ob. Cit. p. 62.

clase de sujetos) a los que se impone un deber “una obligación” correlativo, donde conciben el carácter de derechos individuales, naturales, de defensa, de protección contra los ataques de terceros, correlativos a deberes pero prioritarios a ellos, fundamentados en el interés propio, unilaterales y sobre todo determinados.

Como ha referido Ferrajoli el concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva patrimonial responde a derechos pre-dispuestos por normas hipotéticas como efectos de los contratos, con un carácter exclusivo, singular, disponible, del cual son nacidos desde una vertiente de la tradición civilista y romanista, con el señalamiento de potestades atribuidas a esa condición.

De ello se puede advertir que esta connotación no tiene comparación en relación a cómo se entienden los derechos subjetivos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que ha nacido desde la filosofía iusnaturalista y contractualista del siglo XVIII, plasmándose su contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Nomás queda revisar el artículo 1 donde indica que “los hombres permanecen libres e iguales en derechos” para entender su carácter universal e inclusivo.

Segundo, niego rotundamente la posibilidad de considerar que los derechos sociales no son derechos exigibles, tesis formulada por Atria, ya que, según las posibilidades técnicas se ha desarrollado una serie de instrumentos de justiciabilidad<sup>148</sup> directa e indirecta de los derechos sociales, entre los indirectos se ha protegido a través del principio de igualdad formal y sustancial, del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, de los derechos civiles y políticos (por conexidad), asimismo, por los mecanismos directos, se ha formulado la protección por intermedio de la cláusula del Estado Social y los principios y valores de la Constitución, el principio de progresividad, el contenido esencial del derecho, el principio de irreversibilidad e inclusive la inconstitucionalidad por omisión, de modo que, estas fórmulas han devenido en darle una forma a los derechos sociales a fin de provocar su exigibilidad mediante el derecho subjetivo.

En relación a la exigibilidad indirecta el derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto, donde se ha forzado su consideración, es decir, se trata

---

<sup>148</sup> “La exigibilidad se refiere a la facultad de solicitar el cumplimiento inmediato de un derecho fundamental, mientras que la justiciabilidad se entiende a dicha facultad, pero en el ámbito restringido de un proceso judicial o cuasi-judicial. Se puede entender entonces que la exigibilidad es el género, mientras que la justiciabilidad es la especie”. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Ob. Cit. p. 132-168. “Siendo más concreto los autores definen a la justiciabilidad como la posibilidad de reclamar ante el juez o el tribunal de justicia el cumplimiento de al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho”. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Ob. Cit. p. 37.

de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo que permite, por esa vía, el amparo del derecho social en cuestión<sup>149</sup>. Frente a estas estrategias Gerardo Pisarello postula la exigibilidad jurisdiccional interdependiente y políticamente consciente de los DESC, afirmando que esta intuición ya venía recogida en la Declaración de Viena de 1993 de que todos los DESC, son en realidad derechos independientes, indivisibles y susceptibles. De modo que todos los derechos, sociales o no, presentan algún contenido, o implican alguna obligación, exigible ante los tribunales. De manera que nada impide que sea tematizadas como caso de tutela judicial de derechos sociales constitucionales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional protege ante los poderes públicos y particulares, no ya de manera directa, sino en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales o con principios como el de no discriminación y el de dignidad de la persona.<sup>150</sup>

En definitiva, concluye Pisarello que los derechos sociales 1) ya son en parte justiciables, 2) que nada pone en entredicho la separación de poderes y el principio democrático, 3) que los mecanismos existentes pueden perfeccionarse a través de cambios normativos, interpretativos y el diseño de las instituciones existentes<sup>151</sup>. Como en el caso de Ecuador que ha reconocido en el artículo 11 de la Constitución de 2009 que los derechos son justiciables, además de interdependientes e indivisibles.

En ese sentido Añón Roig sostiene que la consideración de los derechos fundamentales en su continuidad e interdependencia axiológica y estructural ofrece una perspectiva más compleja, pero más plausible y fructífera. En ese sentido, se habla de derechos subjetivos con un contenido amplio y como categoría que comprende distintas posiciones jurídicas protegidas o distintas relaciones que también pueden tener distintos grados o niveles de protección. De modo que el derecho subjetivo es así una realidad compleja, un haz de posiciones, un conjunto de relaciones o derechos como un todo, que ha operado, a su vez, una transformación importante del concepto de derecho, que engloba tanto de una perspectiva más estructural, formal o conceptual, como de dimensiones sustanciales, normativas y axiológicas y que permite conceptualizar perfectamente la noción de derechos fundamentales<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Ob. Cit. p. 168.

<sup>150</sup> PISARELLO, Gerardo. “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”. *Revista Sociedad y Utopía*. N° 34. Noviembre 2009. Madrid. p. 162.

<sup>151</sup> PISARELLO, Gerardo. “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”. Ob. Cit. p. 162.

<sup>152</sup> AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 26.



Por otro lado, la exigibilidad directa es aquella en la que el objeto de la actuación tiene como sustento la invocación directa de un derecho social, económico o cultural, de modo que no existe impedimento teórico para considerar que estos derechos son directamente exigibles por vía judicial, bien a través del reclamo individual, bien a través del reclamo colectivo<sup>153</sup>. De esta manera Abramovich y Courtis señalan que todo derecho implica distintos niveles de obligaciones: una obligación de respetar, una obligación de proteger y una obligación de satisfacer<sup>154</sup>. A la que le agregaría como bien ha desarrollado el Comité de DESC una obligación mediata y mínima y una obligación de progresividad.

Desde esta perspectiva podemos poner tres ejemplos, entre ellos el Caso Asociación Benghalensis donde se condenó al Estado argentino y al Ministerio de Salud a dar cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y especial, suministro de medicamento en forma regular, oportuna y continua a aquellos enfermos que padecen las consecuencias del HIV/SIDA que se encuentran registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país. De esta manera se puede observar como ante la inacción u omisión del Estado determina la posibilidad de actuar mediante la exigibilidad del derecho. El otro es el caso de las reforma del Sistema de pensiones, donde Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 0050-2004-AI/TC, del 3 de julio de 2005, sostuvo que el derecho a la pensión tiene el carácter de fundamental, y siguiendo el criterio de proporcionalidad determinó su contenido esencial constituido por: a) el derecho de acceso a la pensión, b) el derecho a no privar arbitrariamente de pensión a nadie, c) el derecho a un monto mínimo vital. Y último es caso *The Bogovernment of the Republic of South Africa and other v. Grootboom, Irene and others*, si bien el tribunal descarta la posibilidad de definir contenidos mínimos sobre el derecho de acceso a la vivienda, decide incorporar el examen de razonabilidad al análisis de las medidas o políticas públicas, considerando que para ser razonables, las medidas deben atender a quienes más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en una situación de mayor peligro o vulnerabilidad en el acceso al derecho social. De esta manera se procura proveer a los ciudadanos y residentes permanentes el acceso a una vivienda con determinadas características de confort<sup>155</sup>.

Como se puede observar se deja despejada toda duda y se desvirtúa toda posición que considera que los derechos sociales no son derechos exigibles como afirma Fernando

---

<sup>153</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Ob. Cit. p. 132.

<sup>154</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Ob. Cit. p. 133.

<sup>155</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Ob. Cit. p. 132-168.

Atría, “los derechos sociales serían simples aspiraciones, posibilidades o idealidades, cuya satisfacción, por tanto, no resulta exigible”.

Tercero, del mismo modo no compartimos la tesis propuesta por Ricardo García Manrique, donde sostiene el autor que la razón sustancial para no configurar los derechos sociales como derechos subjetivos es porque los derechos sociales tienen una menor capacidad, es decir, su grado de realización es mínimo, ya que representan estados *alejados de la realidad* en mayor medida que los demás derechos fundamentales. Asimismo, indica que los derechos sociales son bienes de reparto desigual, son derechos mínimos, subsidiarios y mercantilizados. Concluyendo que tienen una dimensión gradual y coyuntural que ha terminado realizándose en menor medida que los derechos liberales, por ello el derecho subjetivo vendría a ser una técnica limitada y no adecuada para su protección que conllevará a su restricción, considerándose como un derecho social mínimo, concluyendo que ya no solo será mínimo por su carácter subsidiario sino también por la técnica de derecho subjetivo.

Tenemos la obligación de negar esta tesis en la medida en que no consideramos atinada por tener deficiencias conceptuales y técnicas, ya que sostener que los derechos sociales no deben configurarse como derechos subjetivos, por su falta de realización o por la dimensión gradual que tienen, o por terminar siendo un derecho social mínimo, es desconocer el problema que tienen estos derechos no solo en el plano jurídico, sino sobre todo en el social, político y económico.

Desde una perspectiva social, debemos entender que las necesidades de satisfacción de la ciudadanía están presentes en toda sociedad, como necesidades antropológicamente básicas, y es el Estado –legislativo y judicial– el responsable en hacer todo lo posible para tutelar los derechos sociales, para ello el constituyente le ha asignado los parámetros a seguir, esto tiene que ser realizado mediante políticas públicas adecuadas y necesarias, que garanticen el acceso equitativo a todos.

En el plano económico y político, debemos decir que todos los derechos sociales, los civiles y los políticos tienen un costo económico, como hemos afirmado anteriormente, y lo ideal es tener una recaudación adecuada a fin de poder distribuir o redistribuir adecuadamente los recursos presupuestarios no solo a los derechos de corte liberal sino también a los derechos sociales. Aunque esto último implique un costo más elevado. A la pregunta que sería ¿cómo garantizamos estas necesidades sociales? la respuesta es que ahí es donde viene a jugar el plano político, en relación a su predisposición en tutelar los derechos sociales. Si bien existe pluralismo político donde

hay posiciones antagónicas acerca de ciertas preferencias, considero que es ahí en el plano político, donde se debe luchar por los derechos sociales.

De modo que no se debe responsabilizar a la técnica de los derechos subjetivos, por la ausencia o deficiente protección de los derechos sociales, como algunos autores han venido haciendo con los derechos sociales, sino que esto va más allá, proyectándose a un enfoque social, económico y político.

En este cambio de paradigma donde se pasa del Estado de derecho al Estado Constitucional, los derechos han resaltado su condición de derechos subjetivos al recogerse en las constituciones diversos procedimientos para tutelarlos frente a cualquier afectación, asimismo, se amplió el alcance e importancia, al consagrarse como límite y justificación del accionar de cualquier autoridad estatal, incluyendo al legislador.

Los derechos fundamentales se han venido entendiendo como disposiciones de contenido abierto e indeterminado, tutelada por la fórmula del contenido esencial<sup>156</sup>, de modo que los derechos subjetivos llegaron a ganar ductibilidad necesaria. Con gran consistencia Alexy llegó a proponer que los derechos fundamentales dejen de ser normas-regla, para convertirse en normas- principio,<sup>157</sup> es decir, se entiendan como mandatos de optimización, según las posibilidades fácticas y jurídicas, y teniendo al principio de proporcionalidad como el gran definidor del contenido mínimo de los derechos sociales. Con esta comprensión se entiende que los derechos fundamentales, incluido los sociales, valen como derechos subjetivos.

Por otro lado la justiciabilidad de los derechos sociales ha llevado adelante un control intenso de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales, juridificando distintas condiciones que son esenciales para desarrollar una política pública adecuada y razonablemente orientada a la satisfacción de estas necesidades básicas. De esta forma, el control jurisdiccional se involucra con las “fallas estructurales” que están impidiendo, en un nivel colectivo, el goce de los derechos. Del mismo modo, se involucra con cuestiones sustantivas o axiológicas contenidas en la política pública, poniendo en evidencia ciertas perspectivas disminuidas del alcance de los derechos que hayan

---

<sup>156</sup> “Esta fórmula, deja claro que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es una medida que hay que deducir “en sí” e independientemente del conjunto de la Constitución y de los bienes jurídicos reconocidos junto a tales derechos y que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites admisibles constituyen una unidad”. HÄBERLE, Peter. *La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 59.

<sup>157</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 67.

establecido los órganos políticos, aunque siempre dentro del marco de las obligaciones normativas contenidas en los pactos internacionales, las constituciones y las leyes.

Este tipo de control jurisdiccional no determina, completamente, el contenido de la política pública destinada a cumplir con los derechos sociales. La adopción de “medidas concretas” queda dentro del “margen de acción” de los órganos políticos, a quienes la sentencia reenvía los “modos” de superar los déficits encontrados en la política y los bajos niveles de goce de los derechos. En el Tercer Capítulo de nuestro trabajo observaremos como se ha venido desarrollando la protección de los derechos sociales desde el Tribunal Constitucional con las sentencias dialógicas y cuál es la propuesta que hemos acogido para justificar la búsqueda del Estado social mínimo.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL VALOR JURÍDICO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

#### 1. TEORÍAS EN RELACIÓN A LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO - DERECHOS SOCIALES

El reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones de los Estados se produjo por influencia del principio de Estado Social y que como ya hemos manifestado anteriormente, su plasmación fue en respuesta a los contenidos de la teoría liberal y del Estado burgués, ya que provocó la exigencia de un espacio vital social donde las condiciones estén aseguradas por las prestaciones sociales del Estado. Como bien advierte Pisarello, los derechos sociales son el fruto de las contradicciones generadas por la evolución del sistema capitalista o, más bien, de los actores sociales que el capitalismo engendra y de los intereses a los cuales éstos se articulan<sup>158</sup>. De allí la relación entre el capitalismo liberal y los derechos sociales se presenta como una relación sumamente compleja, en ocasiones de oposición, a veces de mutuo soporte y complemento.

La Constitución de Weimar de 1919 se convierte en Europa en el antecedente inmediato y precursor en la inclusión de disposiciones de derechos sociales. Aunque fue un intento fallido en la ampliación de derechos sociales y limitación de los poderes del mercado, toda vez que los enunciados fueron considerados como meras disposiciones de índole programática<sup>159</sup>, es decir, no vinculaban al legislador, solo eran meras

---

<sup>158</sup> PISARELLO, Gerardo. “Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del derecho*, núm. 15 (octubre -2001), p. 81-107.

<sup>159</sup> “Desde el punto de vista constitucional, es principalmente a través de la tesis del carácter “programático” de los derechos sociales constitucionales como las democracias occidentales emergentes en la posguerra responden, con mayor o menor éxito, a las tendencias estructurales hacia la consolidación del estado social. La constitucionalización de los derechos sociales es concebida, sin embargo, en un sentido débil, en la medida en que éstos se consideran mandatos políticos o, si acaso, normas sólo de efecto indirecto, mediato. Cumplen una función básicamente de cobertura, de habilitación, que permite al legislador incursiones en esferas que el constitucionalismo liberal le vedaba radicalmente. Pero no adquieren, en ningún caso, el *status* de verdaderos derechos subjetivos: casi nunca resultan justiciables y su concreción aparece supeditada a la interposición legislativa y administrativa”. PISARELLO, Gerardo. “Del Estado Social

declaraciones de principio. Lo mismo se puede decir en relación con la CE de 1931 o el final de la III República Francesa. De esta manera por llamarlo con un nombre el Estado Social tradicional se presenta como un Estado Social Legislativo y administrativo, que no consigue articular mecanismos garantistas como las diseñadas para la protección de los derechos liberales clásicos.

En estas condiciones, este proceso sumerge a los derechos sociales en un ámbito de opacidad en el que prosperan los privilegios y la corrupción y en el que los costes y la ineficacia de las políticas sociales, caracterizadas por la discrecionalidad administrativa, las distorsionadas formas de mediación partitocrática y el enquistamiento de poderes invisibles, estatales y paraestatales, inmunes a mecanismos adecuados de control político, jurisdiccional y social, se elevan en forma creciente. Justamente estas son las tendencias patológicas del Estado Social Legislativo.

Esta situación –presencia del pasado- se debió básicamente a la concepción liberal, que imperaba en su momento. Es preciso destacar que la Ley Fundamental de Bonn no recoge taxativamente los derechos sociales, en comparación a la Constitución de Weimar de 1919<sup>160</sup> y a otras constituciones, como el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, y en la Constitución Italiana de 1947, como en la griega de 1975, portuguesa 1976, española de 1978 y en la CP de 1979, fenómeno conocido como el nombre de constitucionalismo social. De esta manera se ha generalizado la consolidación y el desarrollo de los derechos sociales en la Constitución. No obstante no fue obstáculo para que en la Ley Fundamental de Bonn de 1945 recoja el principio de Estado Social.

Por ello estas Constituciones modernas establecen las bases normativas para una recomposición y transformación del Estado Social tradicional, propiciando su conversión de simple Estado legislativo y administrativo en verdadero Estado Constitucional –rasgo

---

Legislativo al Estado Social Constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”. Ob. Cit. p. 81-107.

<sup>160</sup> “Hay que partir del hecho, ya puesto de manifiesto, de que la Ley Fundamental de Bonn no contiene ninguna norma que desarrolle los derechos sociales, por lo que resulta difícil concretar cuál es su verdadero alcance y significación. En la Constitución alemana se han formulado los derechos y libertades clásicos con la mayor concreción posible, y, sin embargo, se ha renunciado a dar forma a los derechos sociales. En este punto no se siguió el ejemplo de la Constitución de Weimar de 1919, que se mostraba aparentemente como mucho más progresiva en lo que se refiere a la determinación de la estatalidad social, a pesar de no incluir este principio en su definición del Estado. En la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn se quiso evitar que la Constitución tropezara con las mismas dificultades a las que sucumbió la Segunda Parte de la Constitución de Weimar, en la cual los derechos sociales permanecían como normas meramente programáticas, sin ninguna eficacia práctica ni fuerza jurídica de obligar”. CARMONA CUENCA, Encarnación. “Las normas Constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica”. *Revista de Estudios Políticos*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 76. 1992. 103-126.

social- y Democrático de Derecho<sup>161</sup>, es decir, una profundización al mismo tiempo garantista y democrática de los clásicos principios de legalidad, publicidad, control de poder: de los poderes públicos o privados, estatales o supraestatales, dirigida a facilitar la estrategia constitucional compleja mediante mecanismos jurídicos y extrajurídicos, que permitan a todos llevar una vida digna.

Sin embargo, se denotan dos problemas básicos: el primero está relacionado con la vinculación de los derechos sociales al legislador, es decir, el deber estatal de actuación; del mismo modo, el otro problema tiene que ver con la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social. Se deben responder a las preguntas ¿si y en qué condiciones pueden construirse posiciones subjetivas iusfundamentales de naturaleza prestacional? y ¿si otras disposiciones de derechos – de libertad, políticos, de igualdad-, pueden concretar normas de contenido prestacional?.

En relación al primer problema, se tiene una respuesta positiva y afirmativa, ya que desde el punto de vista de la Teoría de los derechos sociales fundamentales en el Estado Constitucional, todas las disposiciones de derecho fundamental, y especialmente aquellas que tipifican derechos prestacionales, tienden a concretar imposiciones al legislador, esto es, un determinado deber de legislar – así como a las actuaciones de la Administración y el Poder Judicial-, en general se encuentra sometida a la garantía normativa de la vinculación de los poderes públicos y especialmente al legislador, de modo que las normas que se encuentran plasmadas en la constitución se consideran como *posiciones iusfundamentales de prestación*, en tanto que revisten una estructura: un sujeto activo: el individuo; un sujeto pasivo: el legislador; un objeto: una prestación, es decir, una conducta positiva consistente en expedir leyes tendientes a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos<sup>162</sup>. Asimismo, la vinculación tiene una doble vertiente por un lado se encuentra la vertiente positiva y por el otro la negativa, ambas vinculadas al legislador<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> PISARELLO, Gerardo. “Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”. Ob. Cit. p. 81-107.

<sup>162</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 366.

<sup>163</sup> “Las relaciones entre los derechos fundamentales y la ley no se agotan en la vinculación negativa de ésta a aquellos; es decir, los derechos fundamentales no son únicamente un tope o barrera infranqueable que se impone a los poderes públicos. Existe también una vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Ello significa que los poderes públicos –y, en primerísimo lugar, el legislador- están constitucionalmente obligados a llevar a cabo una tarea de promoción de los derechos fundamentales, tendente a satisfacer la plena efectividad de los mismos”. DIEZ PICAZO, Luis-María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Tercera Edición. Editorial Civitas. Navarra. 2008. p. 128-129.

Del mismo modo, si analizamos el tipo de relación jurídica, que supone se deben considerar como derechos subjetivos, encontraremos lo siguiente: frente al titular del derecho, sujeto activo, existe un sujeto identificable obligado por ese derecho, sujeto pasivo. El titular A tiene derecho exigir X de B. Desde el punto de vista del obligado, B tiene el deber de realizar X en beneficio de A. Si consideramos el ejemplo del derecho a la educación, el deber de satisfacerlo corresponde a la Administración educativa competente (El Estado).<sup>164</sup>

Para darle mayor consistencia al argumento, Francisco Bastida indica que las dos características que tipifican a un derecho fundamental derivan de la doble dimensión de la Constitución en cuanto fuente jurídica “la Constitución regula la producción de disposiciones y sus destinatarios son el legislador y los demás poderes públicos, a los que les está vedada la libre disposición sobre los derechos constitucionales establecidos”<sup>165</sup>. Esto hace que los derechos sean inatacables, de vinculación potencialmente inmediata. En cuanto fuente suprema la vinculación es directa “la Constitución actúa como fuente que crea directamente relaciones jurídicas. Dotada de vinculación inmediata, su destinatario puede ser cualquiera y su objeto cualquier ámbito vital”<sup>166</sup>.

De esta manera la posición del legislador queda predeterminada así por la potencial vinculación inmediata de las disposiciones iusfundamentales. Por lo tanto, el legislador no podrá disponer de los derechos para denegarlos. De modo que la omisión o desatención de esta obligada intervención del legislador hará emerger la vinculación directa de la disposición iusfundamental, aunque sea en su contenido mínimo o esencial.

Sin embargo, aun teniendo presente que el contenido mínimo o esencial debe ser respetado por el legislador, la doctrina<sup>167</sup> no es pacífica frente a la afirmación del apartado precedente, en la medida que existen posiciones, en relación a las disposiciones iusfundamentales de prestación en sentido estricto -derechos sociales- de donde se derivan normas y posiciones jurídicas, y que en algunas constituciones han adoptado en a fin de determinar el estatus de los derechos sociales, en otras ha sido la jurisprudencia la que le ha dado el valor jurídico a las disposiciones prestacionales.

---

<sup>164</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTINEZ, GREGORIO. “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su Génesis y su Concepto”. Ob. Cit. p. 15-34.

<sup>165</sup> FRANCISCO J. BASTIDA. Ob. Cit. p. 114-115.

<sup>166</sup> FRANCISCO J. BASTIDA. Ob. Cit. p. 115.

<sup>167</sup> “En materia de derechos sociales, rápidamente se advierte de forma clara que no puede darse una calificación jurídica unívoca y apriorística para todos ellos. A veces, según cual sea el ordenamiento jurídico contemplado, pueden adquirir la firme consistencia de un auténtico derecho subjetivo, y en otras ocasiones se configuran como intereses legítimos o meros intereses de hecho”. CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela Constitucional de los derechos sociales*. Ob. Cit. p. 50.



De modo que podemos hablar de una visión poliédrica de los derechos sociales, ya que no todas las disposiciones constitucionales que recogen derechos sociales tienen las mismas condiciones de aplicación en el tiempo y en el espacio, las mismas garantías, igual grado de intensidad, elasticidad y complitud, e incluso la misma certeza en la determinación de los destinatarios. No es de extrañar pues que las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales sobre los derechos sociales o sobre la misma cláusula general del Estado Social hayan sido tan dispares a nivel de todos los ordenamientos.

Desde el punto de vista jurídico – constitucional existen varias posibilidades en la configuración jurídica de los derechos sociales. Para un análisis pormenorizado recogeremos las concepciones doctrinales que consideran a las disposiciones iusfundamentales de prestación en sentido estricto -derechos sociales-; como normas programáticas, como normas de fines del Estado, las que adscriben deberes estatales objetivos, las que adscriben normas de carácter definitivo y las que adscriben normas *prima facie*<sup>168</sup>. Desde aquí manifestamos nuestra adscripción por esta última, que desarrollaré en el Capítulo III del presente trabajo.

## **1.1 LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN COMO NORMAS PROGRAMÁTICAS**

Esta posición doctrinal es la que menos protege y tutela a los derechos sociales, pues niega que de las disposiciones iusfundamentales de prestación contenidas en la Constitución puedan emanar normas vinculantes y obligatorias para el legislador democrático; esto quiere decir que solo son vistos como programas que el legislador podría desarrollar a su arbitrio y discreción.

Por otro lado, si bien anteriormente habíamos mencionado sobre lo que significaba la estructura tríadica de los derechos sociales, para esta concepción, tal estructura no es posible, es decir, el legislador no se considera sujeto pasivo de una obligación, mucho menos que la prestación, que vendría a ser su objeto, deba ser desarrollado por él, y como consecuencia deba ser dirigida a satisfacer las necesidades básicas del individuo, no tienen, pues, vinculación de la autoridad pública (legislativa, administrativa y jurisdiccional)

---

<sup>168</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 368-396.

De esta manera, como no hay un carácter vinculante al legislador, tampoco una relación triádica, al individuo se le niega cualquier atribución sobre alguna pretensión que pudiera considerarse exigible por vía jurisdiccional. “De modo que las disposiciones de derechos prestacionales sólo cumplen una función política de fuente de inspiración del contenido de las leyes (...) la única consecuencia que se deriva de los derechos sociales, consiste de que sirven de expediente para justificar la restricción legislativa de las libertades. Así los derechos sociales (el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, el derecho a una alimentación adecuada) no le exigen un determinado grado de desarrollo o de realización, sino que lo autorizan para limitar los derechos de libertad”<sup>169</sup>.

Algunos autores consideran que los derechos sociales valen solo como anticipaciones programáticas, casi experimentales de una realidad aún virtual. Así mismo, señala Cascajo Castro, que estos autores que defienden la tesis de las normas programáticas, consideran al principio del Estado Social de Derecho, no como un concepto jurídico en el sentido que indique un propio carácter institucional y un específico contenido material. Esto nos da a entender que de dicho principio no se puede deducir derechos, ni deberes, ni pueden derivarse instituciones.<sup>170</sup>

Se ha tenido en cuenta que la concepción de las normas programática se sustenta en tres argumentos: el primero, relacionado con un argumento de la filosofía política, el segundo tiene que ver con la indeterminación de las disposiciones fundamentales de prestación, y el último se relaciona con la competencia del legislador para determinar los medios idóneos en el cumplimiento de los fines prescritos por las normas prestacionales.<sup>171</sup>

La filosofía política, en cuanto a la fundamentación de los derechos, sostiene que el único objeto de protección debe ser la libertad negativa y que, por lo tanto, las disposiciones de los derechos sociales carecen de fuerza vinculante frente al legislador.

El carácter de la indeterminación, que anteriormente ya hemos analizado, al ser un argumento de las normas programáticas, sostiene que para la realización de los fines descritos en los derechos sociales -a la educación adecuada, salud adecuada, vivienda digna- puede llevarse a cabo mediante una infinidad de medios. La Constitución rara vez

---

<sup>169</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 369.

<sup>170</sup> Cfr. CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Ob. Cit. p. 50.

<sup>171</sup> Cfr. CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Ob. Cit. p. 50.

especifica cuáles son esos medios que el legislador debe adoptar y en qué momento u oportunidad debe llevarlos a cabo; tampoco señala el grado en que debe llevarse a cabo – ya sea este un grado máximo o grado mínimo- y esto denota que las disposiciones iusfundamentales de prestación en sentido estricto -derechos sociales- son indeterminados, lo que conllevaría a ser utilizado como argumento que defiende la posición del carácter programático. Así, algunos autores afirman que “la relevancia de ellas, de las normas programáticas de los derechos sociales, sería esencialmente política, pues sirven apenas para la presión política sobre los órganos competentes<sup>172</sup>, es decir, del legislador.

Por último, es utilizado el argumento de la competencia del legislador para fijar los medios, de esta manera se afirma que esta situación compete al ámbito político y no a la interpretación constitucional, dado que tiene que ver con recursos financieros, composición de intereses, determinar las infraestructuras técnicas y burocráticas. En este contexto, según el argumento democrático, el único legitimado para tomar las decisiones vendría a ser el legislador –señor del derecho- de modo que representa a todos los ciudadanos, es decir, a la mayoría, cuyo resultado será consecuencia de un debate fundamentalmente deliberativo y concertado, con ello se estaría resguardando a la democracia. Frente a esta posición niegan que el Tribunal deba ser quien dirija o fije los medios idóneos para el cumplimiento de los fines, pues no tiene legitimidad democrática, carecen de conocimientos sobre los intereses sociales y carecen de la idoneidad técnica de las estrategias económicas.

Estas consideraciones hacen que los derechos sociales deban ser considerados como normas programáticas, carentes de vinculación a los poderes públicos, especialmente al legislativo, creando un amplio margen de libertad para el legislador, de modo que verá oportuno el momento para encontrar el medio idóneo, la oportunidad y el grado de hacer efectivos los derechos sociales. Esto conlleva esencialmente una arbitrariedad por parte del legislador -al suicidio de la democracia- que afecta no solo al contenido mínimo o esencial que deben tener los derechos sociales, sino también al carácter normativo de la Constitución, es decir, a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, en su faceta positiva y negativa, de modo que los derechos fundamentales -incluyendo los sociales- no son únicamente un tope o barrera infranqueable que se impone a los poderes públicos. Existe también una vinculación positiva de los poderes

---

<sup>172</sup> GOMES CANOTILHO. J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Quinta Edición. Editorial Almedina. 2002. Coimbra-Portugal. p. 470.

públicos a los derechos fundamentales. Ello significa que los poderes públicos –y, en primerísimo lugar, el legislador- están constitucionalmente obligados a llevar a cabo una tarea de promoción de los derechos fundamentales, tendente a satisfacer la plena efectividad de los mismos<sup>173</sup>.

## 1.2 LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN COMO NORMAS FINES DEL ESTADO

El principal rasgo que diferencia a esta posición –normas fines del Estado- de las normas programáticas, es el carácter de vinculación del legislador hacia los fines del Estado<sup>174</sup>. Por ello se ha asignado a esta perspectiva como aquellos derechos prestacionales que tienen la estructura de normas de programación final. Esto significa que las normas prestacionales prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios.

Se entiende que el fin está determinado en la Constitución, sin embargo, los medios son varios y alternativos, de modo que las decisiones sobre los medios deben ser tomadas en el terreno de la política; de esta manera se deja abierta a la discrecionalidad del legislador decidir qué medio tomar y en qué momento hacerlo, y en qué grado determinarlo. De esta forma los medios no se encuentran vinculados obligatoriamente al legislador.

En necesario precisar que los medios están condicionados por cuestiones fácticas - aspectos político y económico- por ello el lugar adecuado para tomar las decisiones es el parlamento democrático, pues es él quien representa a la sociedad y por tanto tiene legitimidad para tomar las decisiones que terminarán afectando a la sociedad.

K. – P. Sommermann, en su obra “Staatsziele und Staatszielbestimmungen”, citado por Bernal Pulido<sup>175</sup>, es quien mejor ha estudiado esta teoría. Refiere que “casi siempre se ha defendido que no sólo el “cómo”, sino también el “si” y el “cuándo” de la realización de los fines constitucionalmente prescritos, son asuntos que pertenecen con exclusividad

---

<sup>173</sup> DIEZ PICAZO, Luis-María. Ob. Cit. p. 128-129.

<sup>174</sup> “De acuerdo con la Teoría de las normas fines del Estado, dicha fuerza vinculante se agota se agota en el deber del Estado de perseguir el fin prescrito. Así observada, esta concepción se separa de la tesis de las normas programáticas, para la cual, el hecho de que el legislador no esté vinculado en cuanto a los medios, implica que tampoco lo está en cuanto a los fines”. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 375

<sup>175</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 377-378.

al ámbito de la configuración legislativa”; sin embargo, la respuesta debe ser matizada en la medida que “*el cuándo*” no es algo que pueda quedar a la entera discrecionalidad del legislador, pues las normas que prescriben fines del Estado ejercen una “obligación de carácter vinculante” para todos los poderes públicos –legislativo, administrativo y judicial-, ya que de nada serviría que solo se vincule los fines y no el *momento inmediato* que tienen que ser cumplidos mediante los medios. En ese sentido, Sommermann concluye señalando que la inactividad absoluta está prohibida por estas normas fines, por lo que devendría en una inconstitucionalidad por omisión<sup>176</sup>.

En conclusión, a fin de explicar cuáles son las ventajas de esta teoría, destacamos que efectivamente hay un cambio en relación a la teoría anterior, de manera que la reconstrucción propende a “vincular directamente al legislador en relación al fin” recogido en la Constitución y que la inactividad legislativa total es incompatible con la Constitución.

### **1.3 LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN COMO MANDATOS OBJETIVOS**

La teoría de los mandatos objetivos fue propuesta y defendida por E.-W. Böckeförde, quien sostiene que las pretensiones sociales de prestación se reducen a mandatos jurídicos – objetivos, y que estos mandatos están dirigidos tanto al legislador como a la administración.

Esta teoría ofrece una solución diversa al problema de cómo identificar los medios o los instrumentos, que resultan obligatorios para el legislador a partir de los fines prescritos por las disposiciones constitucionales. Los medios son, en definitiva, vinculantes para el legislador y pueden ser controlados por el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, la fórmula para considerar a los derechos sociales, es la de “mandato constitucional”<sup>177</sup>. Significa que los deberes jurídico-objetivos que tienen como destinatarios al Estado, entendiéndose al legislador y a la administración, obligan a actuar

---

<sup>176</sup> “La doctrina define la acción de inconstitucionalidad mediante la cual se solicita la declaración de inconstitucionalidad por omisión como una institución jurídica procesal por la que se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de un órgano del poder público que ha omitido cumplir un deber concreto que la Constitución le asigna expresa o tácitamente de manera que un precepto constitucional resulta ineficaz por su falta de desarrollo, lo que produciría la vulneración constitucional”. ALDUNATE BULNES, Luz. “La inconstitucionalidad por omisión”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 4 N° 1 Universidad de Talca. Julio-2006. p. 251-264.

<sup>177</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE E.- W, Ob. Cit. 1993. p. 80.

al Estado para la realización del fin o del programa formulado en el mandato a través de medidas apropiadas. Son justamente estas medidas que se dejan al parecer y entender del juicio político del órgano actuante, y con ello al proceso político, la vía, los medios, la dimensión y las modalidades de la realización<sup>178</sup>.

La vinculación de los mandatos constitucionales se enfoca en tres sentidos según refiere Böckenförde<sup>179</sup>; el primero hace alusión a que el fin, programa u objetivo es sustraído de los órganos políticos y le es determinado un carácter vinculante; en segundo lugar, es inadmisibles la desatención o inactividad evidente y grosera del fin o del programa por parte de los órganos del Estado; y, tercero, una vez establecidas, determinadas y reguladas las medidas tendentes a la consecución del fin, éstas deben mantenerse, de modo que la eliminación o supresión definitiva o una reducción que traspase los límites de la desatención grosera del fin, está prohibida y, por lo tanto, no es permisible.

A todo ello Böckenförde aporta algo más que lo diferencia sustancialmente de otras propuestas y que caracteriza la suya. Para precisar ello, se hace una pregunta: ¿hasta dónde alcanza esta vinculación jurídica efectiva?, ¿Se puede extraer de los mandatos constitucionales un componente jurídico – subjetivo, sin que se ponga en peligro la estructura constitucional democrática?

La respuesta a estos interrogantes está diseñada para asignar un carácter jurídico-subjetivo a las pretensiones de defensa de los particulares afectados ante ciertas situaciones, éstas pueden ser *inactividad*, *desatención grosera* y *supresión definitiva* de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional.

Como explica Böckenförde para justificar esta garantía ante estas situaciones mencionadas, éste se basa en que las *pretensiones de defensa* no se dirigen a un determinado hacer positivo, sino a la defensa frente a las violaciones de límites y vinculaciones trazados al juego político, es decir al legislador, por los mandatos objetivos.

De modo que la discrecionalidad del legislador tiene límites y éstos están conformados por circunstancias fácticas como la *inactividad definitiva* de los fines, objetivos o programas, o una vez determinada *la medida* para alcanzar el fin constitucional esta sea, *suprimida o reducida*, y como consecuencia sea desatendido el fin. Es así que si se configuran estas circunstancias fácticas el individuo tiene la facultad jurídico-subjetiva de revertir tal situación, o como menciona Böckenförde, se ofrece por

---

<sup>178</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE E.- W, Ob. Cit. 1993. p. 80.

<sup>179</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE E.- W, Ob. Cit. 1993. p. 81.

ello al ciudadano un apoyo expreso para expectativas determinadas y especialmente mencionadas con respecto a su participación en los bienes sociales materiales<sup>180</sup>.

Como bien señala Carlos Bernal Pulido, esta teoría ofrece una solución diversa al problema de cómo identificar los medios o los instrumentos que resultan obligatorios para el legislador a partir de los fines prescritos en las disposiciones iusfundamentales. Por ello, esta tesis trae como propuesta y entiende que los medios son el objeto de las normas que se adscriben a estos enunciados iusfundamentales. Ellos son, por tanto, aquellos que resulta vinculantes en definitiva para el legislador y que puede ser controlado por el Tribunal Constitucional<sup>181</sup>.

Ello no implica que el Tribunal Constitucional pueda deducir, mediante la interpretación, derechos prestacionales que puedan concretarse en posiciones jurídicas que revistan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, otro pasivo y un objeto, es decir, no se atribuye a un titular un derecho subjetivo, cuya pretensión tenga el carácter de ser jurídicamente exigible, claro está en principio, porque luego, si se cae en las circunstancias fácticas –inactividad y desatención grosera del fin, o suprimir o reducir una medida ya determinada- prácticamente se le estaría asignando un derecho subjetivo para reclamar a los tribunales.

Por ello se señala que esta concepción goza de una vertiente jurídico-subjetiva<sup>182</sup> cuando se configuran las circunstancias fácticas, que son los límites que tiene que garantizar el legislador. Así mismo la vertiente subjetiva es entendida como pretensiones de defensa de los particulares afectados y no como una pretensión positiva. Pretensión de defensa que tiene que ser activada ante una situación de discrecionalidad arbitraria del legislador, de haberse sobrepasado los límites impuestos en los fines y en la medida ya determinada.

En conclusión, para determinar cuáles son los criterios de protección de los fines, podríamos decir que son: 1) prohibición de inactividad absoluta o desatención evidente y grosera del fin o programa u objetivo. 2) prohibición de suprimir o reducir las medidas legislativas que tienden a realizar el fin constitucional prescrito. Esta es conocida como la prohibición de retroceso social o irreversibilidad<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE E.- W, Ob. Cit. 1993. p. 81-82.

<sup>181</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 380.

<sup>182</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 382.

<sup>183</sup> “Ponce Solé señala que: “La irreversibilidad (o no regresión) será la cualidad del derecho (o de ciertas facultades del mismo) que lo hace no reversible, esto es, sin vuelta atrás, en cuanto a menor contenido o

## 1.4 LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN COMO NORMAS QUE ESTATUYEN POSICIONES JURÍDICAS DEFINITIVAS

Esta tesis considera que las disposiciones iusfundamentales de prestación en sentido estricto –derechos sociales-, dan lugar a auténticas posiciones jurídicas definitivas<sup>184</sup>, en ese sentido, se toma en consideración al sujeto activo, dotado de derechos y pretensiones. En tanto que las demás tesis omitían a este sujeto, desacreditándolo y quitándole el carácter de derecho fundamental, y como consecuencia de ello se restaba el carácter de la aplicación inmediata y de su exigibilidad.

Darle esta condición a los derechos sociales significa dos cosas; primero, la agregación en la relación jurídica del sujeto activo y, segundo, que estos devendrían a ser posiciones que no se pueden restringir.

La idea central de las posiciones jurídicas definitivas implica que de los derechos sociales enunciados en la Constitución se puede desprender un deber legislativo de satisfacer la prestación establecida o el fin constitucional tipificado, y que de esos enunciados se puede adscribir diversas posiciones jurídicas<sup>185</sup>. A continuación analizaremos cuáles son esas posiciones jurídicas.

En primer lugar, sostiene esta tesis que las disposiciones de derechos prestacionales se concretan en posiciones jurídicas de *abstención*, es decir, imponen al legislador el deber de no restringir el derecho de los particulares. Algunos autores lo denominan la

---

facultades y por lo tanto resistente a posibles medidas públicas regresivas, que no pueden afectarlo jurídicamente (...). Sin embargo, la regresión de los derechos sociales no es absoluta, en la medida que respete el contenido mínimo esencial y los principios constitucionales y legales, entre ellos se encuentran: la interdicción a la arbitrariedad, seguridad jurídica y confianza legítima, irretroactividad igualdad y proporcionalidad”. PONCE SOLÉ, Juli. *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2013. p. 84-85.

<sup>184</sup> Se entiende por posiciones jurídicas definitivas aquellas “posiciones iusfundamentales de prestación que revisten la siguiente estructura: sujeto activo: el individuo; sujeto pasivo, el legislador; objeto, una prestación, es decir, una conducta positiva consistente en expedir leyes tendientes a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios para el ejercicio de las libertades y de los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos”. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 377-378. Del mismo modo, Peces barba señala: “Si analizamos desde la relación jurídica que suponen los debemos considerar como derechos subjetivos, frente al titular del derecho, sujeto activo, existe un sujeto determinado obligado por ese derecho, sujeto pasivo. El titular A tiene el derecho de exigir X de B. Desde el punto de vista del obligado, B tiene el deber de realizar X en beneficio de A”. Cfr. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su Génesis y su Concepto”. Ob. Cit. p. 29.

<sup>185</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 388.



dimensión negativa, otros como garantías institucionales, por ejemplo, a trabajar, a educar, a convocar a una huelga y a adoptar medidas de negociación colectiva. Por tanto, al legislador le está vedado expedir normas que impidan el ejercicio de los derechos de los particulares, es decir, que los individuos lleven a cabo acciones tendientes a realizar los fines determinados.

En segundo lugar, el legislador está vinculado con “el principio de igualdad” en la creación y en el reparto de los derechos derivados. Esto da a entender que bajo esta categoría los derechos prestacionales confluyen en esta dirección para configurar un derecho subjetivo de igual participación en los derechos prestacionales derivados.

En tercer lugar, de acuerdo con la teoría de las disposiciones jurídicas definitivas, los derechos prestacionales imponen al legislador el deber de legislar y satisfacer. Este deber contiene por lo menos, si cabe la expresión, dos derechos subjetivos que se desprenden de las posiciones jurídicas definitivas: 1) el derecho a obtener del legislador al menos un grado mínimo de actividad legislativa y 2) el derecho a que la legislación establezca las condiciones idóneas para satisfacer las necesidades básicas, es decir, el derecho a recibir un mínimo existencial. Por ello, si no se cumplen estas garantías mínimas el individuo está facultado a exigir el cumplimiento de estos presupuestos. De modo que correlativamente se debe entender que está prohibida la inactividad legislativa y la desatención del mínimo existencial, y que la vulneración de estas prohibiciones tiene como consecuencia la inconstitucionalidad por omisión<sup>186</sup>.

En cuarto y último lugar, esta tesis sostiene que las posiciones jurídicas definitivas deben adscribirse a las cláusulas de derechos prestacionales una “prohibición de retroceso social”. Se debe entender por esta posición que la legislación que ha estructurado organizativamente y ha desarrollado estos derechos es irreversible, es decir, que cuando se ha conseguido un status de protección de los derechos sociales este no debe dar vuelta atrás, no de involucionar gradualmente. Como forma de protección se le otorga una garantía exigible a los individuos, correspondiéndole un derecho ante los tribunales, ya que los beneficiarios tienen el derecho de seguir gozando de las prestaciones, que puede ser una pretensión de inconstitucionalidad en contra de las leyes.

Generalmente se le ha atribuido la irreversibilidad solo cuando se protege el contenido esencial del derecho prestacional, si bien tenemos clara esta posición, lo que se

---

<sup>186</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 391.

quiere es asignar una garantía estable para el núcleo irreductible de los derechos prestacionales.

De esta forma lo trascendente de esta tesis reside en la intención de articular la dimensión normativa de los derechos prestacionales como un conjunto de normas adscritas dirigidas al parlamentario, el cual asigna una variada gama de relaciones jurídicas tridimensionales, dejando de esta manera de ser meros principios políticos o directrices morales, y constituyéndose en auténticos mandatos jurídicamente exigibles.

En conclusión, si bien se deja al legislador la libertad de configuración de los derechos sociales, en mérito a su carácter de legitimación democrática, esta libertad debe respetar el mínimo esencial, que se concreta como ya mencionamos en un mínimo de actividad legislativa, en la satisfacción del mínimo existencial y en el derecho al no retroceso a este mínimo existencial.

Esta tesis tiene dificultades que pasaremos a señalar<sup>187</sup>: 1) Si se concibe esta prohibición –inactividad legislativa– como norma definitiva, irrestringible, y no solo como una norma prima facie, se elimina por completo la competencia del legislador para determinar la oportunidad de la intervención, generando efectividad en las estrategias. 2) Incurren en un problema de esencialismo, es decir, la dificultad de determinar a priori el contenido esencial de los derechos prestacionales, más aún cuando el mínimo existencial es indeterminado. 3) Otra objeción está relacionada a que cada derecho prestacional tiene un núcleo que en todo caso debe ser realizado. Si observamos que las posiciones prestacionales son definitivas puede generar incompatibilidad con otros derechos, bienes, y fines, toda vez que el legislador no solo se vincula con el derecho sino con toda la constitución; Lo que generaría colisiones imposibles de resolver. 4) El derecho al no retroceso social de los derechos prestacionales es una posición prima facie, que admite restricciones siempre y cuando sean proporcionadas y respetes otros principios. 5) Contra la noción del contenido esencial puede objetarse que despojaría de carácter obligatorio a las disposiciones de derechos prestacionales que se encuentren por fuera de ese núcleo mínimo.

---

<sup>187</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 387-396.

## 2. EL VALOR JURÍDICO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y PERUANA DE 1993: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

### 2.1 LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

No es desconocido que el lenguaje de consenso adoptado por la CE, servía para posponer decisiones en cuestiones que encerraban posiciones ideológicas difícilmente armonizables<sup>188</sup>. Este rasgo genético de la CE se extendió también a los derechos sociales. No sin razón, tuvieron una estructura y una posición particular en la Constitución, ello bajo el argumento de que a éstos les correspondían una previsión presupuestaria.

Antes que nada, debo dejar en claro que la CE es una auténtica norma jurídica<sup>189</sup>, afirmación que se desprende del Artículo 9.1 de la C.E “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y así ha sido repetidamente afirmado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional desde el momento de la entrada en vigor de la Constitución<sup>190</sup>. De manera que el principio de fuerza normativa de la Constitución (vinculación normativa) descarta que ninguna norma debe ser entendida como programática. Si entendemos así este principio llegaríamos a la conclusión que todos sus preceptos son directamente aplicables y pueden ser exigibles ante los tribunales ordinarios, sin necesidad de desarrollo legislativo. Sin embargo, este principio en el caso español, como en muchas otras Constituciones modernas, debe ser matizado con la siguiente afirmación que ha hecho el Tribunal Constitucional Español: “la vinculación directa de las normas constitucionales no tendrán más excepciones que aquellos en que así lo imponga la propia constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable”<sup>191</sup>. Más adelante desarrollaremos este apartado.

---

<sup>188</sup> CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Ob. Cit. p. 98.

<sup>189</sup> En este mismo sentido Gerardo Pisarello refiere que: “Una concepción que admita el valor normativo de las Constituciones vigentes, no puede aceptar que sus cláusulas sociales constituyan meros enunciados retóricos, advocaciones morales que simplemente queden libradas al albur del legislador”. PISARELLO, Gerardo. “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. El contenido mínimo de los derechos sociales de los inmigrantes. Propuestas e indicadores de evaluación*. Año 2001. N° 4. Valencia. p. 449.

<sup>190</sup> Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación. “Las normas Constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica”. Ob. Cit. p. 103-126.

<sup>191</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español: STC 15/1982, de 23 de abril.

Esta última afirmación nos desplaza a la consideración de los distintos tipos de normas que coexiste en la CE. En ese sentido, el Capítulo Tercero del Título I de la CE (denominados como principios rectores de la política económica y social) recoge una tipología de distintas normas constitucionales.

La doctrina ha realizado un esfuerzo para darle sentido a este apartado. Según ha sostenido Javier Jiménez Campo, las normas de este apartado en comento se dividen en: 1) mandatos objetivos al legislador<sup>192</sup>, 2) normas programáticas<sup>193</sup>, 3) principios de igualdad<sup>194</sup> y 4) garantías institucionales<sup>195</sup>. Prieto Sanchís afirma que la diferencia estriba únicamente desde dos modalidades: 1) los denominados derechos propiamente dichos<sup>196</sup> y 2) los principios-directriz<sup>197</sup>. Revenga Sánchez mantiene la idea de que el contenido y la estructura jurídica del Capítulo III son de naturaleza heterogénea y variada en grado extremo, refiriendo que abundan los principios de actuación, los compromisos de los poderes públicos, pero hay también genuinos derechos y garantías institucionales, y una

---

<sup>192</sup> Entre los mandatos de legislar se encontraría los que califican de derechos, a la protección a la salud (art. 43.1), o a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1), o el derecho a una vivienda digna (art. 47), que es distinto a las normas programáticas, donde la constitución le ha quitado el carácter de derecho subjetivo. No es una función meramente informadora u orientadora de los principios rectores, sino son mandatos perentorios de hacer, en sentido estricto, que son susceptibles, sin sombra alguna, de garantía institucional”. Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Editorial Trota. Madrid. 1999. p. 131.

<sup>193</sup> “Una norma programática es, en todo caso, aquella que señala o impone objetivos al poder público, al legislador en primer lugar, un ejemplo de ello es: “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso y económico y para la distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial, realizarán una política orientada al empleo”. Este precepto informa la función legislativa, carece de sanción jurídica, orienta la acción del poder público, busca la consecución en el tiempo de cierto resultado, se alcanzan a través de políticas en las que se inscriben las concretas determinaciones normativas, y la política no son susceptibles, como tales, de control jurídico, deben ser objeto de una ponderación o ajuste de carácter político, labor a la que debe ser ajena la jurisdicción”. Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Ob. Cit.* p. 129.

<sup>194</sup> “Igualdad de los hijos con independencia de su filiación” (art. 39.2); protección de las madres (art. 39.2); de la infancia (art. 39.4); de los minusválidos (art. 49); o de los ancianos (art. 50).

<sup>195</sup> “Las garantías institucionales plantea exigencias específicas y más rigurosas que lo previsto en el artículo 53.3. Garantías de este género sería: “un régimen público de Seguridad Social” (art. 41); la familia (art. 39.1).

<sup>196</sup> “Constitución española: “El derecho a la protección a la salud (art. 43.1); el derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 47); el derecho de acceso a la cultura (44.1) y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1)” “Los enunciados normativos que presentan la fisonomía de derechos, en cambio, no serían principios abiertos, sino reglas, aunque tan sumamente imprecisas que apenas permitirían fundar pretensiones concretas por vía de interpretación”. PRIETO SANCHIS, Luis. *Ob. Cit.* p. 47.

<sup>197</sup> Los poderes públicos “realizarán una política orientada al pleno empleo” (art. 40.1); “mantendrán un régimen público de Seguridad social” (art. 41); “realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49)”; etc. “la diferencia es más bien de matiz. Los principios-directriz son normas programáticas o mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, por lo que es lo mismo, porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de los fines” PRIETO SANCHIS, Luis. *Ob. Cit.* p. 47.

identificación recurrente de grupos merecedores de especial atención<sup>198</sup>. Para Juan Ruiz Manero la diferencia se hallaría entre: 1) normas-fin<sup>199</sup> (directrices), 2) normas-principio<sup>200</sup> (principios en sentido estricto), de forma que la necesidad de deliberación,

---

<sup>198</sup> Cfr. REVENGA SANCHEZ, Miguel. “Los derechos sociales (*Instrumentos de garantía en la Constitución española*)”. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Nº 21. Diciembre. 2009. p. 103.

<sup>199</sup> “Las cosas son distintas si lo que examinamos no son lo que llamábamos principios en sentido estricto, sino las directrices o normas programáticas, entendiendo por tales las normas que establecen la obligatoriedad de perseguir determinados objetivos colectivos, esto es, de maximizar ciertos rasgos o propiedades del mundo social. Por ejemplo, la disposición constitucional que ordena que la política económica esté orientada al pleno empleo. De acuerdo con lo que sosteníamos en Las Piezas, estas normas deben reconstruirse como no conteniendo, en su antecedente, más que el que haya una oportunidad de realizar la conducta ordenada en el consecuente (contribuir a maximizar el empleo). Son pues, normas programáticas, pues no contienen en su antecedente ninguna propiedad adicional a la de que haya una oportunidad de realizar la conducta ordenada en el consecuente. Esta conducta ordenada en el consecuente presenta, por su parte, cuatro rasgos importantes. Primero, no se trata de una acción, sino de un estado de cosas que puede mantener relaciones causales con acciones muy heterogéneas entre sí: puede fomentarse el pleno empleo mediante políticas salariales, comerciales, educativas, fiscales, de función pública, etc. Segundo, estas acciones, a su vez, pueden mantener relaciones causales asimismo muy heterogéneas con estados de cosas ordenados por directrices diversas: cierta política fiscal puede, de entrada, contribuir a fomentar el pleno empleo, pero contribuir a deteriorar la estabilidad económica, estado de cosas al que apunta otra directriz constitucional; y este deterioro de la estabilidad económica puede, a su vez, acabar teniendo efectos negativos sobre el empleo. Tercero, la propiedad que caracteriza al estado de cosas ordenado por cada directriz es una propiedad graduable y lo ordenado es maximizar tanto como sea posible esa propiedad, trazando políticas que articulen la procura de esa maximización con la procura de la maximización de las propiedades caracterizadoras de los estados de cosas cuya persecución ordenan otras directrices. Cuarto, ese deber de maximización no es un deber meramente prima facie, sino concluyente”. RUÍZ MANERO, Juan: “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28 (2005), p. 341-365.

<sup>200</sup> “las normas que llamamos principios en sentido estricto están compuestas, de acuerdo con nuestra reconstrucción, por un antecedente en el que no figura otra cosa más que el que exista una posibilidad de realizar (u omitir) una cierta acción y un consecuente en el que figura el deber prima facie de realizar (u omitir) tal acción. De esta forma, los principios en sentido estricto pueden ser vistos como normas categóricas – que no establecen condiciones distintas de las que derivan de su propio contenido- que generan deberes meramente prima facie; si, en relación con un cierto caso, deseamos saber si ese deber prima facie deviene deber concluyente hemos de añadir al antecedente, constituido por la existencia de una posibilidad de realizar (u omitir) la acción modalizada deónticamente en el consecuente, una cláusula de “a menos que”: el deber prima facie deviene deber concluyente siempre que sobre el caso en cuestión no incida otro principio que tenga, en relación con él, un peso mayor y que, por ello, derrote, en relación con el caso, al principio bajo consideración. De esta forma, los principios en sentido estricto pueden ser vistos como normas hipotéticas –que establecen condiciones de aplicación adicionales de aquellas que se derivan de su contenido- que generan deberes concluyentes. La diferencia con las reglas (que también establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido) es que, en el caso de las reglas, esas condiciones de aplicación están determinadas – forma cerrada- mientras que en el caso de los principios en sentido estricto tales condiciones de aplicación están indeterminadas –forma cerrada-. De lo que se sigue la tan conocida circunstancia de que, así como la manera en que una regla se aplica a ciertos casos es mediante la subsunción de estos en aquella, la manera en que un principio se aplica a ciertos casos es mediante su ponderación en relación con cada uno de esos casos con otros principios que resulten concurrentes. Si las reglas pueden aplicarse sin ponderación es porque en ellas se encuentran determinadas las propiedades genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación; como tales propiedades genéricas no se encuentran determinadas en el caso de los principios, la ponderación es aquí inescapable. Las reglas pueden, pues, ser vistas como razones perentorias (como razones para hacer lo ordenado excluyendo la deliberación sobre otras razones en pro o en contra de ello) precisamente porque determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado; los principios no pueden ser vistos más que como razones de primer orden (como razones para hacer lo ordenado cuyo peso frente a otras razones en contra de ello no puede establecerse más que mediante deliberación) precisamente porque no determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado. Pero, si en relación con un cierto caso, el principio bajo consideración no resulta derrotado por otros eventualmente concurrentes, éste exige,

común a todos los principios, se plantea de forma distinta según que se trate de principios en sentido estricto o de directrices. En el primer caso (principios en sentido estricto) se trata de determinar la prevalencia o no del principio bajo consideración en relación con otros principios eventualmente concurrentes; determinada esta prevalencia, el principio en cuestión exige un cumplimiento pleno; en el segundo caso (directrices), se trata de diseñar y llevar a cabo políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices.

Desde otra perspectiva propuesta por Bernal Pulido<sup>201</sup>, propone una serie de alternativas para encontrar el sentido de las disposiciones iusfundamentales de prestación, entre ellas se encuentran: 1) las normas programáticas (sin vinculación alguna), 2) las normas fines del Estado (programación final), 3) los mandatos objetivos, 4) las normas que estatuyen posiciones jurídicas definitivas, 5) las normas que estatuyen posiciones jurídicas prima facie. De este modo podemos observar que hay una serie de posiciones en la doctrina que califican de distinta manera la tipología de las normas que recoge el capítulo de los Principios rectores de la política social y económica.

Desde nuestro enfoque de estudio, en este extremo, solo nos referiremos a las disposiciones iusfundamentales de prestación –derechos sociales- que recoge la CE. Para ello tomaremos la clasificación de las normas prestacionales desarrollada por Bernal Pulido en cuanto denotan claridad en las diferencias, y donde también coincide Jiménez Campo. De modo que la mayor parte de la doctrina ha sostenido que los derechos sociales – El derecho a la protección a la salud (art. 43.1); el derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 47); el derecho de acceso a la cultura (44.1) y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1) - son mandatos objetivos<sup>202</sup>.

Esta tesis se ha recogido normativamente al momento de asignarles el valor jurídico a los derechos sociales recogidos en el Capítulo Tercero del Título I, de manera general, dentro de las disposiciones contenidas en el apartado Principios rectores de la política

---

decíamos en Las Piezas, un cumplimiento pleno: la acción u omisión ordenada se realiza o no se realiza, esto es, se cumple o no se cumple con lo exigido por el principio, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento”. RUÍZ MANERO, Juan. Ob. Cit. p. 345.

<sup>201</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 368.

<sup>202</sup> Tesis planteada por E-. W. Böckenförde, Ob. Cit. p. 45. Otros autores han tomado la misma posición como, JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Ob. Cit. p. 131. CARMONA CUENCA, E. “Las normas Constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica”. Ob. Cit. p. 117. RUBIO LLORENTE, E. “La Constitución como fuente del Derecho”. En ID. La forma de poder. Estudios sobre la Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Segunda Edición. 1997. p. 59.

social y económica de la CE<sup>203</sup> (arts. 39-52). Claro está algunos derechos sociales no se encuentran recogidos en el apartado mencionado, como el derecho a la educación (Art. 27.1), que sí sería un derecho social fundamental en la medida que la discrecionalidad del legislador así lo ha manifestado, el derecho al trabajo (Art. 35.1) o el derecho a la huelga (Art. 28.2), entre otros, ello por distintas razones del Constituyente, que señalamos al inicio del apartado.

La dificultad interpretativa y de aplicación, específicamente sobre los derechos sociales, se ha hecho notar en los comentarios de muchos autores y en el desarrollo que se ha dado a nivel normativo y jurisprudencial. La pregunta para aclarar esta penumbra debe estar enfocada en el sentido ¿Cuál es el valor jurídico de los principios rectores – específicamente los derechos sociales- reconocidos en la CE? La respuesta dependerá de cómo debemos de entender aquellos mandatos y habilitaciones.

Asimismo, es pertinente dejar claro, en lo que aquí corresponde, que será identificar el sentido de las disposiciones prestacionales, de modo que es imprescindible tener en cuenta las reglas de interpretación que establece el artículo 53.3 de la CE. Es así que el Constituyente ha dado respuesta definitiva a algunas polémicas cuestiones y ha reducido el libre despliegue del ingenio o de la ambición de los intérpretes de los principios rectores, cumpliendo un rol de “racionalización del Estado Social”<sup>204</sup>.

De la racionalización del Estado Social, determinada en el artículo 53.3 de la CE, siguiendo a Bernal Pulido en la diferenciación que propone, se pueden extraer reglas de interpretación y aplicación de las normas prestacionales recogidas en el Capítulo III del Título I, algunas serán determinadas como “normas de programación final” y otras como derechos sociales aparentes-mandatos objetivos-. De modo que la regla será: la Constitución impide dar reconocimiento y tratamiento de *derecho subjetivo* a cualquiera de los contenidos del Capítulo<sup>205</sup>, es decir, no configuran como verdaderos derechos

---

<sup>203</sup> “La CE de 1978 no contempla, en rigor, la categoría “derechos sociales”. La expresión está de por sí sesgada, y reproduce en términos dogmáticos la presunta emergencia histórica sucesiva, o “por oleadas”, de unas generaciones de derechos que parecieran describir una parábola descendente en cuanto a su “fundamentalidad” o régimen de garantías. No es, desde luego, una construcción privada de razones o argumentos, pero en términos comparativos parece más bien que los textos constitucionales no son muy dados a hablar de derechos sociales; quizá porque se trata de una expresión desacreditada y que nada a contra corriente de la pretensión de normatividad que ha acabado por asentarse en el constitucionalismo de nuestros días. En el caso español, se opta por la rúbrica “principios rectores de la política social y económica”, que es la que encabeza el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, en el que suele decirse (pero más por inercia que por otra cosa) que se ubican los derechos sociales. Cfr. REVENGA SANCHEZ, Miguel. Ob. Cit. p. 99.

<sup>204</sup> Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Ob. Cit. p. 122.

<sup>205</sup> Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Ob. Cit. p. 122. Del mismo parecer es Carmona Cuenca: “los principios rectores del Capítulo III no configuran por sí mismo verdaderos derechos subjetivos accionables ante los

subjetivos y no originan inmediatamente obligaciones exigibles ante los tribunales, sin embargo, esto no quiere decir que no impone una obligación ante los poderes públicos, sí los vincula y, sobre todo, obligan al juez a la hora de interpretar cualquier norma.

De ello se puede decir que si bien toda la Constitución es auténtica norma jurídica –vinculación normativa-, sin embargo, no todos sus preceptos gozan de las mismas posibilidades de aplicación, en algunos casos porque el mismo texto constitucional limita esas posibilidades – mandatos objetivos- y en otros porque la misma estructura de la norma impide alguna de ellas –normas de programación final-, sobre todo en su exigibilidad ante los tribunales.

De este modo, las disposiciones prestacionales (mandatos objetivos o normas programáticas) reconocidos en el Capítulo III del Título I, no llevan a considerarlos como derechos subjetivos, aun cuando existen varios enunciados que mencionan y se reconocen como derechos<sup>206</sup>. Esto nos lleva a concluir que la negación del carácter de derechos subjetivo, en el caso de los mandatos objetivos, no proviene de la propia naturaleza de cada uno, de su carácter prestacional, del carácter costoso o por ser indeterminados<sup>207</sup>, sino porque así lo dice el artículo 53.3<sup>208</sup> de la CE.

Nos da a entender que para que tengan la consideración de derechos subjetivos dependerá totalmente de la discrecionalidad del legislador, en tanto en cuanto desarrolle una ley que pueda adjudicarla esta categoría. Esta afirmación se desprende de la interpretación del artículo 53.3 de la C.E y del Tribunal Constitucional<sup>209</sup> mediante su jurisprudencia.

De modo que es bastante polémica, de corte positivista, que sustrae el carácter de poseer un contenido esencial, del que sí gozan otros derechos fundamentales como

---

tribunales, sino que se habrá que esperar a que se dicten las leyes de desarrollo para que surtan su efecto. CARMONA CUENCA, Encarnación. Ob. “Las normas Constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica”. Cit. p. 103-126.

<sup>206</sup> “Derecho a la protección de la salud (art. 43.1), derecho de acceso a la cultura (44.1), derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1) o derecho a una vivienda digna (art. 47).”

<sup>207</sup> “Anteriormente en el Capítulo I del presente trabajo habíamos mencionado que ciertos caracteres de los derechos sociales, no pueden servir de argumento, para impedir en absoluto ser considerados como derechos fundamentales. Ahora también ratificamos esta posición al ser importante en la comprensión y estructura del presente trabajo”.

<sup>208</sup> Constitución Española: Art. 53.3 “(...) solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrolle”.

<sup>209</sup> A mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Constitucional Español 247/2007, de 12 de diciembre de 2007, fundamento 13. b) sostiene, “Estos principios rectores se caracterizan porque (...) sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 CE). Estos principios carecen, por tanto, de las notas de *aplicabilidad* y *justiciabilidad inmediatas* que caracterizan a los derechos fundamentales, aunque tienen, sin duda, el valor constitucional expresado respecto de todos los poderes públicos, también en este caso sin distinción, orientando sus respectivas actuaciones”.



menciona el artículo 53.1 de la C.E entre ellos la Sección I y Sección II del Capítulo II del Título I. Aunque para cierto sector de la doctrina, al cual nos aunamos, no es correcto afirmar que los derechos sociales –mandatos objetivos- reconocidos en el Capítulo III del Título I no tienen un contenido esencial. Refiere Ponce Sole: el legislador no puede disponer del contenido de estos derechos como le plazca y que estos derechos tienen un núcleo vinculado a la dignidad de la persona resistente al legislador, y así se desprende de la vinculación positiva y negativa que le garantiza la CE<sup>210</sup> (Artículo 9.1).

Por ello de aceptarse la tesis de los mandatos objetivos íntegramente, la conclusión resultaría cuando menos desalentadora para el caso español, ya que los derechos prestacionales reconocidos en el Capítulo III, carecerían de toda dimensión subjetiva, es decir, no serían propiamente derechos, ni siquiera derechos fragmentarios, sino solo normas *constitucionales objetivas*<sup>211</sup>.

Es así que el límite o condicionamiento para la alegación de los principios rectores se establece respecto a la jurisdicción ordinaria (no se garantiza mediante el recurso de amparo judicial – procedimiento preferente y sumario), y en parte de la jurisdicción constitucional (recurso de amparo constitucional), sin embargo, podrán ser invocados en los procesos constitucionales dirigidos al control de normas –cuestión o recurso de constitucionalidad- o a la resolución de controversias competenciales<sup>212</sup>, sin ningún condicionamiento de desarrollo legal realizada por el legislador positivo. Mientras que Díaz Greco agrega un supuesto más, es decir, propone dos maneras por el cual podrá ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional: a través del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad o los conflictos competenciales; o bien por cuando el Tribunal haga uso de alguna de las vías indirectas de protección de los derechos sociales<sup>213</sup>.

Desde la perspectiva del profesor Cascajo Castro, los derechos sociales reconocidos en la CE son normas o principios objetivos del ordenamiento – mandatos objetivos en palabras de Böckenförde- que vinculan a todos los poderes públicos, sin embargo, señala también sus dificultades, entre ellas se encuentran: a) déficit de la jurisdicción constitucional, para fiscalizar las omisiones, no hay una sanción prevista; b) con frecuencia solo alcanza a un contenido mínimo el tipo de acción positiva, que se puede

---

<sup>210</sup> Cfr. PONCE SOLÉ, Juli. Ob. Cit. p. 63.

<sup>211</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit. p. 48.

<sup>212</sup> Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Ob. Cit. p. 125.

<sup>213</sup> DÍAZ GRECO, María. “El Tribunal Constitucional Español y la Protección indirecta de los derechos sociales”. *Revista de los Derechos Sociales*. LEX SOCIAL. núm. 1/2012. Enero-Junio 2012. p. 7.

deducir directamente de las normas constitucionales; c) sin las normas legales de concreción, estos derechos no desarrollan su potencial contenido descriptivo, ni el alcance para su protección; d) cumplida la reserva de regulación, cuya suficiencia es siempre, difícilmente fiscalizable, se puede hacer surgir derechos subjetivos a favor de sus titulares<sup>214</sup>.

De lo mencionado hasta el momento en este apartado podemos concluir que los derechos reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I de la C.E que llevan como nombre principios rectores, en relación a los mandatos objetivos solo son “derechos aparentes” como diría Jiménez Campo<sup>215</sup>, de modo que la CE parece diseñada para “reconocer derechos sociales y al mismo tiempo desactivarlos”; quizá porque en torno a ellos gravitan (y en parte gravitan aún) todas la tensiones que se derivan de lo que la Constitución puede tener de instrumento propiciatorio de la transformación y el progreso social<sup>216</sup>.

En tal sentido, ésta situación es consecuencia de una “foto fija” como fue denominado por Revenga Sánchez al referirse del Capítulo Tercero del Título I de la C.E, donde se recogen los “malhadados derechos sociales”<sup>217</sup> que han sido determinados por el Constituyente y donde el legislador será el libérrimo intérprete de la oportunidad de unos desarrollos normativos. Lo que quiere decir que existe un deseo de reforzar la posición del legislador frente al juez constitucional.

La profesora Añon Roig<sup>218</sup>, destaca tres argumentos del “porqué” los derechos sociales, tienen el valor jurídico de mandatos objetivos: El primero tiene que ver con el

---

<sup>214</sup> Cfr. CASCAJO CASTRO, José Luis. “Derechos Sociales” Ob. Cit. p. 28.

<sup>215</sup> Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Ob. Cit. p. 123.

<sup>216</sup> Cfr. REVENGA SANCHEZ, Miguel. Ob. Cit. p. 98.

<sup>217</sup> Cfr. REVENGA SANCHEZ, Miguel. Ob. Cit. p. 103.

<sup>218</sup> AÑON ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 20-21. Del mismo modo Gerardo Pisarello sostiene: “hay cuatro argumentos que suelen invocarse contra la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales en el sistema constitucional español. En primer lugar, un argumento de tipo *dogmático* (I) que sostiene que la tutela jurisdiccional diferenciada y debilitada de los derechos sociales es una opción explícita de la Constitución española reforzada por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia. En segundo lugar, un argumento de orden *teórico* (II), que insiste en que, más allá de su consagración positiva, son ciertas características axiológicas y estructurales, propias de los derechos sociales, las que justifican su menor protección judicial en relación con los derechos civiles y políticos. Un tercer argumento, de orden más bien *político* (III), se asienta en la idea de que otorgar a los tribunales un papel relevante en la garantía de los derechos sociales no sólo presenta obstáculos dogmáticos y teóricos, sino que constituye, además, una indeseable política del derecho. La razón sería sencilla: el estímulo de la justiciabilidad tiende a generar una pendiente resbaladiza que acaba por expandir en exceso el papel de los tribunales, distorsionando la división de poderes y la primacía del principio democrático. Este argumento político viene con frecuencia respaldado por un ulterior razonamiento *sociológico* (IV), según el cual otorgar a los jueces excesivo protagonismo, aunque sea en un sentido garantista, es, además de inconveniente, históricamente infundado, ya que éstos no han desempeñado nunca una función

*argumento dogmático de derecho positivo*, donde la tutela diferenciada y debilitada de los derechos sociales sería una opción explícita del constituyente reflejada en el artículo 53 y reforzada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Desde ahí, salvo el derecho a la educación (art. 27) y los derechos laborales del Capítulo II del Título I, los demás derechos quedan configurados únicamente como principios rectores carentes del valor de la fundamentalidad y de eficacia jurídica directa e inmediata, por tanto, no pueden dar lugar a derechos subjetivos directamente accionables. El segundo está relacionado con el *argumento centralmente económico* donde insiste que más allá de su indeterminación o de sus fundamentos axiológicos, lo que justifica que los derechos sociales tengan menores posibilidades de protección jurisdiccional es su condición de derechos prestacionales y costosos, esta situación condicionaría la reserva de lo económicamente posible. Y por último *el argumento de configuración legal*, es decir, los derechos son dejados en manos del legislador ordinario, por su indeterminación semántica, por las dificultades de su determinación del contenido esencial y los problemas de la fijación de los límites de los derechos. Del mismo modo indica Añón Roig que el sustrato teórico como el desarrollado anteriormente ha resultado muy funcional para una visión compartimentada de los derechos o a una visión insistentemente objetivista, frente a las posibilidades de las dimensiones subjetivistas de los derechos. Como también ha respondido a una funcionalidad de los ciclos económicos recesivos y a las políticas públicas restrictivas y no expansivas.

Esta situación normativa de los derechos sociales en España según Pisarello presenta un límite decisivo, pues sostienen que nada impide que los derechos sociales, puedan ser alegados, en un recurso de amparo o en un procedimiento preferente y sumario, en conexión con alguno de los derechos estipulados en los artículos 14 y 29 de la C.E.<sup>219</sup>. Del mismo modo opina Diez Greco se ha hablado de la protección indirecta de los derechos sociales a través del principio de igualdad y no discriminación; del derecho al debido proceso; de los clásicos derechos civiles y políticos; de su relación con otros derechos sociales; protegiéndolos como límites legítimos a ciertos derechos civiles y políticos; o, finalmente, exigiendo información como vía para garantizar su adecuado ejercicio<sup>220</sup>.

---

semejante y nada indica que puedan hacerlo. PISARELLO, Gerardo. “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”. Ob. Cit. p. 141.

<sup>219</sup> PISARELLO, Gerardo. “La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos”. Ob. Cit. p. 152.

<sup>220</sup> DÍAZ GRECO, María. Ob. Cit. p. 7.

En ese sentido mencionaremos brevemente algunos casos: En STC 33/2011, de fecha 28 de marzo, el Tribunal Constitucional ha destacado que el derecho a la salud está vinculado con el derecho a la integridad personal en varios asuntos. Así, el Alto Tribunal ha indicado que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma”. En la STC 119/2001, de fecha 24 de mayo, en la que se planteaba la eventual vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio, derivada de la elevada contaminación acústica que vendría padeciendo la recurrente en su domicilio, el Tribunal señalaba que “cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una *acción u omisión* de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE” (FJ 6), de modo que el Tribunal parecía imponer una obligación positiva a los poderes públicos de evitar niveles de ruidos cuando éstos alcanzaran la gravedad necesaria para vulnerar el artículo 15 CE.

Hay que destacar que el Tribunal Constitucional español ha sido muy parco a la hora de reconducir eventuales violaciones de derechos sociales en vulneraciones de derechos civiles y políticos u otros derechos sociales. Quizás los únicos ejemplos significativos de tal quehacer han sido el vínculo establecido entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal, entre los derechos a la salud y la vivienda y los derechos a la integridad personal y a la intimidad en el ámbito domiciliario, y el derecho a la integridad personal y el derecho de los menores de edad a contar con servicios de protección a la infancia adecuados.

Sostiene Díaz Greco<sup>221</sup> que llama la atención que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español no se ha parado en analizar el contenido de ningún derecho social concreto, ni ha deducido del reconocimiento del mismo, obligaciones positivas claras exigibles a los poderes públicos. Así nada encontramos en la jurisprudencia del TC sobre la obligación de garantizar el acceso al empleo de los sectores más discriminados de la población; como tampoco encontramos nada sobre la necesidad de garantizar ciertas condiciones de trabajo; sobre la eventual obligación de garantizar ciertas prestaciones

---

<sup>221</sup> DÍAZ GRECO, María. Ob. Cit. p. 29.

sociales o la determinación de las situaciones de necesidad que deben ser cubiertas por el sistema de seguridad social; ni tampoco, por supuesto, sobre la eventual obligación de desarrollar algún sistema que permita el acceso a una vivienda digna; o sobre las prestaciones sanitarias que deben necesariamente ser prestadas por el sistema público.

En conclusión, frente a este clima desolador e inclusive aún teniendo a la protección indirecta mediante conexidad de los derechos, han pasado más de 30 años desde que se dio la CE de 1978, donde los derechos sociales están sustraídos de las características que tiene un derecho fundamental. El horizonte es bastante frustrante, ya que muchos sostienen que los deberes y políticas públicas dependerán del empeño que ponga con ello las fuerzas políticas. Por ello, “el tiempo dirá si el Estado Social y Democrático de Derecho ahonda más su dimensión social, cumpliendo los mandatos objetivos constitucionales, o bien abre entre ellos y la realidad política una brecha que sería incompatible con las exigencias de una vida digna y con los postulados de la Constitución normativa”<sup>222</sup>.

Esto quiere decir que los derechos sociales en España, dependen única y exclusivamente de la discrecionalidad del legislador, lo cual desde nuestra perspectiva sería engordar la vertiente del Estado de Derecho o Estado liberal de derecho y la Democracia formal y sacrificar el Estado Social y la comprensión de los derechos sociales en el Estado Constitucional.

No le falta razón a cierto sector de la doctrina española, muy crítica por cierto al denominar el error de la contemplación de la CE como “foto fija”, que tiende a ignorar la complejidad de un sistema jurídico cuyos materiales van agregándose y ajustándose. Del mismo modo sostienen que el principio de vinculación a la Constitución no debería diferenciar entre el contenido del Capítulo II del Título I y el contenido del Capítulo III, porque la fuerza normativa de la Constitución (art. 9.1) se proclama respecto de toda ella, y no solo de alguna de sus partes. Asimismo, conviene no dar una interpretación simplista del art. 53.3 de la C.E y más bien se debe reconsiderarse una interpretación a partir de la fuerza normativa de la Constitución, de los sistemas de valores y formas políticas que le dan fundamento<sup>223</sup>.

En ese sentido, si bien hay posiciones que consideran que las principales tesis sobre derechos sociales terminan convirtiéndose en ideología barnizada de dogmática<sup>224</sup>,

---

<sup>222</sup> Cfr. REVENGA SANCHEZ, Miguel. Ob. Cit. p. 104.

<sup>223</sup> Cfr. CASCAJO CASTRO, José Luis. “*Los Derechos Sociales*”. Ob. Cit. p. 19.

<sup>224</sup> Cfr. REVENGA SANCHEZ, Miguel. Ob. Cit. p. 104.

particularmente no considero que todas las tesis terminen en ese sentido. Más aún cuando los derechos sociales tienen como fundamento la dignidad de la persona, la libertad fáctica, la igualdad sustancial, la fuerza normativa de la Constitución, el Estado de Derecho Constitucional<sup>225</sup> e incluso el mismo principio de democracia sustancial, que no por buscar el principio de la mayoría, deje de lado la tutela del contenido esencial de todos los derechos fundamentales, incluido el de los derechos sociales.

Llegado a tal punto es preciso hacer referencia sobre el cumplimiento de los deberes en la protección de los derechos sociales. Para ello citaremos la opinión de Fernando Rey Martínez donde señala que no se debe olvidar que España actualmente está pasando por una devastadora crisis económica que ha impactado negativamente en los derechos sociales, pero no todo se puede responsabilizar a la escasez de los recursos económicos, sino a cierto desinterés complementado con planteamientos ideológicos afines a visiones antiguas escasamente simpáticos a los derechos sociales<sup>226</sup>. Esto nos da a entender que los derechos sociales como anteriormente se dijo deben de pelearse en la arena política, no solo en un plano normativo. El Estado, finalmente, si hace una buena recaudación mediante los impuestos, no tiene recursos ilimitados, y alguien tendrá a su cargo la tarea

---

<sup>225</sup> “Nuestro tiempo es el Estado Constitucional, el que ha venido a reemplazar la concepción del Estado de derecho. Este cambio no solo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigmas con todo lo que ello significa y trae consigo”. Es así que el Estado Constitucional, es la forma de Estado típica de nuestro tiempo, el cual “(...) se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales”. Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. Cit. p. 3. Para Robert Alexy, “El Estado Constitucional Democrático se caracteriza por seis principios fundamentales (...) la (...) dignidad humana, de la libertad y de la igualdad, así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social”. Alexy, Robert. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional”. *En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo*. Trotta. 2003. p. 31. Para Luigi Ferrajoli “(...) ante todo cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales (...); cambia en segundo lugar, (...) el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo con su propio objeto (...) que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas; paralelamente se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley si es constitucionalmente válida (...) y que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional; y por último, la cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia”. Ferrajoli, Luigi. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”. *En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo*. Trotta. 2003. p. 18-19. No podemos dejar de mencionar a Ricardo Guastini quien indica que, dichos presupuestos no son más que “una Constitución rígida, una garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución, la interpretación de las leyes conforme a la constitución y la influencia de la Constitución en las relaciones políticas”. Guastini, Ricardo. “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”. *El caso Italiano. En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo*. Trotta. 2003. p. 50-57.

<sup>226</sup> Cfr. REY MARTINEZ, Fernando. *Los derechos humanos en España: Un balance crítico*. Editorial Tirant lo Blanch. Universidad de Valencia. Valencia. 2015. p. 20.

de decidir qué funciones privilegian sobre otras. De ello se desprende que la discrecionalidad del gasto implica una discrecionalidad en el goce de los derechos. Si estamos convencidos, por ejemplo de la prioridad de los derechos sociales, no dar esa batalla puede significar en la práctica debilitar el papel distributivo y potencialmente emancipador del Estado<sup>227</sup>.

## **2.2 LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993**

La clasificación de los derechos en la CP de 1993, pretende separar los derechos sociales de los derechos fundamentales de la persona. En tanto que el Título I “De la Persona y Sociedad” está compuesto de cuatro capítulos, debo precisar que el Capítulo I contiene “Los derechos fundamentales de la persona”, donde se recoge la mayoría de los derechos clásicos de corte liberal; mientras que los derechos sociales<sup>228</sup> se encuentran en el Capítulo II con el nombre “De los derechos sociales y económicos”, aunque en este apartado no se recoge ningún derecho económico, sino en el Capítulo I del Título III “Del Régimen Económico”. Esta separación compartimentada en la estructurada de la Constitución de 1993 se encuentra vinculada a la decisión que se tomó en el proceso constituyente democrático al momento de concebir el texto constitucional.

De esta manera, una primera lectura y poco acuciosa del texto constitucional, sobre la separación de los derechos fundamentales de los derechos sociales, nos lleva a concluir que la decisión constituyente tuvo la intención de atribuirle menos valor a los derechos sociales, es decir, darle un tratamiento de un estatus jurídico inferior, ya que no gozarían de la misma protección que los derechos fundamentales.

En relación a este aspecto, podemos advertir como primera idea, que la condición de derecho fundamental, no se debe a su ubicación en alguna parte de la Constitución, argumento defendido por la tesis topográfica. Esta afirmación, ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, peruano al comentar sobre todo el artículo 3 de la

---

<sup>227</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. Ob. Cit. p. 23.

<sup>228</sup> En ese apartado de la Constitución de 1993 se encuentran tipificados los siguientes derechos sociales; el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación (art 13), es necesario hacer una aclaración, no se recoge taxativamente como derecho, sin embargo, se menciona que “La educación tienen como finalidad el desarrollo integral de la persona humana (...)”, el derecho al trabajo (art. 22), el Derecho a la sindicación, negociación colectiva y huelga (art. 28).

Constitución<sup>229</sup>, donde señala que la enumeración de los derechos fundamentales contenida en el Capítulo I no excluye los derechos fundamentales de carácter social que se contienen en el Capítulo II de la Constitución de 1993. De modo que para el Tribunal Constitucional los derechos sociales son derechos fundamentales.<sup>230</sup>

Esto da lugar para dejar en claro qué concepción ha adoptado el Tribunal Constitucional peruano en relación a los derechos fundamentales. Al parecer el TC ha reconocido “la concepción institucional de los derechos fundamentales” de origen alemán, es decir, tesis que da una mayor acentuación a la dimensión objetiva en relación de la subjetiva. Lo afirmado se desprende del Expediente 011-2002-AI/TC, del 10 de junio del 2002, fundamento 13: “la justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido la defensa de los derechos fundamentales supone a su vez la defensa de la institucionalidad del Estado. En tal sentido, muchos derechos fundamentales trascienden tal condición, para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente abstencionista”.

---

<sup>229</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el expediente STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 3 y 4). “el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), “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 esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”.

<sup>230</sup> “A pesar que el artículo 3 del texto constitucional fue retirado del debate constitucional para finalmente ser incluido en la actual Constitución, lo que da una idea de falta de consenso sobre la necesidad y conveniencia de su presencia, su retiro hubiera dado un quebrantamiento a la unidad que existe entre todos los derechos fundamentales”. RUBIO, Patricio. “Los derechos Económicos, Sociales y Culturales en el texto de la Constitución y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. N° 71 – 2013. p. 201-230.



La concepción institucional de los derechos fundamentales según Díez-Picazo<sup>231</sup>, comporta lo siguiente: 1) los valores constitucionales sólo puede construirse mediante un adecuado desarrollo legislativo de la Constitución, 2) la efectividad de los derechos fundamentales depende de la configuración del ordenamiento jurídico por el legislador y su actuación por la Administración y los tribunales, es decir, trasciende a una política de los derechos fundamentales; esto es, siempre que se respeten los mínimos constitucionalmente insuprimibles, 3) Evita tener que distinguir entre derecho fundamental y garantía institucional: la noción de derechos fundamentales sería un “supraconcepto” que englobaría tanto derechos subjetivos (dimensión subjetiva) como garantías institucionales (dimensión objetiva).

De esta manera como hemos podido observar el Tribunal Constitucional ha rescatado mediante la concepción institucional un papel activo e integral de los derechos fundamentales, tomando en serio la función social de los derechos fundamentales. En ese sentido el TC peruano ha definido que los derechos sociales son “aquellas “facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana”<sup>232</sup>.

Es pertinente en este estado destacar sobre la configuración legal y la distinta eficacia que comporta los derechos fundamentales según el TC peruano, de modo que ha indicado en el Expediente STC 2945-2003-AA/TC, fundamento 44 y en el Expediente STC 1417-2005-AA/TC<sup>233</sup>, fundamento 12 y 13: 1) que los derechos económicos,

---

<sup>231</sup> DIEZ PICAZO, Luis-María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Ob. Cit. p. 64.

<sup>232</sup> Tribunal Constitucional peruano: Cfr. Exp. Nro. 2945-2003-AA/TC (Fundamento jurídico 10).

<sup>233</sup> “11. En tal sentido, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (el artículo 27º de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976-2001-AA/TC, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales. 12. Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos “en blanco”, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo. Aquí se encuentra de por medio el principio de “libre configuración de la ley por el legislador”, conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad

sociales y culturales (en adelante DESC) son derechos fundamentales de configuración legal, es decir, su contenido requiere ser determinado por ley en razón de su propia naturaleza, 2) Los derechos fundamentales cuya configuración requieran de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, de modo que solo la ley se convierte en un requisito para “la culminación” de la delimitación concreta del contenido, 3) El legislador está llamado a definir la política social del Estado y goza de amplia reserva legal, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial, 4) Los derechos fundamentales se distinguen en derecho de preceptividad inmediata o autoaplicativos y preceptividad diferida. Los DESC, pertenecen a esta última, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, 5) Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador, 6) Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

Es pertinente hacer un análisis riguroso para ver si realmente los derechos sociales configuran como derechos fundamentales, teniendo en cuenta las premisas anotadas en el párrafo anterior. Qué entienden algunos autores sobre la categoría del derecho fundamental pues para Cruz Villalón se hace reconocible a los derechos fundamentales en cuanto a la vinculación general, la eficacia directa, el respeto de su contenido esencial por el legislador y la tutela judicial, sin embargo, los derechos fundamentales no lo define únicamente su contenido sino sobre todo por la expresión de “conexión de sentido” de

---

política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales. 13. la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, reposa en distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad (obligación) diferida y progresivos (...). A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto *derechos subjetivos* de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un *proceso de ejecución de políticas sociales* para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena.

los derechos fundamentales con la Constitución, esto quiere decir que los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución<sup>234</sup>.

Díez-Picazo sostiene que los derechos fundamentales desde su concepción formal serían aquellos que están declarados en las normas constitucionales, su resistencia frente a la ley o la vinculación a los poderes públicos -incluido el propio legislador-, la invocabilidad directa -esto es, la aplicabilidad de una norma constitucional aunque no haya tenido desarrollo legislativo-, protección jurisdiccional reforzada y el respeto del contenido esencial por el legislador<sup>235</sup>. De modo que como afirma la profesora Corchete Martín no solo el contenido esencial y la garantía judicial, comportan como características del derecho fundamental sino sería la capacidad de vincular al legislador lo que hace de un derecho un derecho fundamental, es decir, la distinción relevante los derechos fundamentales, se da cuando, estos existen antes y sin perjuicio de su regulación legislativa, de modo que es aplicable directamente y es vinculante a toda intervención legislativa y a los demás poderes públicos<sup>236</sup>.

Teniendo en cuenta estos conceptos y los presupuestos anteriormente mencionados por el TC peruano se concluye desde una perspectiva rígida que no condicen con los supuestos que destacan la categoría de derecho fundamental, esencialmente en la eficacia o aplicabilidad directa, por tanto desde la idea teórica de Cruz Villalón y Díez-Picazo no serían derechos fundamentales. Sin embargo, “la aplicación inmediata tiene excepciones, (...) cuando se deduzca de la misma naturaleza de la norma, si viene es cierto cuando el derecho es de configuración es legal, posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un contenido mínimo, que el legislador completará y desarrollará”<sup>237</sup>. En este sentido, no se debe pasar por desapercibido que para el TC peruano los derechos sociales son de configuración legal por la propia naturaleza del derecho, en esta situación vendría a ser un derecho fundamental -y por tanto, derecho de rango constitucional- no mero derecho creado por el legislador, es así que necesita de un complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y, por consiguiente les permitirá alcanzar plena efectividad<sup>238</sup>. El hecho de que su configuración

---

<sup>234</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Formación y Evolución de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. número 25. Enero-Abril / 1989. p. 35-62.

<sup>235</sup> DIEZ PICAZO, Luis-María. p. 58-59.

<sup>236</sup> CORCHETE MARTÍN, María José. Los nuevos derechos. *Revista Teoría y Realidad*. Núm. 20. 2007. p. 542.

<sup>237</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio. “El sistema de los Derechos y Libertades fundamentales en la Constitución Española”. *En Manual de Derecho Constitucional*. Edición de Francisco Balaguer Callejón y otros. Séptima edición. Tecnos. Madrid. 2012. p. 61.

<sup>238</sup> DIEZ PICAZO, Luis-María. p. 127.

sea por ley no lo hace inexigible si no esta última solo complementará su contenido, de modo que es exigible desde la Constitución. Asimismo, se afirma que esta situación pone un alto a la discrecionalidad del legislador mediante la garantía del contenido esencial. Asignándole el carácter de derecho público subjetivo por su naturaleza, esto es, aquellos derechos que los particulares ostentan frente al Estado y que se rigen por el derecho público administrativo.

El Tribunal recoge esta complejidad donde se desenvuelve dentro de la doble faceta que exige el tratamiento de los derechos sociales: por un lado consiste en derechos subjetivos de la persona, y por el otro, se presente como obligaciones que el Estado debe cumplir pero de “manera mediata”, lo que significa “de manera próxima, cercana, no lejana y no diferida en el tiempo sin apremio”<sup>239</sup>.

Aclarando este punto el Tribunal Constitucional menciona “no se trata sin embargo de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos” (Expediente STC 2945-2003-AA/TC: fundamento 11; expediente 2016-2004-AA/TC fundamento 10).

Esto significa que en el caso de los derechos sociales se necesita que el legislador desarrolle mediante una ley el alcance de los derechos sociales fundamentales, que son, claro está, de obligación para el legislador, actualmente como ya hemos mencionado estas obligaciones que el Tribunal Constitucional ha adoptado debe ser en relación a lo manifestado por el CESC<sup>240</sup>, es decir, a las obligaciones de respeto, de protección y de satisfacción de los derechos fundamentales

En este sentido, la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional debe configurarse con la realidad peruana, en tanto que existe un trecho largo por recorrer en materia de satisfacción de los derechos sociales. Es así como se entiende la mínima

---

<sup>239</sup> RUBIO, Patricio. Ob. Cit. p. 201-230.

<sup>240</sup> Los tres tipos de obligaciones: (i) obligaciones de respeto que suponen el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o disfrute de los bienes que forma parte del contenido del derecho; (ii) obligaciones de protección que exigen al Estado la adopción de acciones para impedir que otros sujetos impidan, obstaculicen, dañen o amenacen la satisfacción de los derechos fundamentales; y, por último, (iii) obligaciones de satisfacción que atribuyen al Estado el deber de garantizar que el sujeto titular de derechos acceda a los bienes que dan contenido al derecho fundamental, teniendo en cuenta que éste por sus propios medios no puede lograrlo. Las obligaciones de satisfacción importan también el deber del Estado de desarrollar las condiciones -estructurales, organizacionales y materiales- para que los individuos puedan ver realizados sus derechos. En concreto nos referimos al Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales adoptado el 16 de diciembre de 1966 en el seno de Naciones Unidas. Este tratado fue ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico peruano el 28 de abril de 1978.

satisfacción de estos derechos puede considerarse como una garantía indispensable para poder gozar de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, lo anterior está lejos de significar que el cumplimiento de los mínimos resulte suficiente para la realización de los planes de vida. El cumplimiento de los mínimos es en realidad un punto de partida dentro de un proceso que corresponde liderar y desarrollar al Estado y que culmina cuando se ha logrado garantizar el pleno cumplimiento de estos derechos a los ciudadanos<sup>241</sup>.

Teniendo presente lo abarcado hasta este momento y nuestro objeto de estudio –los derechos sociales- surge la siguiente pregunta: ¿Cuál es el valor jurídico de los derechos sociales reconocidos en la CP?, ¿Cómo ha venido actuando el legislador al momento desarrollar los derechos sociales? y ¿Qué interpretación le ha dado el Tribunal Constitucional sobre el valor jurídico o normativo de los derechos sociales?

Para ello es pertinente dejar en claro algunas cuestiones, desde nuestra perspectiva. En la Constitución de 1993 específicamente en el Capítulo II Título I “De los derechos sociales y económicos”, conviven una serie de disposiciones de naturaleza heterogénea y muy variada, es decir, distintos tipos de disposiciones. La doctrina en eso ha sido muy activa para proponer una serie de alternativas en relación a los distintos tipos de disposiciones que se recogen en la Constitución, sobre todo en relación a las que tienen un contenido social. En ese sentido Luis Prieto Sanchis<sup>242</sup>, diferencia entre derechos propiamente dichos<sup>243</sup> y principios-directrices<sup>244</sup>. Juan Ruiz Manero<sup>245</sup>, distingue entre normas-acción (principios en sentido estricto)<sup>246</sup> o normas-fin (directrices – programáticas)<sup>247</sup> y entre otras distinciones que anteriormente ya hemos comentado e

---

<sup>241</sup> RUBIO, Patricio. Ob. Cit. p. 201-230.

<sup>242</sup> Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit. p. 47.

<sup>243</sup> “Constitución Peruana de 1993: “El derecho a la protección de la salud (art. 7); el derecho a la seguridad social (art. 10); el derecho a la pensión (art. 11); el derecho a la educación (art. 13) y el derecho al trabajo (art. 22); derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga (art. 28)” “Para el caso peruano los enunciados normativos que presentan la fisonomía de derechos, si serían principios abiertos, que permitirían fundar pretensiones concretas por vía de interpretación”.

<sup>244</sup> “Constitución peruana de 1993. “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” (art. 9). etc. “la diferencia es más bien de matiz. Los principios-directrices son normas programáticas o mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, por lo que es lo mismo, porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de los fines” PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit. p. 47.

<sup>245</sup> Cfr. RUÍZ MANERO, Juan. Ob. Cit. p. 343 y ss.

<sup>246</sup> “[En los principios en sentido estricto], las prohibiciones y obligaciones concluyentes no pueden más que cumplirse o incumplirse. No hay una tercera posibilidad; no hay modalidades graduables de cumplimiento. Cfr. RUÍZ MANERO, Juan. Ob. Cit. p. 343 y ss.

<sup>247</sup> “Las cosas son distintas si lo que examinamos son las **directrices o normas programáticas**, entendiendo por tales las normas que establecen la obligatoriedad de perseguir determinados objetivos

incluso hemos señalado una serie de alternativas que recoge la doctrina en relación a las disposiciones.

Para nuestro estudio analítico en el caso peruano, tomaremos la diferencia realizada por Juan Ruiz Manero, de modo que las disposiciones prestacionales que se recogen en el Capítulo II del Título I de la CP, se dividirán en principios en sentido estricto – derecho a la protección de la salud (art. 7), derecho a la seguridad social (art. 10), derecho a la pensión (art. 11), derecho a la educación (art. 13), el derecho al trabajo (art. 22) y el derecho a la sindicación, negociación colectiva y huelga (art. 28); y las normas-fin (directrices) – El Estado (...) facilita a todos el acceso equitativo a los servicios de salud” (art. 9)-.

Es así que en el caso peruano, en un primer momento, se relacionó las disposiciones de los derechos sociales como normas de carácter programático. Según refieren los partidarios de esta tesis, esta idea se vio reforzada por las condiciones económicas del país, es decir, la crisis económica en que se vivía condicionó la eficacia de los derechos sociales, con ello se encontró sustento fáctico al discurso sobre las normas programáticas<sup>248</sup>. La defensa de esta posición lo hace el profesor García Belaunde quien ha indicado que “los derechos sociales son *"pautas de conducta, metas de todo régimen político, como postulados de un buen gobierno, pero en rigor no cabría plantear una exigencia jurisdiccional obligando a una prestación efectiva"*<sup>249</sup>. De ello se puede colegir que para este sector de la doctrina, los derechos sociales son normas de carácter programático o directrices, no son derechos subjetivos, y como consecuencia no configuran como derechos fundamentales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano –máximo intérprete de la Constitución- parece que habría reforzado esta posición al pronunciarse en el Expediente No. 0011-2002-AI/TC, de fecha diez de junio del dos mil dos, fundamento jurídico 9, donde indica que “tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptiva diferida, prestacionales, o también denominados progresivos y programáticos (...) de

---

colectivos, esto es, de maximizar ciertos rasgos o propiedades del mundo social. Por ejemplo, la disposición constitucional que ordena que la política económica esté orientada al pleno empleo”. Cfr. RUÍZ MANERO, Juan. Ob. Cit. p. 345.

<sup>248</sup> Cfr. ALVITEZ ALVITEZ, Elena. *La Participación de la Jurisdicción Constitucional en la Defensa del Constitucionalismo Social. A propósito de la Protección Jurisdiccional de los Derechos Sociales por el Tribunal Constitucional Peruano*. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, España, 2004. p. 145.

<sup>249</sup> Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979”. *En Derecho*. N° 35. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP. 1981. p. 68.

modo que no se trata de derechos auto aplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo”.

Al referir el Tribunal Constitucional Peruano que los derechos sociales fundamentales son normas de carácter programático, debe entenderse que se “niega que de las disposiciones iusfundamentales puedan emanar, normas vinculantes para el legislador, ni posiciones jurídicas de estructura triádica<sup>250</sup>, de modo que no podría considerarse como fuentes de deberes para el legislador, sino solo como meros programas que el legislador podría desarrollar a su arbitrio y discreción, es decir, deniega cualquier expectativa, ventaja o pretensión que pudiera atribuirse al individuo y que podría considerarse exigible por vía jurisdiccional<sup>251</sup>.

Se niega rotundamente tal afirmación, por dos motivos. Primero, no se puede sostener que una norma es de carácter programático y a la vez reconocerle el carácter de derecho fundamental como lo hizo en el la sentencia STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 16 y 17 “los derechos sociales son derechos fundamentales”. Segundo, en la Constitución se reconoce el principio de fuerza normativa de la Constitución –vinculación normativa- (Art. 38) “Todos los peruanos tienen el deber de (...) proteger (...) respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación”. Este reconocimiento de plano descarta que una disposición deba ser entendida como programática. De esta norma se desprende una vinculación plena especialmente a los funcionarios de Estado, es decir, todas las disposiciones de la Constitución obligan a las autoridades públicas con mayor presencia a los que ostentan el poder político: parlamentarios, jueces y miembros del ejecutivo<sup>252</sup>.

Por ello, consideramos una contradicción por parte del Tribunal Constitucional peruano haber referido que los derechos sociales fundamentales son normas de carácter programático, más aún cuando este precepto no es acorde con el principio de progresividad recogido en la Undécima Disposición Final y Transitoria (en adelante

---

<sup>250</sup> Por el contrario en otras sentencias el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”. Expediente 1417-2005-AA/TC, de fecha ocho de julio de 2005.

<sup>251</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 371.

<sup>252</sup> HAKANSON, Nieto. “Los derechos sociales en la Constitución peruana. Elementos para aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano”. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*. Universidad de Piura. 66/67 – 2012. p. 180.

UDFT)de la CP de 1993. En este sentido, Landa Arroyo refiere: “sostener que los derechos sociales constituyen normas programáticas no es una mera cuestión terminológica, pues existe una diferencia y un trasfondo no solo teórico sino también político que no es para nada irrelevante, y que tiene un reflejo directo en su exigibilidad judicial”<sup>253</sup>.

A mayor abundamiento, lo programático significa que los derechos sociales son simples declaraciones, pueden ser respetados o no; lo progresivo comporta, un deber jurídico ineludible para el Estado de proveer las condiciones materiales mínimas para su realización posible. De esta manera, al haber dado contenido al principio de progresividad, la versión programática, se ve superada, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución; así como la obligación del Estado, en la cual se imponen objetivos concretos para garantizar la vigencia de los derechos sociales, de modo que esta nueva visión propuesta por el Tribunal Constitucional, que ya estaba en la Constitución, permite reconocer en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona<sup>254</sup>.

En este sentido se ha pronunciado Landa Arroyo: “los derechos sociales constituyen derechos subjetivos – se afirma el carácter fundamental de los derechos sociales- para el individuo, que contienen obligaciones objetivas que vinculan la formulación de políticas públicas”<sup>255</sup>. Podemos observar que en esta postura se ha dejado de lado la consideración del carácter programático de los derechos sociales y como tal se adoptado la concepción institucional de los derechos fundamentales, como anteriormente hemos dejado en claro.

La insistencia de algún sector de la doctrina en concebir a los derechos sociales como derechos programáticos tiene como fundamento: 1) la ausencia de presupuesto

---

<sup>253</sup> LANDA ARROYO, César. “Los derechos sociales en la jurisprudencia de América Latina”. *Revista: Ius et veritas*; No. 45 (Dic. 2012). p. 228-241.

<sup>254</sup> LANDA ARROYO, César. “Los derechos sociales en la jurisprudencia de América Latina”. Ob. Cit. p. 228-241.

<sup>255</sup> Cfr. LANDA ARROYO, César. “Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia”. Ob. Cit. p. 133. Cabe recordar una Sentencia del Tribunal Constitucional peruano al referirse a las políticas públicas, donde señala que: “toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social. Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”. (STC 2945-2003-AA/TC, Fundamentos 18 y 33).



económico –el carácter costoso de los derechos-, y 2) la indeterminación de la norma, es decir, argumentos ya rebatidos anteriormente en el primer capítulo del presente trabajo. Como ya hemos dejado en claro estos planteamientos y nuestra posición particular sobre las disposiciones de los derechos sociales, no tiene espacio seguir tratando el tema.

Superando las discusiones ante referidas, enfocaremos algunas cuestiones que tienen relevancia con los derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dejado en claro varios aspectos. En el Expediente STC 1417-2005 fundamento 32, ha sostenido: “la superación de la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, se ha debido a la atención del principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales” de modo que, como sostiene Patricio Rubio: “el principio de indivisibilidad junto con el de interdependencia y complementariedad de los derechos fundamentales, se hace presente el tema de la obligatoriedad de los Estados y la exigibilidad como derechos subjetivos del individuo”<sup>256</sup>. Esta vendría a ser una fórmula para alcanzar la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Por otro lado el Tribunal Constitucional en el Expediente 008-2003-AI/TC, fundamento 12, también ha indicado que: “el Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de una Estado Social y democrático de derecho, en la cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos y la identificación del Estado con los fines de su contenido social”.

Como se puede advertir el Tribunal Constitucional el Estado peruano tiene como compromiso dar lugar a la provisión de condiciones materiales mínimas directamente relacionadas con los derechos sociales<sup>257</sup>. De manera que las condiciones materiales mínimas resulta un elemento muy importante para configurar el marco dentro del cual debe darse la responsabilidad del Estado como el peruano en la implementación de los derechos sociales que requiere un desarrollo progresivo.

---

<sup>256</sup> RUBIO, Patricio. Ob. Cit. p. 201-230.

<sup>257</sup> El Tribunal Constitucional peruano en el Expediente 2945-2003-AA/TC, fundamento 26 sostiene: “Actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida y, en esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado. Dichos postulados propenden a la realización de la justicia que avala los principios de dignidad humana y solidaridad y traspasa el reducido marco de la legalidad con el que se identificaba la noción clásica de Estado de derecho. Ahora el Estado está comprometido a invertir los recursos indispensables para desarrollar las tareas necesarias que le permitan cumplir con el encargo social de garantizar el derecho a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad privada”.

El ámbito internacional también se ha pronunciado en ese sentido, sobre todo el CESC<sup>258</sup>. Esto quiere decir que no basta que el Estado tenga algunos fines en materia social, sino que debe identificarse con ellos, es decir, que cada funcionario y en particular los responsables de implementar las políticas de contenido social. En ese sentido, “*se debe tener presente que la satisfacción mínima de los derechos sociales es planteada como una condición indispensable sobre la cual partir. Es allí donde radica el necesario cumplimiento de estos mínimos*”<sup>259</sup>.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha sido claro en el expediente 2945-2003-AA/TC, fundamento 36: “en efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución «no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. Del mismo modo ha señalado en el expediente 1417-2005-AA /TC fundamento 16: “ 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”. Esta afirmación nos lleva a concluir que el mínimo solo es un punto de partida y que se puede ir por más en tanto mejor se protejan a los derechos sociales.

---

<sup>258</sup> “Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990.

<sup>259</sup> RUBIO, Patricio. Ob. Cit. p. 201-230.

De modo que al ser considerados los derechos sociales principios en sentido estricto (normas-principios), rige el principio de progresividad, cuyo fundamento reside en la ausencia de protección de los derechos sociales por parte del legislador, es decir, la omisión del legislador a fin de garantizar los derechos sociales por la supuesta falta de disponibilidad de recursos económicos. De modo que nada puede justificar la no satisfacción mínima de los derechos sociales, ya que se fundamenta en el principio de la dignidad humana<sup>260</sup>.

Por otro lado, la situación de insatisfacción, precariedad y necesidad por parte de los ciudadanos podría ocasionar una falta de legitimidad del Estado y con ello ideas contrarias al orden constitucional, profundizando en la distancia entre la realidad y el texto constitucional – derechos sociales- llegando al punto de que la insatisfacción de necesidades básicas condicionen el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

En esa medida, ante los niveles de insatisfacción reducidos, se reconoce al ciudadano las garantías constitucionales que anteriormente hemos abordado brevemente<sup>261</sup>, que faculta a los ciudadanos poder recurrir al juez ordinario ante una afectación del contenido esencial de los derechos sociales. Esta situación es señalada por César Landa Arroyo: “que los derechos sociales que la constitución ampara vincularían directa e inmediatamente, a la administración judicial y estatal quienes otorgarían eficacia jurídica a dichos mandatos, en virtud de sus redimensión facultativa y del carácter obligatorio y necesario de toda norma constitucional”<sup>262</sup>.

El tratamiento de las garantías secundarias, de modo como se trata en el caso peruano, en términos de Ferrajoli, para todos los derechos constitucionales, vendría a ser la primera diferencia, de carácter categórico, que dista en la estructura que se impone en

---

<sup>260</sup> Cfr. PONCE SOLÉ, Juli. Ob. Cit. p. 84-85. Donde sostiene que: “el límite infranqueable para las regulaciones legales es respetar el núcleo mínimo vinculado a la dignidad humana”.

<sup>261</sup> “De modo, que la Constitución de 1993, no ha establecido diferenciación respecto a las garantías de los derechos constitucionalmente reconocidos, es así que, los derechos reconocidos en el Capítulo I y Capítulo II del Título I tienen las mismas garantías, tanto en lo procesal como en lo institucional – defensoría del Pueblo. En efecto, de acuerdo al artículo 200° de la Constitución los procesos constitucionales -habeas corpus, amparo y habeas data- tienen como objetivo brindar tutela urgente y oportuna a todos los derechos constitucionales. De igual modo, la Defensoría del Pueblo, como órgano Constitucional, corresponde defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, tal y como se recoge en el artículo 162° de la Constitución Peruana de 1993 donde dispone que “corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”.

<sup>262</sup> LANDA ARROYO, César. “Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia”. Ob. Cit. p. 140-141.

la Constitución de España y del Perú. Como se había explicado anteriormente, en la CP de 1993<sup>263</sup> no existe un artículo 53.3 como en la CE de 1978 –una foto fija-.

En tal sentido, haciendo un análisis comparado entre la CP de 1993 y la CE de 1978, dada la naturaleza de nuestra investigación, podemos afirmar que, de una lectura completa de la CP no se desprende o extrae alguna similitud de configuración jurídica que tenga la misma estructura del artículo 53.3 de la CE. Sin embargo, existen varios principios,<sup>264</sup> entre ellos el de progresividad<sup>265</sup>, que está reconocido en la CP que influyen en la interpretación de los derechos sociales, para así asignarles una posición jurídica a los derechos sociales en la Constitución. Más allá de haberlos reconocidos como derechos fundamentales, como anteriormente hemos referido.

---

<sup>263</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 0014-2002-AI/TC, del 21 de enero de 2003, fundamentos jurídicos 92-94. “mediante un ejercicio de interpretación constitucional, el TC peruano ha señalado que dichos resguardos también corresponden a los derechos constitucionales, es decir a los derechos fundamentales y a los derechos sociales. “Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuáles se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa”.

<sup>264</sup> Los principios que se reconocen en la Constitución peruana son: “La dignidad del ser humano (art. 1); la cláusula abierta de los derechos (art. 3); fuerza normativa de la Constitución y Supremacía de la Constitución (art. 38); Estado Social y Democrático (art. 43); Promoción del bienestar general fundado en la justicia y el desarrollo integral y equitativo (art. 44); Jerarquía normativa (art. 51); Economía Social de mercado (art. 58); criterio de progresividad del gasto público (Undécima disposición final y transitoria).

<sup>265</sup> En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre el principio de progresividad: “en efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, “no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. (STC 2945-2003-AA/TC, Fundamento 36). De modo que, “los Estados deben adoptar las medidas eficaces para buscar progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. De modo, como hemos podido notar los derechos sociales cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio”. (STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 16 y 17). En igual sentido, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales al interpretar el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido: “el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

Por otro lado, otra diferencia está determinada por el artículo 3<sup>266</sup> de la Constitución de 1993, conocida como la “cláusula abierta de los derechos”. Denota la posibilidad, por este medio, de adherir nuevos derechos a la Constitución cuando así lo exijan las circunstancias necesarias, sin excluir a ningún derecho, mucho menos a derechos sociales que no fueron reconocidos en el texto constitucional por el constituyente.

De esta afirmación se desprende otra idea básica: que no hay argumento para realizar una diferenciación entre derechos fundamentales de corte liberal y los derechos sociales, es decir, el contenido de esta norma no excluye la protección constitucional de otras exigencias o expectativas que emanan de los principios mencionados, de modo que tal diferenciación queda diluida en la práctica. Cabe argumentar que algunos derechos no se encuentran reconocidos en la Constitución, como el derecho a una vivienda adecuada, este artículo – clausula abierta de derechos- puede ser la puerta abierta para reconocerlo, de modo que queda a disposición del Tribunal Constitucional hacer efectiva esta expectativa, salvo que se realice una reforma constitucional que vea la introducción de este derecho en la Carta magna lo que consideramos poco probable por la falta de voluntad política de nuestros legisladores.

Hasta este punto y habiendo hecho un recorrido por la forma como está estructurada jurídicamente y cuál es el valor normativo de los derechos sociales en la CPde 1993, sostenemos, por un lado, que la posición del carácter programático ha sido superada y apartada para los derechos sociales, más no para las normas directrices (normas-fin), que no los llamaría normas programáticas, sino normas de programación final o normas fines del Estado, en el sentido de las explicaciones anteriormente realizadas (Capítulo II del presente trabajo), y por otro lado, se entiende que los derechos sociales son principios en sentido estricto o derechos propiamente dichos (normas-principio). Teniendo al lado de estas normas el principio de progresividad, tal y como refiere la UDFT de la Constitución de 1993, de manera que influye en la adaptación y aplicación de los derechos sociales.

De lo que hemos manifestado hasta este momento los derechos sociales son considerados como fundamentales al igual que los derechos civiles y políticos que tienen como origen común a la dignidad de la persona humana, lo que los convierte exigible al

---

<sup>266</sup> Constitución Peruana de 1993, Artículo 3: “la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo sobre los derechos fundamentales de la persona no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad de la persona, o en los principios de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Estado. Sin embargo, la naturaleza distinta a los derechos sociales ha aportado elementos de dificultad en relación a la configuración por ley de estos derechos y a su exigibilidad.

Se plantea el problema y surge la pregunta ¿Cuándo resulta aplicable una exigencia inmediata del derecho mediante una acción de amparo de naturaleza urgente? Dando respuesta a esta interrogante podemos mencionar que tanto la Constitución como el Código Procesal Constitucional (en adelante CPC) y la jurisprudencia han dado sentido a ello. La Constitución de 1993, específicamente en el numeral 2 del artículo 200 del Título V recoge una de las garantías constitucionales<sup>267</sup> que harían exigible la protección de los derechos sociales. Para ello fue necesario que se emita una Ley que desarrolle la parte normativa de la Constitución de 1993, precisamente así dispone el último párrafo del artículo 200, que será por Ley orgánica<sup>268</sup> su regulación. Con fecha uno de diciembre del dos mil cuatro entra en vigencia la Ley N° 28237<sup>269</sup>. El CPC cuyo artículo 37 ha establecido que mediante el proceso de amparo puede protegerse una lista de derechos, entre ellos los siguientes derechos sociales reconocidos en la Constitución: el derecho al trabajo, la sindicación, negociación colectiva y huelga, el derecho la educación, la seguridad social, remuneración y pensión, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, a la salud. Se advierte que en la Constitución no se recoge el derecho a la vivienda adecuada ni la alimentación adecuada.

No podemos dejar de mencionar que para que proceda la demanda es necesario un requisito fundamental recogido en el mismo CPC en el artículo (5.1), consiste en que la afectación debe ser dirigida al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental<sup>270</sup>, es decir, solo será procedente el proceso de amparo de los derechos

---

<sup>267</sup> Constitución de 1993: Artículo 200, numeral 2 “La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión. Por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)”. Esto nos da a entender que mediante el proceso de amparo se puede tutelar los derechos sociales.

<sup>268</sup> Constitución Política del Perú: Artículo 200 tercer párrafo, “una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías (...)”. La ley orgánica es redactada por el legislativo.

<sup>269</sup> Ley N° 28237, de fecha uno de diciembre del dos mil cuatro. Código Procesal Constitucional. Artículo 5: Causales de improcedencia. No proceden los procesos constitucionales cuando: 1) Los hechos y el peticionario de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Esto significa al contenido esencial de los derechos sociales, más allá de las disquisiciones doctrinarias de lo que se entiende por contenido constitucionalmente protegido y contenido esencial, para el Tribunal Constitucional se entiendo lo mismo.

<sup>270</sup> El Tribunal Constitucional peruano a referido que: “todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en

sociales si únicamente se afecta el contenido esencial del derecho. Así mismo este apartado debe interpretarse con el artículo 38 del CPC cuando señala que la protección tendrá sustento en la medida que considere al “sustento constitucionalmente directo”<sup>271</sup>.

De modo que como señala el TC peruano, la disposición constitucional en relación a los derechos sociales deben ser “entendidas como normas-principio, constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren la intermediación de una fuente legal, para alcanzar la plena protección y exigir así la plena judicialización (...) En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (el artículo 27 de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral o en razón de su propia naturaleza (los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales” (Expediente 1417-2005-AA/TC: fundamento 11).

En ese sentido, la Constitución mantiene la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social, de modo que su reconocimiento no es suficiente para dotarlos de la eficacia plena, pues solo queda configurada a partir de su regulación legal, la que le convierte en jurídicamente exigible.

El TC peruano ha tomado determinada doctrina de Alexy en relación a la estructura de los derechos fundamentales, diferenciando normas, disposiciones y posiciones. De modo que ha indicado que las posiciones de derecho fundamental son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona ostenta al amparo de las normas, atributos que pueden constituirse en pretensiones en un proceso

---

el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto. (STC. N° 1417-2005-AA/TC, fundamento 21).

<sup>271</sup> El Tribunal Constitucional en este extremo ha indicado que: “la noción de «sustento constitucional directo» a que hace referencia el artículo 38 del CPP. no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o «bloque de constitucionalidad” (Expediente 1417-2005-aa/TC: fundamento 9).

constitucional como el amparo. Para ello, la pretensión deberá ser válida y deberá derivar directamente del «contenido esencial» de un derecho protegido por una disposición constitucional. Esto significa que una demanda en un proceso de amparo resultará procedente en cuanto la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. (1417-2005-AA/TC: fundamento 27).

Lo cierto es que el propio TC reconoce las dificultades que implica distinguir entre lo regulado por ley, que forma parte de la delimitación del contenido directamente protegido por un derecho fundamental, y aquello que carece de importancia constitucional directa, en cuyo caso señala claramente que los criterios de interpretación deberán inspirarse en la dignidad humana<sup>272</sup>.

Sin perjuicio de las dificultades que puede entrañar la búsqueda del contenido esencial del derecho, se debe reconocer que, una vez delimitado este —el núcleo duro o el contenido directamente establecido, dependiendo de la terminología que se emplee—, el TC despliega una defensa a través del amparo con convicción<sup>273</sup>.

De ello podríamos emitir algunas conclusiones: 1) que otorga un derecho subjetivo a los individuos para hacer exigible la tutela de los derechos sociales; 2) que para acceder mediante el proceso de amparo no diferencia entre derechos sociales y derechos fundamentales, de modo que los derechos constitucionales que han sido fraccionados por el Constituyente en el Capítulo I (derechos fundamentales) y Capítulo II (derechos sociales) tienen el mismo ámbito de protección a través de una garantía constitucional. 3) El legislador debe desarrollar el derecho social fundamental a fin de tener protección y hacerlo exigible, 4) Solo será procedente la tutela de amparo cuando se afecte el contenido esencial del derecho.

En este sentido, los ciudadanos han visto en la jurisdicción constitucional una salida a estos problemas, como una suerte de último mecanismo jurídico útil para exigir el cumplimiento o la reparación de sus derechos fundamentales sociales. Es así que la

---

<sup>272</sup> RUBIO, Patricio. Ob. Cit. p. 201-230.

<sup>273</sup> El Tribunal Constitucional peruano refiere que: “el contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada”. (Expediente 1420-2009-PA/TC: fundamento 3).



sociedad actúa, porque así lo permite la CP, a contracorriente de la postura que sostiene el carácter programático de los derechos sociales, y por ende, su no exigibilidad”<sup>274</sup>.

En esta medida, corresponderá a la jurisdicción constitucional determinar qué aspectos de estos derechos no se pueden tutelar a través del proceso de amparo y cuáles sí merecerían un pronunciamiento favorable de su parte<sup>275</sup>. Asimismo, la protección también vendrá por la acción de inconstitucionalidad, de manera que habrá un control sobre los actos legislativos, específicamente sobre las leyes que desarrolle el legislativo en cuanto a los derechos sociales, es decir, la determinación de la constitucionalidad de las normas legales, mediante el proceso de inconstitucionalidad.

De modo que el TC peruano ha jugado un rol importante y activo en relación a algunos derechos sociales, como, por ejemplo, el despido arbitrario, autonomía universitaria, derechos sindicales, derecho a la consulta, entre otros<sup>276</sup>. Toda vez que ha existido una constante omisión por parte del poder legislativo y el ejecutivo. No está demás decir que ha coadyuvado a ello la falta de una estructura administrativa sólida, independiente y eficaz que brinde las prestaciones que reclaman los derechos sociales.

A fin de dar un alcance sobre algunas decisiones del TC peruano tomaremos como ejemplos las siguientes<sup>277</sup> la STC N° 1124-2001-AA/TC, de fecha 11 de julio de 2002, ha sostenido lo siguiente: “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 (...) en relación al primer aspecto hay que precisar que *la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado*”. Del mismo modo sostiene “(...) que del artículo 27 de la Constitución, contiene un mandato al legislador para establecer la protección del despido arbitrario, se debe resaltar de la disposición constitucional: 1) Es un mandato al legislador; 2) consagra el principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección; c) No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley”. De esta forma el Tribunal Constitucional ha afirmado la exigibilidad del derecho al trabajo a través del proceso de

---

<sup>274</sup> Cfr. ALVITEZ ALVITEZ, Elena. Ob. Cit. p. 153.

<sup>275</sup> Cfr. ALVITEZ ALVITEZ, Elena. Ob. Cit. p. 153.

<sup>276</sup> Se pueden consultar las sentencias emitidas en los siguientes casos: expediente 0022-2009-PI/ TC, fundamento 37; expediente 2005-2009-PA/TC, fundamento 31; expediente 2868-2004-AA/TC; expediente 4232-2004-AA/TC, fundamentos 28 y 29; expediente 1124-2001-AA/TC, fundamento 12.

<sup>277</sup> HAKANSON, Nieto. Ob. Cit. p. 180.

amparo. En tanto que lo que ha dispuesto con el *mandato constitucional* al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador a una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.

La siguiente es una sentencia bastante pedagógica, al definir el contenido esencial de un derecho social, como el derecho a la pensión, y al haber aplicado el principio de proporcionalidad en su interpretación, es así que, el colegiado del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0050-2004-AI/TC, del 3 de julio de 2005, caso sobre la constitucionalidad de la reforma del sistema de pensiones. Sostuvo que el derecho a la pensión tiene el carácter de fundamental, y siguiendo el criterio de proporcionalidad determino su contenido esencial constituido por: a) el derecho de acceso a la pensión, b) el derecho a no privar arbitrariamente de pensión a nadie, c) el derecho a un monto mínimo vital. En ese sentido, se observa que los derechos sociales al igual que los derechos fundamentales, pueden ser también objeto de limitaciones, claro está que cualquier intento legislativo que los pretenda limitar debe ser razonable, racional y proporcional, si se quiere otorgar legitimidad constitucional a dichos límite.

Por último en el proceso de amparo Expediente 2016-2004-AA/TC, el TC peruano, declaró fundada una acción de amparo, ordenando que se considere al agraviado, en su derecho a la vida, “en el grupo de pacientes que recibirían tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, o que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante (...) y bajo su responsabilidad. A su vez, el Tribunal exhorta a los poderes públicos a que cumplan con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Nro. 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA; y ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada seis meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento del recurrente”. En ese caso el Tribunal protegió el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida, sosteniendo de esta manera la tesis de la conexidad.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **LA BÚSQUEDA DEL ESTADO SOCIAL MÍNIMO A PARTIR DE LAS DISPOSICIONES IUSFUNDAMENTALES DE PRESTACIÓN Y EL ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

#### **1. LAS DISPOSICIONES IUSFUDAMENTALES DE PRESTACIÓN EN EL PERÚ – DERECHOS SOCIALES**

##### **1.1 LA JUSTIFICACIÓN EN LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES POR LA VÍA JUDICIAL**

Generalmente en la gran mayoría de los países de América Latina, como en el caso del Perú se ha recogido en la Constitución un catálogo representativo de derechos sociales, así como la figura que resguarda la garantía del derecho, que vendría a ser el amparo o la tutela -garantías secundarias en términos de Ferrajoli-, de modo que esta figura garantiza a los ciudadanos el acceso a la jurisdicción a efectos de que en caso de vulneración de los derechos sociales fundamentales, el juez tenga la facultad de corregir el estado de cosas originado por la autoridad pública, esencialmente por el legislativo y el ejecutivo.

Pese a tener un mecanismo de tutela de los derechos sociales fundamentales y los avances que han tenido, los países del hemisferio de América Latina siguen siendo uno de los sectores de la población mundial donde se convive a diario con la pobreza<sup>278</sup> y la

---

<sup>278</sup> “La tasa de pobreza en América Latina en el 2013 de un 28,1% de la población, en tanto que la indigencia, o pobreza extrema, alcanzó el 11,7%. Estos porcentajes equivalen a 165 millones de personas en situación de pobreza, de los cuales 69 millones son personas en situación de pobreza extrema. Estos valores dan cuenta de que la tasa de pobreza se mantuvo sin diferencias significativas con respecto a los niveles observados en 2012 (28,1%). La pobreza extrema, por su parte, también permaneció sin cambios estadísticamente significativos, debido a que el valor observado en 2013 es solo 0,4 puntos porcentuales superior al de 2012 (11,3%). Esto significa que en 2013 el número de personas pobres se mantuvo sin cambios mayores, en tanto que el número de personas en situación de indigencia se incrementó alrededor de 3 millones y se produjo una disminución de similar magnitud de la cantidad de personas pobres no indigentes. En lo que respecta a la evolución de la pobreza por país, se observa que de los 12 países que tienen información disponible de 2013, en cuatro hubo reducciones mínimas. En el caso del Perú, la pobreza se redujo 1,9 puntos porcentuales en el mismo período (del 25,8% al 23,9%), en tanto que la pobreza extrema disminuyó 1,3 puntos porcentuales (del 6,0% al 4,7%). En Chile, la pobreza cayó 1,6 puntos porcentuales por año, pasando del 10,9% en 2011 al 7,8% en 2013, al mismo tiempo que la pobreza extrema disminuyó a un ritmo de 0,3 puntos porcentuales por año, del 3,1% en 2011 al 2,5% en 2013. En el Ecuador se registró también un descenso de la pobreza entre 2011 y 2013, a un ritmo de 0,9 puntos porcentuales por año (del 35,4% en 2011 al 33,6% en 2013), mientras que la pobreza extrema cayó 1,0 punto porcentual por año (del 13,9% en 2011 al 12,0% en 2013). El Paraguay presentó la mayor disminución, que alcanzó 4,5 puntos porcentuales por año, al pasar del 49,6% en 2011 al 40,7% en 2013, mientras que la indigencia cayó casi al mismo ritmo anual, descendiendo del 28,0% al 19,2% en el mismo período. En El Salvador, la

desigualdad<sup>279</sup>. En este sentido sigue habiendo exclusiones en el acceso a prestaciones básicas: salud, educación adecuada y de calidad, vivienda digna, alimentación adecuada y condiciones de labores dignas.

En estas circunstancias el Estado es quien tiene la responsabilidad y la obligación de reducir los niveles y condiciones de pobreza y extrema pobreza, así como acortar las brechas de la desigualdad social. En el Perú parece que no sería de gran prioridad la erradicación de la desigualdad, ya que el Estado actúa contrariamente a ello. Para tener una mejor referencia en el caso peruano, para el periodo 2013<sup>280</sup> a pesar de haberse reducido la pobreza mínimamente en un 1,9 puntos porcentuales en el mismo periodo (del 25,8% al 23,9%) y la pobreza extrema haber disminuido en 1,3 puntos porcentuales (de 6,0% al 4,7%), sigue contando con unos de los porcentajes más altos a nivel de la región y a nivel mundial. La pobreza en general es un factor que en todo Estado llamado Constitucional no debe tener lugar y cuyo papel le corresponde al Estado a fin de mitigar esas condiciones paupérrimas de calidad de vida.

---

pobreza se redujo 4,4 puntos porcentuales entre 2012 y 2013 (del 45,3% al 40,9%) y la indigencia cayó 1,0 punto porcentual (del 13,5% al 12,5%) en el mismo período. En Colombia se registró entre 2012 y 2013 una caída del nivel de pobreza de 2,2 puntos porcentuales (del 32,9% al 30,7%) y una reducción de 1,3 puntos porcentuales de la pobreza extrema (del 10,4% al 9,1%). En los restantes países (Costa Rica y Uruguay), las caídas tanto de la pobreza como de la indigencia no fueron significativas y correspondieron a variaciones de alrededor de 0,3 puntos porcentuales o incluso menores, en ambas magnitudes. En el Brasil, en tanto, se registró entre 2012 y 2013 una caída de la tasa de pobreza de 0,6 puntos porcentuales, pero un incremento de la tasa de indigencia de 0,5 puntos porcentuales. Se observó un fenómeno semejante, de disminución de la pobreza y aumento de la indigencia, en la República Dominicana en el mismo período y en Panamá entre 2011 y 2013, aunque las variaciones no resultan estadísticamente significativas. En la República Bolivariana de Venezuela, la tasa de pobreza aumentó 6,7 puntos porcentuales entre 2012 y 2013 (del 25,4% al 32,1%) y la tasa de indigencia 2,7 puntos porcentuales (del 7,1% al 9,8%) en el mismo período". Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "*Panorama Social de América Latina*", 2014, (LC/G.2635-P), Santiago de Chile, 2014. p. 18. Vid. este reciente informe en <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37626-panorama-social-de-america-latina-2014>.

<sup>279</sup> "Una de las características distintivas ha sido ha sido la desigualdad en la distribución de los recursos y en el ejercicio de los derechos. Si bien no se trata de la región más pobre del mundo, si se destaca por ser la más inequitativa, lo que representa un obstáculo para el bienestar actual y el desarrollo futuro de sus sociedades y de sus economías (...). El agrupamiento de los segmentos de bajo nivel socioeconómico en zonas periféricas de las ciudades ha sido un rasgo de la urbanización de la región, en particular en el caso de las grandes ciudades, y en general se ha asociado a desventajas por condiciones más precarias en materia de vivienda, servicios básicos, equipamiento social, mayor exposición en riesgos de seguridad y de eventos naturales dañinos, mayores tiempos y costos de transporte, mayor distancia física y social a los ámbitos y circuitos donde se concentran o circulan los recursos económicos, desconocimiento o desinterés del Estado. La otra cara de la moneda ha sido la concentración de los grupos de alto nivel socioeconómico en unas pocas zonas de la ciudad que, además de contar con abundantes recursos privados derivados del nivel de ingreso de sus residentes, lugares donde predomina el empleo de buena calidad y en donde disfrutaban de una calidad de vida y un funcionamiento de los servicios urbanos superior al resto de la ciudad". Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Panorama Social de América Latina*. Ob. Cit. p. 41. Vid. este reciente informe en <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37626-panorama-social-de-america-latina-2014>.

<sup>280</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Panorama Social de América Latina*. Ob. Cit. p. 41. Vid. este reciente informe en <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37626-panorama-social-de-america-latina-2014>.

Frente a esta realidad, el ciudadano pierde la confianza en las autoridades, que teniendo la obligación de garantizarle una protección de los derechos sociales fundamentales, no lo realiza, de modo que se genera la desconfianza en la vigencia del derecho y en la legitimidad del Estado, situación que pone en riesgo la estabilidad del mismo sistema democrático.

Por ese motivo, a fin de no caer en el vacío, los ciudadanos han confiado en el juez constitucional como el último garante del Estado Social y Democrático de derecho, aunque debemos anotar que el juez constitucional peruano en estos casos convive con un problema político – constitucional (riesgo del activismo judicial), esto quiere decir que ante la omisión del legislador y del ejecutivo, el juez dotado de la fuerza normativa de la Constitución, corre el peligro por necesidad, de invadir los espacios competenciales de otros poderes del Estado.

La otra opción sería que el juez constitucional se quede con los brazos cruzados frente a situaciones de injusticia, posponiendo la vigencia de los derechos sociales fundamentales que se recogen en la Constitución y la fuerza normativa de la Constitución, a cuestiones netamente formales. Si fuera el caso, el ciudadano quedaría completamente desprotegido. De modo que los mandatos constitucionales en materia social serían mera retórica, simple poesía, palabras vacías, promesas sin valor normativo, y al Estado Social y Democrático de derecho sin credibilidad.

De modo que ante la otra alternativa del juez, éste debe hacer de la Constitución y la vigencia de los derechos sociales fundamentales, su principal prioridad, de modo que el juez debe aplicarla, incluso por encima de la ley, ausencia de la misma o por inacción del ejecutivo; poderes que, por mandato constitucional deberían haber actuado para garantizar los derechos sociales fundamentales.

Normalmente es el legislador el llamado a precisar las prestaciones exigibles en materia de derechos sociales, las cuales tienen importantes implicaciones presupuestarias y económicas, como ya dejamos claro anteriormente. En ese sentido, en relación a los derechos sociales fundamentales, el contenido está directamente referido al otorgamiento de prestaciones a cargo del Estado respecto de un número comúnmente indeterminado de beneficiarios, y para ello se plantean problemas de distribución de recursos escasos, de fijación de prioridades y, a fin de cuentas, de diseño y ejecución de políticas públicas. De ello se extrae una regla concluyente: la primacía o preferencia de la intervención legislativa se justifica en el principio democrático y en el reparto de funciones entre los

jueces y las instancias políticas (legislativo-ejecutivo), lo cual está asociado al principio de separación de poderes propia del Estado de derecho<sup>281</sup>.

De la regla general determinada anteriormente no se infiere que los jueces constitucionales se encuentren en posiciones pasivas, pues la arbitrariedad del poder debe ser susceptible de control, más aún cuando se trata de derechos sociales fundamentales. De ello se deriva la democracia sustancial, de inhibir al legislador y al ejecutivo de ciertas situaciones –coto vedado- que no deberían quedar en manos de la mayoría política como propone la democracia formal.

Es por ello que los Tribunales, Cortes o Salas constitucionales deben actuar inmediatamente proporcionando la tutela judicial del derecho prestacional afectado, ante la ausencia de la ley y deficiencia en la regulación del derecho.

En ese sentido la jurisprudencia constitucional ilustra sobre las situaciones donde la intervención judicial directa, sin soporte legislativo, se hace necesaria. De ese modo como bien afirma Jesús Casal, los tribunales intervienen ante la prolongada inactividad del legislador (problema patológico); la arbitraria interrupción de programas o prestaciones; la evidente insuficiencia de las prestaciones aseguradas legal o reglamentariamente; y en general, las situaciones en las cuales se ponga el riesgo a un *mínimo existencial*<sup>282</sup>. De manera que esta intervención y protección vendrá de la justicia constitucional para resolver los cuestionamientos sobre la validez y eficacia de los derechos sociales fundamentales a través de los procesos de amparo ante la violación de los derechos sociales fundamentales, como en la determinación de la constitucionalidad de las normas legales -procesos de inconstitucionalidad-<sup>283</sup>.

En relación al riesgo de un mínimo existencial, mínimo vital, contenido mínimo o contenido esencial de prestación del derecho social, que desde nuestra perspectiva vendría a tener el mismo fin, éste viene a ser un criterio relevante para la tutela judicial de los derechos sociales. No si antes referirnos a que el planteamiento de esta teoría ha tenido distintos desarrollos. Por un lado, Robert Alexy lo denominó el mínimo que todo derecho social fundamental debe tener –mínimo vital a una vivienda simple, a la educación

---

<sup>281</sup> Cfr. CASAL, Jesús M. “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”. Editores Víctor Bazán y otros: *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. N° 5 La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Fundación Konrad Adenauer. Colombia. Bogotá. 2015. p. 35-36.

<sup>282</sup> Cfr. CASAL, Jesús M. Ob. Cit. p. 36.

<sup>283</sup> Cfr. LANDA ARROYO, César. “Comentarios sobre el texto. La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión, de Jesús Casal”. Editores Víctor Bazán y otros: *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. N° 5 La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Fundación Konrad Adenauer. Colombia. Bogotá. 2015. p. 50.

escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica-. Debo precisar que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano también se ha desarrollado el contenido esencial de los derechos fundamentales –derechos sociales- que no es otra cosa que el mínimo existencial. Así mismo, el ámbito internacional en materia de derechos humanos como el CESC también ha enfocado el desarrollo de sus resoluciones al “mínimo existencial”. De modo que ahora pasaremos a referirnos a esta categoría.

## **1.2 LOS DERECHOS SOCIALES COMO NORMAS PRIMA FACIE Y EL MÍNIMO EXISTENCIAL**

Antes de iniciar el análisis de la tesis propuesta, sostengo que no se deben confundir dos ideas importantes dentro de lo que se ha llamado la “paradoja de la democracia” y “la supuesta colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales”. Las contradicciones o paradojas solo se dan cuando por democracia entendemos el dominio de la mayoría, mientras cuando se sostiene el principio de la mayoría -la existencia de un coto vedado de cuestiones que no deben caer dentro de la competencia legislativa- tal contradicción se difumina, ya que se garantiza mínimamente la protección de los derechos fundamentales<sup>284</sup> que claro está no caerían en mano de la mayoría.

Esta cuestión es justamente lo que impide el suicidio de la democracia; por ello los derechos fundamentales vienen a configurarse como aquel vínculo sustancial normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado<sup>285</sup>, lo que da sustancia a los derechos fundamentales como un reflejo de la democracia sustancial.

Partiendo de esta idea central de la democracia, en la cual no solo se desenvuelve los derechos fundamentales como límites al poder político y económico, sino también como principio que rige un Estado Constitucional<sup>286</sup>, abordaremos la tesis que aportaría una interpretación de las disposiciones iusfundamentales como normas que estatuyen

---

<sup>284</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los Derechos Sociales de Robert Alexy”. *Derechos Sociales y ponderación*. Edición a cargo de Ricardo García Manrique. Segunda Edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. p. 151.

<sup>285</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y garantías. La ley del más débil”. Ob. Cit. p. 51.

<sup>286</sup> . Para Robert Alexy, “El Estado Constitucional Democrático se caracteriza por seis principios fundamentales (...) la (...) dignidad humana, de la libertad y de la igualdad, así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social”. Alexy, Robert. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional”. Ob. Cit. p. 31.

posiciones jurídicas *prima facie*<sup>287</sup>. Esta propuesta parte de una idea central: las normas y las posiciones de los derechos prestacionales son tan relevantes que su atribución o denegación no puede caer en la competencia de la mayoría parlamentaria<sup>288</sup>.

Claro está, que en esta afirmación también se incluye a los derechos sociales fundamentales, que desde nuestra perspectiva tienen un carácter *prima facie*, que actúan como *mandatos de optimización*, es decir, como posiciones que deben ser realizadas en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

Los principios de optimización -derechos sociales fundamentales- según Bernal Pulido “*dan lugar a normas y posiciones prima facie, que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas*”<sup>289</sup>. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad actúa como criterio definitorio de la vinculación de los enunciados de los derechos sociales reconocidos en la Constitución. De modo que ante la pregunta ¿cuáles son los derechos sociales fundamentales que tiene el individuo de manera definitiva? La respuesta sería resuelta desde la ponderación entre principios<sup>290</sup>.

Según la propuesta de Robert Alexy la ponderación debe realizarse desde diferentes principios en juego: a) El principio de libertad fáctica, que sería el principal fundamento de los derechos sociales, (desde mi perspectiva también podría ser fundamento “la dignidad humana o la igualdad sustancial); b) Un principio formal: el principio de la función competencial asignada al legislador democráticamente elegido (principio de separación de poderes y democracia), debe entenderse como un principio democrático de

---

<sup>287</sup> El profesor Liborio Hierro se ha pronunciado en ese sentido: “Los derechos sociales se ostentan frente al Estado, sociedad política o institución concreta, pero esto no es una característica peculiar de estos derechos. Todos los derechos sin distinción dependen de precisiones institucionales ulteriores. En este sentido cabe afirmar, que nos son derechos definitivos o absolutos, sino derechos que requieren compromisos institucionales para convertirse en derechos finales y por ello pueden ser considerados *prima facie*” Cfr. HIERRO, LIBORIO L. Ob. Cit. p. 178-181.

<sup>288</sup> “Los derechos fundamentales son entendidos, como principios de optimización y que contienen un carácter *prima facie* (...) sobre la base de las normas de derecho fundamental, cada cual tiene las posiciones de derechos prestacionales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su atribución o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria”. Cfr. ALEXY, Robert. Ob. Cit. p. 80.

<sup>289</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 396.

<sup>290</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. pp. 454. Del mismo modo Alexy entiende que: “Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 136.



decisión; c) Un principio material: el principio de la libertad jurídica y otros derechos sociales, democráticos o de la libertad o bienes colectivos.

En este escenario el principio de proporcionalidad juega un rol importante, y con ello las posibilidades fácticas – cuestiones presupuestarias económicas, el principio democrático o el de separación de poderes– y las posibilidades jurídicas -bienes o principios constitucionales, los derechos sociales, democráticos o de libertad.

Del mismo modo se entiende que si una prestación es requerida por el principio de libertad fáctica y los principios opuestos son afectados, en una medida *relativamente reducida* a causa de la garantía iusfundamental de la posición jurídica prestacional<sup>291</sup>, entonces cabe admitir que está garantizado por la Constitución<sup>292</sup>. Por ello, concluye Robert Alexy, las condiciones se satisfacen en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos<sup>293</sup>, por ejemplo, el derecho a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica. De esta manera, Alexy sostiene la Teoría del mínimo en el sentido de Liborio Hierro.

Frente a esta situación surge la pregunta ¿quién es el encargado de controlar los mínimos de los derechos sociales? Según Alexy quien tiene la legitimidad para este caso es el Tribunal Constitucional, que desempeña un papel en la justiciabilidad y eficacia de los derechos. Es así que a la luz de los principios opuestos, el deber prima facie del Estado correlativo a cada derecho ha sido satisfecho de manera suficiente o no, es decir, “el control se hará siempre y cuando la legislación se sitúa por debajo de un mínimo constitucionalmente inadmisibles”<sup>294</sup>. Ello significa que el control de constitucionalidad de las acciones normativas es siempre un control de mínimos –tarea reguladora del TC- y que fuera de ese ámbito, el legislador es quien tiene absoluta discrecionalidad. Por lo tanto, el Tribunal tiene prohibido sobrepasar ese mínimo. Con ello se afirma el rol del parlamento, ya que, fuera del mínimo dependería exclusivamente de la voluntad política.

Es importante la precisión que hace el profesor Liborio Hierro sobre la propuesta de la tesis de Alexy, quien ha indicado: “Alexy termina sosteniendo, de un lado, la vinculación jurídica es igual a control judicial y, de otro lado, que los principios contienen exigencias normativas al legislador que van más allá de los límites de lo definitivamente

---

<sup>291</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 454.

<sup>292</sup> Cfr. HIERRO, LIBORIO L. Ob. Cit. p. 214.

<sup>293</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 455.

<sup>294</sup> Cfr. HIERRO, LIBORIO L. Ob. Cit. p. 218.

debido<sup>295</sup>, es decir, de lo jurídicamente vinculante<sup>296</sup>. Propuesta que se mantiene en expectativa frente a la exigibilidad de los derechos sociales, en tanto que si el legislador ha ido más allá de lo definitivamente debido, esta situación puede protegerse por el principio de irreversibilidad de los derechos sociales, a menos que contra esta apreciación haya una justificación como la señalada por Juli Ponce: “la regresión de los derechos sociales o irreversibilidad debe respetar los principios y derechos de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica y confianza legítima, irretroactividad, igualdad y proporcionalidad”<sup>297</sup>.

Ambas conclusiones, suscritas en el párrafo anterior, son correctas en la medida que sean aplicadas exclusivamente a los derechos de prestación<sup>298</sup>, es decir, solo vale para los derechos sociales reconocidos en la Constitución o por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la medida que no todos los derechos están recogidos en la Constitución –cláusula abierta-<sup>299</sup>. Por otro lado, también es necesario destacar que el control constitucional, es un control restringido a lo jurídicamente vinculante y, por último, es pertinente afirmar que el legislador tiene una obligación, en tanto que está sometido a un mandato de optimización en las decisiones que pueda tomar, teniendo en cuenta, claro está, lo afirmado en la última propuesta, donde el legislador puede ir más allá de lo definitivamente debido.

Por otro lado, es importante lo que afirmado por Carmona Cuenca, en el sentido de que lo más común es que la vulneración del derecho a prestación proceda, no ya de una actuación de los poderes públicos sino más bien, de una omisión, especialmente legislativa, el Tribunal Constitucional tiene unas posibilidades de actuación que van desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación directa de lo ordenado por la Constitución<sup>300</sup>.

---

<sup>295</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 460.

<sup>296</sup> Cfr. HIERRO, Liborio L. Ob. Cit. p. 218.

<sup>297</sup> PONCE SOLÉ, Juli. Ob. Cit. p. 85.

<sup>298</sup> Cfr. HIERRO, Liborio L. Ob. Cit. p. 218.

<sup>299</sup> En el caso peruano, la cláusula abierta de los derechos está regulada en la Constitución Peruana de 1993, Artículo 3: “la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo sobre los derechos fundamentales de la persona no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad de la persona, o en los principios de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>300</sup> CARMONA CUENCA, Encarna. “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. Nuevas Políticas Públicas”. *Anuario Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. N° 2. 2006. p. 172-197.

Asimismo Alexy, en relación a la tesis o modelo que ha propuesto, indica que el particular tiene un derecho prestacional *definitivo* cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales –función competencial del legislador- y materiales – libertad jurídica y otros bienes- contrapuestos; obviamente esto sucede después de haber pasado el filtro por la ponderación, de modo que ese derecho prestacional definitivo no sería más que *los derechos mínimos*<sup>301</sup>.

Este tipo de derechos mínimos definitivos se refieren cuando los derechos prestacionales públicos subjetivos son exigibles judicialmente y se contraponen a un contenido objetivo excesivo. De modo que si nos damos cuenta existe una importancia sobre el carácter objetivo y no solo en la dimensión de carácter subjetivo.

Es consistente la afirmación siguiente, para sostener lo mencionado anteriormente. A diferencia de los derechos *definitivos* que son resultado de una ponderación, los derechos *prima facie*, que corresponden a los principios, tienen siempre algo excesivo, es decir, expectativas de optimización. La pregunta que deviene inmediatamente sería ¿Por qué? Los derechos *prima facie* son correlativos deberes *prima facie*. Estos deberes *prima facie* del Estado procuran que a las libertades jurídicas –elemento de la ponderación o principio material- de los titulares de los derechos fundamentales sean correlativas a las libertades fácticas –elemento de la ponderación o fundamento de los derechos sociales-. Por ello, los deberes *prima facie* del Estado tienen sus deberes definitivos<sup>302</sup>.

Es decir, tanto los derechos *prima facie* como los deberes *prima facie* tienen un contenido claramente excesivo -susceptibles de ser optimizado-, claro está, por el mismo carácter *prima facie* –que conllevan y dejan de tenerlo cuando adquieren el carácter de definitivo, es decir, después de la ponderación, donde ya se ha definido. A mayor abundamiento Alexy afirma que “(...) un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no satisfacción, conducir a un deber definitivo (...) asimismo, no puede ser objeto de control, por parte del Tribunal Constitucional, el que se cumpla todo lo que exige un deber *prima facie*, sino sólo si se cumple lo que queda como deber definitivo (...)”<sup>303</sup>.

En ese sentido, para Alexy en el caso peruano, los derechos fundamentales serían todas los derechos sociales reconocidos en la CP de 1993 del Capítulo II del Título I (De los derechos sociales y económicos); entre ellos se encuentran los siguientes: el derecho

---

<sup>301</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 459.

<sup>302</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. pp. 459.

<sup>303</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 460.

a la protección de la salud (art. 7), el derecho a la seguridad social (art. 11), el derecho a la educación (art 13), el derecho al trabajo (art. 22), los derechos a la sindicación, negociación colectiva y huelga (art. 28).

De manera que como sostiene Alexy son derechos fundamentales si están reconocidos en la Constitución (o si pueden deducirse de otras normas constitucionales que enuncien derechos o principios), y este reconocimiento constitucional es susceptible de protección jurisdiccional –son justiciables- frente a los poderes públicos (incluido el legislador) y, en algunos casos frente a particulares.

Esta relación coincide básicamente con el tratamiento que TC le da a los derechos sociales en la CP de 1993, que como ya hemos dejado apuntado en el Capítulo II, según la jurisprudencia del TC peruano los derechos sociales serían derechos fundamentales en virtud del artículo 3 de la CP<sup>304</sup>.

Si bien el legislador es quien tiene la obligación de desarrollar el derecho social mediante ley -eficacia mediata-, claro está que la fuerza normativa de la constitución obliga al legislador a darle sentido a los derechos sociales. Una vez materializado tal desarrollo, el derecho en mención se hace justiciable, es decir, se comporta con el carácter de derecho subjetivo, susceptible de ser protegido por el juez, ya sea mediante el proceso de amparo, que dicho sea de paso, para que proceda el amparo tiene que suscitar una afectación en el contenido esencial del derecho social -artículo 5.1 del CPC peruano-, este contenido esencial sería, desde mi perspectiva, ese mínimo existencial del derecho social que debe ser restringido al legislador para su limitación.

Y, por otro lado, también se tutela mediante la acción de inconstitucionalidad, proceso que se enfoca más al control constitucional de las normas (control legislativo)<sup>305</sup>. Y como conclusión el TC peruano –acción de inconstitucionalidad- o el juez constitucional que vea el proceso de amparo, tendrá que enfocarse en el principio de proporcionalidad, es decir, usar todos los instrumentos que ha desarrollado Alexy a fin de observar si la petición es merecedora de tutela constitucional. De ello que el modelo de justiciabilidad presentado aquí es un modelo de ponderación.

---

<sup>304</sup> La Constitución peruana de 1993 (Art. 3): “la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo sobre los derechos fundamentales de la persona no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad de la persona, o en los principios de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>305</sup> Constitución peruana de 1993 (Art. 202 numeral 1): “Corresponde al Tribunal Constitucional” 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

Como se puede advertir los presupuestos que Alexy sostiene coinciden con los presupuestos afirmados por el TC peruano. En ese sentido, es plausible que todo lo desarrollado pueda encuadrar en su tratamiento. De modo que lo único que nos toca advertir es lo complicado para determinar ¿qué es un mínimo vital? Más allá de tener una regla de la ponderación, ha servido de mucho los aportes brindados por la doctrina, la jurisprudencia comparada y sobre todo por el CESC.

Antes de seguir avanzando, es pertinente dejar en claro algunas ideas para una mejor comprensión sobre los derechos sociales como normas-principio. Para ello tomaremos el estudio realizado por Juan Ruiz Manero,<sup>306</sup> quien hace una diferencia básica, como ya dejamos apuntado anteriormente, de las disposiciones de carácter prestacional desde la perspectiva estructural -atendiendo a cómo están organizados sus elementos- indica que tal diferencia son de dos tipos: por un lado los principios en sentido estricto y por el otro, las normas-fin o directrices.

En lo que acá nos corresponde, nos referiremos al primero, es decir, a los principios en sentido estricto o normas-principio. Para seguir con nuestro estudio trataremos de relacionar la tesis de Robert Alexy, es decir, de la teoría de los mínimos, con la propuesta sostenida por Juan Ruiz Manero, ya que desde nuestra perspectiva no son incompatibles: tanto los principios como mandatos de optimización y las normas-principio o principios en sentido estricto. Nos atrevemos a hacer esta afirmación aun cuando el mismo Juan Ruiz Manero sostiene lo contrario, ya que critica la tesis de los principios como mandatos de optimización de Alexy, y sostiene que la optimización únicamente resulta adecuada para las normas-fin o directrices, pero no para lo que denominaba normas-principio o principios como mandatos de optimización<sup>307</sup>.

Hecha esta precisión tomaremos un ejemplo de un derecho social reconocido en la CP para observar cómo se entienden las normas-principios (principios en sentido estricto). El artículo 7 de la Constitución de 1993, “todos tienen derecho a la protección de la salud...” recoge una norma-principio; ésta se encuentra compuesta por un antecedente en que no figura otra cosa más que el que exista una posibilidad de realizar (u omitir) una cierta acción, que en este caso sería “*la protección*” y un consecuente en el que figura el deber *prima facie* de realizar (u omitir) tal acción, para esta obligación del Estado se tomaría la expresión “*de la salud*”. De esta forma, este principio es visto como una norma categórica, esto quiere decir, que genera un deber meramente *prima facie*,

---

<sup>306</sup> Cfr. RUÍZ MANERO, Juan. Ob. Cit. p. 341-365.

<sup>307</sup> Cfr. RUÍZ MANERO, Juan. Ob. Cit. p. 341.

principalmente para el legislador, que no establece una condición distinta de la que se deriva de su mismo contenido hasta que no sea ponderado con otros principios, de modo que si pasa ese filtro, se le concederá un deber definitivo.

Por otro lado, en el caso concreto, cuando se pasa de un deber *prima facie* a un deber concluyente, se debe añadir al antecedente, constituido por la exigencia de realizar una acción modalizada deónticamente en el consecuente, la cláusula “*a menos que*”, es decir, que no incida otro principio que tenga relación con él, que tenga un peso mayor y que, por ello, derrote al principio bajo consideración. Por ello los principios en sentido estricto pueden ser vistos como normas hipotéticas – que establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido- que generan deberes concluyentes. De modo que las condiciones de aplicación están indeterminadas.

En ese sentido, la aplicación del principio en sentido estricto (normas –principio), “todos tienen derecho a la protección a la salud”, será mediante una ponderación en relación con otros principios que resulten concurrentes.

De esta manera se entiende que si una prestación es requerida por el principio de libertad fáctica y los principios opuestos son afectados, en una medida *relativamente reducida* a causa de la garantía iusfundamental de la posición jurídica prestacional<sup>308</sup>, entonces cabe admitir que está garantizada por la Constitución de 1993. Por ello, concluye Robert Alexy, las condiciones se satisfacen en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos<sup>309</sup>, por ejemplo, el derecho a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica – que para el caso particular del derecho social sería “derecho a la protección de la salud bajo un estándar mínimo-.

Es necesario, llegado este punto, dada la investigación en este apartado, que hagamos alusión al carácter indeterminado que tienen todos los derechos fundamentales sin excepción, así sean derechos civiles y políticos o derechos sociales fundamentales. En tanto que nuestro estudio se aboca a estos últimos, debemos entender que las disposiciones que recoge la Constitución deben ser interpretadas a fin de asignarles un sentido y un contenido.

De este modo, dentro de la protección de los derechos sociales no solo debe ser interpretado por el legislador, que es el primer actor por función, quien debe asignarle un sentido a las disposiciones constitucionales, esto es, debe de optimizar el contenido

---

<sup>308</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 454.

<sup>309</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 455.

esencial o mínimo de los derechos sociales. Sin embargo, no es el único que tiene esta obligación, sino que también está en mano de los tribunales nacionales, tutelar ese contenido mínimo vital, y en tanto fuese vulnerado con una acción o una omisión por parte del legislador.

La pregunta que nos atañe ahora y retomando lo dejado en párrafos precedentes es: ¿qué se entiende por el contenido mínimo vital? Para la profesora Carmona Cuenca, el contenido mínimo debería de enfocarse desde la categoría de un derecho, es decir un derecho al mínimo vital, y éste “se refiere más bien a la libre disposición de unos recursos económicos mínimos para hacer frente a las necesidades más perentorias del ser humano, como hemos visto. Dejando aparte el caso de las personas que cuentan con suficientes medios propios para subsistir, estos recursos pueden provenir bien del pago de un salario a los trabajadores por cuenta ajena o bien de una cantidad periódica abonada por los poderes públicos a aquellos ciudadanos que no realizan un trabajo remunerado (parados, ancianos, enfermos, discapacitados, etc)”<sup>310</sup>.

De modo que para la profesora cuando se habla de un derecho al mínimo vital sólo debe hacerse referencia a contar con una cantidad mínima para hacer frente a las necesidades más básicas, y que no ingresarían dentro de ello “los derechos de educación, a la vivienda y la protección de la salud, ya que son objeto de reconocimiento expreso de las Constituciones y Declaraciones, además de ello se cuenta con una infraestructura de servicios públicos para hacerlos llegar a todos los ciudadanos”<sup>311</sup>.

El derecho que sí goza de esta cualidad y que se podría proteger a través del derecho al mínimo vital, refiere Carmona Cuenca, sería el derecho al trabajo, en cuanto el salario sea insuficiente para asegurar ese mínimo necesario para la subsistencia y la necesidad que puedan tener las personas en cuanto no realizan un trabajo remunerado – subsidio por desempleo-. Asimismo afirma que el TC español se ha pronunciado sobre el derecho mínimo vital. En la STC 113/1989, de 22 de junio se justifica la legitimidad constitucional de la norma que asegura la inembargabilidad de las pensiones en base al respeto de la dignidad de la persona (art. 10 CE) que impide que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor,

---

<sup>310</sup> CARMONA CUENCA, Encarna. “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. Nuevas Políticas Públicas”. Ob. Cit. p.172-197.

<sup>311</sup> CARMONA CUENCA, Encarna. “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. Nuevas Políticas Públicas”. Ob. Cit. p. 172-197.

privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales; así como la Seguridad Social<sup>312</sup>.

Por otro lado están los que proponen que el mínimo vital deben englobar a la salud, educación, vivienda. Es el caso de Robert Alexy<sup>313</sup>, quien sostiene que únicamente “las condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, es decir, el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel de estándar mínimo de asistencia médica y que la forma para determinar ese contenido es a través de la ponderación entre principios”, que anteriormente se ha hecho referencia.

En este mismo sentido, Martín Mateo ha señalado “las sensaciones y satisfacciones que consideramos suponen el previo atendimiento por parte del Estado de las necesidades básicas –alimentación, vivienda, salud, educación- que deben estar cubiertas por servicios públicos adecuados que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí de los recursos precisos<sup>314</sup>.

Para Luis Jimena Quesada con similar orientación ha subrayado que “la calidad de vida supone, entre otras cosas, la tutela del bienestar, lo cual conlleva el previo atendimiento por el Estado de las necesidades básicas, esta debe ser entendida como el derecho al recurso mínimos garantizados”, lo que implica el atendimiento de la (alimentación, vivienda, salud, educación) que deben estar cubiertas por los servicios públicos de forma que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí mismo los recursos precisos<sup>315</sup>

Habiendo precisado lo que constituye el mínimo existencial desde la perspectiva de varios autores, nuestra posición es no negar ninguna de las afirmaciones realizadas, ya que todas conllevan al reconocimiento del mínimo existencial de los derechos sociales fundamentales. En ese sentido, el Estado tiene la obligación de garantizar a través de los servicios públicos cada uno de los derechos sociales fundamentales, entendiendo al derecho al trabajo, a la pensión, a la seguridad social, a la vivienda digna, a la educación de calidad y adecuada, a la protección de la salud de esencial y de calidad, a la alimentación vital y al vestido, sin exclusión de ningún derecho social fundamental. Claro

---

<sup>312</sup> CARMONA CUENCA, Encarna. “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. Nuevas Políticas Públicas”. Ob. Cit. p. 172-197.

<sup>313</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. p. 454-455.

<sup>314</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. “La Calidad de vida como valor jurídico”. *Revista de Administración Pública*. Nº 117. 1988. p. 51-70.

<sup>315</sup> JIMENA QUESADA, Luis. “La Europa Social y Democrática de Derecho”. Editorial Dykinson. Madrid. 1997. p. 277.



está que el mínimo existencial se enfoca en relación a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí mismos los recursos precisos, esa precisión se determinará en el diseño y ejecución de las políticas sociales públicas.

De plano debemos rechazar algunos planteamientos de la profesora Carmona Cuenca, ya que no compartimos la opinión de que el derecho a la salud, educación y vivienda no se consideren como necesidades básicas y que por ello no tengan mínimo existencial en tanto que responden a políticas públicas. Desde nuestro parecer los derechos sociales fundamentales –salud, educación, vivienda, alimentación- son necesidades básicas que coadyuvan al pleno desarrollo del ser humano, inclusive son condiciones para que el ser humano pueda alcanzar la libertad fáctica como afirma Alexy, más aún cuando el imperativo categórico de dignidad humana respalda su esenciabilidad. En este sentido, el Estado tiene toda la obligación de garantizar el mínimo existencial de todos los derechos sin hacer distinción de ningún tipo.

Por otro lado es destacable el aporte de Robert Alexy en cuanto a la forma de determinar el mínimo existencial, tanto por parte del legislador o por el juez. Propone la ponderación de principios, que anteriormente ya dejamos en claro; de ello resulta significativo observar como el factor “presupuesto económico público” -como elemento de la ponderación- conlleva a determinar el mínimo existencial, lo que responderá a cada realidad particular de cada Estado –no debemos olvidar lo afirmado por Holmes y Sunstein en cuanto a que todos los derechos incluyendo los derechos sociales tienen costos<sup>316</sup>- ya que los derechos se financian de acuerdo a la capacidad impositiva -ingresos económicos- del Estado. Lo que evidencia que el mínimo existencial no sea únicamente fijo e invariable, sino todo lo contrario sea a la vez “flexible”, que debe adaptarse no solo a las circunstancias económicas propia de cada Estado, es decir, en un principio el mínimo existencial será estático, como punto de partida, para luego en caso que varíen las condiciones económicas del Estado ostente el carácter dinámico. Claro está que su determinación será el principal problema y a la vez un reto para el legislador y para el juez.

Dicho todo ello, y habiendo precisado qué se debe entender por el mínimo existencial de los derechos sociales fundamentales, qué derechos tienen ese mínimo existencial en un Estado Constitucional, quiénes se encargan de su protección y qué

---

<sup>316</sup> “HOLMES y SUNSTEIN, insisten en afirmar que en la medida que no miremos el tema del costo y financiamiento de los derechos correspondemos el riesgo de terminar defendiendo fórmulas vacías” Cfr. HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. Ob. Cit. p. 22.

principios se necesita ponderar para determinar el mínimo existencial, pasaremos a relacionar la estructura que comportan los derechos sociales fundamentales con la justiciabilidad en el ámbito interno e internacional.

Debo tomar como nota elemental “la tesis de la consideración de los derechos fundamentales en su continuidad e interdependencia axiológica y estructural”<sup>317</sup> y la “tesis de un derecho como un todo complejo”<sup>318</sup> al momento de proteger los derechos sociales. Señala Añón Roig, de las tesis anteriormente desarrolladas se desprende una crítica a la calificación de los derechos sociales como derechos de prestación y el mínimo existencial para el individuo, ya que esta situación profundiza en el relato compartimentado de los derechos y no proporciona una adecuada comprensión de los mismos<sup>319</sup>.

Ante ello, no comparto con Añón Roig este último planteamiento. De modo, que frente a esta situación no podemos negar que los derechos sociales son derechos positivos lo que implica que de su estructura surja una obligación de prestación por parte del Estado; por ello el carácter prestacional, que obviamente implica costos económicos para poder realizarlos y que el Estado tiene la obligación de garantizar su eficacia. Por otro lado, estos derechos no pueden ser realizados en su totalidad, es decir, no pueden ser

---

<sup>317</sup> “Los argumentos basados en la tesis de la interdependencia entre los derechos se consideran argumentos fuertes, sobre todo en el ámbito de la protección o las garantías secundarias de derechos. En este sentido, el hecho de que un derecho o una dimensión de un derecho sea útil o necesaria desde un punto de vista práctico se considera una razón para alcanzar el derecho. El principio de interdependencia ha sido ampliamente abordado a partir de la tesis de que no existen diferencias cualitativas entre los derechos humanos ni desde el punto de vista axiológico o justificatorio, ni atendiendo a la estructura de las obligaciones o las garantías primarias de los derechos o atendiendo a las garantías predeterminadas para asegurar su efectividad. Se acepta que la distinción puede tener valor heurístico o que hay diferencias de grado pero en conjunto los derechos constituyen un *continuum* de contenidos y obligaciones. Los desarrollos ulteriores de la tesis de la interdependencia entre derechos ha dado lugar a avances importantes sobre todo en el ámbito de la interpretación de los derechos sociales y de su efectividad. En el contexto de la interpretación y la determinación del contenido esencial o de las pautas básicas de un derecho podemos hablar de un proceso lento de incorporación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos en el derecho. Incorporación que ha tenido lugar bien directamente como derechos integrados en textos jurídicos de orden constitucional y legal, bien en calidad de criterio interpretativo de los derechos fundamentales de los derechos nacionales, bien como criterios de determinación del contenido esencial el derecho desarrollado por parte de los comités de vigilancia de los distintos Tratados de Derechos Humanos. Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 29.

<sup>318</sup> “Hablamos así de derecho subjetivo en sentido amplio, categoría que comprende distintas posiciones jurídicamente protegidas o distintas relaciones que también pueden tener distintos grados o niveles de protección. El derecho subjetivo es así una realidad compleja, un haz de posiciones, un conjunto de relaciones o derechos como un todo, que ha operado, a su vez, una transformación importante del concepto de derecho, englobante tanto de una perspectiva más estructural, formal o conceptual, como de dimensiones sustanciales, normativas y axiológicas y que permite conceptualizar perfectamente la noción de derechos fundamentales. Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 26.

<sup>319</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”. Ob. Cit. 2008. p. 27.

optimizados individualmente, de modo que se desconocería otros derechos fundamentales que conviven en la Constitución; es más ningún derecho es realizado en su totalidad, inclusive los derechos de corte liberal, que también tienen un contenido esencial o mínimo existencial que debe ser garantizado. Teniendo presente esa situación lo que se busca con el mínimo existencial es no dejar desprotegido al derecho ya sea liberal o social, al arbitrio del legislador, de modo que en una “democracia sustancial”, siempre hay un coto vedado de los derechos fundamentales que el legislador debe respetar y las mayorías también, si no fuera el caso, conllevaría al suicidio de la democracia. Más aún cuando vivimos en una sociedad con pluralidad de intereses donde se debe respetar las particularidades propias de ellas. Es más cuando la propuesta que se hace sobre el mínimo existencial está relacionada con su carácter “flexible”, y estático en principio, que se amolda a una realidad particular de cada sociedad. Además teniendo en cuenta que el mínimo existencial solo es el punto de partida de los derechos sociales, de modo que puede ser protegido más allá, teniendo como una garantía a la irreversibilidad del derecho si este alcanza una protección más óptima, que seguramente será producto de la capacidad económica del Estado. Esto tendrá como consecuencia “el carácter dinámico del derecho subjetivo”, que es postulado por la tesis del derecho subjetivo como un todo complejo. Así mismo, esta tesis no acepta que el derecho social tenga solo una dimensión, la prestacional, sino que tiene una dimensión de abstención como todo derecho fundamental, y que la única diferencia es de grado, esto ya lo dejamos claramente apuntado en el Capítulo I cuando sostuvimos que los derechos sociales son derechos fundamentales.

En ese sentido, no veo ningún argumento afín para criticar el carácter prestacional y el mínimo existencial de los derechos sociales y que como consecuencia de ello conlleven a una visión compartimentada de los derechos. Debo precisar que más bien estos caracteres que son criticados pueden convivir con la tesis de la continuidad e interdependencia axiológica y estructural de los derechos fundamentales y con las tesis del derecho como un todo complejo.

De modo que “todos los derechos incluyendo los derechos sociales fundamentales tienen un complejo de distintos niveles de obligaciones positivas y negativas, vinculada a una serie de variables como son, por un lado, las posibilidades de su titular de ejercerlos

por sus medios o las necesidades de que el Estado facilite o garantice su ejercicio y, por otro lado, si quien viola o amenaza el derecho es el Estado o un particular<sup>320</sup>.

En este sentido, la estructura de las obligaciones a que dan lugar las garantías y asegurar su efectividad con el fin de garantizar la plena exigibilidad de los derechos sociales o su reconocimiento de los derechos fundamentales, es decir, las obligaciones facilitarán la reconstrucción compleja de las garantías de los derechos y su justiciabilidad.

Como ya se ha dicho quienes han desarrollado inicialmente el contenido de las obligaciones fueron Shue, A. Eide y Van Hoof. Esta contribución proporcionará un esquema interpretativo basado en niveles de obligaciones respecto a los derechos: obligaciones de respetar, de proteger, de garantizar y obligaciones de promover el derecho en cuestión, para posteriormente, mediante las observaciones Generales del CESC, quedar sintetizado en tres niveles: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de satisfacción que integrarían las de garantía y las de promoción. De lo que se podría decir es que ninguna de estas obligaciones se agota en una única clase de conducta que forme parte de las clases de acciones positivas y negativas<sup>321</sup>. Más adelante volveremos con estas obligaciones a fin de su estudio.

### **1.3 CASOS JURISPRUDENCIALES DE PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Llama la atención que el Tribunal Constitucional peruano se haya pronunciado en pocas oportunidades sobre la protección del mínimo existencial de los derechos sociales fundamentales<sup>322</sup>, justamente cuando según la Constitución y su jurisprudencia éstas vendrían a ser derechos fundamentales. Hasta el momento no hay nada que decir sobre las prestaciones sanitarias que deben ser dispuestas necesariamente por el sistema público (derecho a la protección de la salud), o sobre la necesidad de un sistema de educativo de calidad y adecuado, tampoco sobre una alimentación digna, ni sobre la eventual

---

<sup>320</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”. Ob. Cit. 2008. p. 21-26. Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 26.

<sup>321</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 26.

<sup>322</sup> “El desarrollo desplegado por el TC se puede apreciar en diversa jurisprudencia relativa, por ejemplo, a derecho al trabajo (despido arbitrario), pensión, autonomía universitaria, derechos sindicales, derecho a la consulta. Vid. casos: expediente 0022-2009-PI/ TC, fundamento 37; expediente 2005-2009-PA/TC, fundamento 31; expediente 2868-2004-AA/TC; expediente 4232-2004-AA/TC, fundamentos 28 y 29; expediente 1124-2001-AA/TC, fundamento 12, respectivamente.

obligación de desarrollar un sistema que permita el acceso a la vivienda. Aunque los dos últimos derechos no se encuentran como tales reconocidos en la Constitución, sí pueden ingresar mediante la jurisprudencia del TC peruano y la cláusula abierta de los derechos<sup>323</sup>. Si bien es cierto el TC peruano reconoce las dificultades que implica distinguir entre lo regulado por la ley, que forma parte de la limitación del contenido directamente protegido, -mínimo existencial del derecho social fundamental- y aquello que carece de importancia constitucional directa, en cuyo caso señala claramente que los criterios de interpretación deberán inspirarse en la dignidad humana<sup>324</sup>.

Sin perjuicio de ello, de las dificultades que pueda entrañar la búsqueda del contenido esencial del derecho<sup>325</sup>, se debe reconocer que, una vez delimitado, despliega una defensa a través del proceso de amparo.

En ese sentido pasaremos a analizar en qué casos el TC peruano se ha pronunciado sobre la protección del contenido esencial o mínimo existencial de los derechos sociales:

1. Este caso es de interés en relación a que es el primer caso donde declaró fundada la demanda de amparo. Expediente. N° 2016-2004-AA/TC, de fecha 5 de octubre de 2004, sobre el derecho a la salud. El Tribunal inicia afirmando que en el marco del Estado social y democrático se exaltan dos aspectos básicos, la existencia de condiciones materiales mínimas y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, buscando garantizar bajo estos parámetros la igualdad de oportunidades en todo nivel social; por ello para lograr las condiciones materiales mínimas se requiere la intervención del Estado y de la sociedad en su conjunto. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer en su contenido esencial principios como la solidaridad y dignidad del ser humano. Dentro de estos presupuestos “la salud es un derecho fundamental inseparable con el derecho a la vida y la vinculación entre ambos es irresoluble”. Bajo estas consideraciones el colegiado ordena que se considere al agraviado que padecía VIH/SIDA en el grupo

---

<sup>323</sup> Constitución Peruana de 1993, Artículo 3: “la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo anterior sobre los derechos fundamentales de la persona no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad de la persona, o en los principios de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>324</sup> RUBIO, Patricio. Ob. Cit. p. 201-230.

<sup>325</sup> El tribunal Constitucional peruano ha indicado que: “El contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada (expediente 1420-2009-PA/TC, fundamento 3)”.

de pacientes que recibirían tratamiento integral por parte del Ministerio de Salud y que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes.

De esta manera se puede observar que en cierta medida el Tribunal Constitucional reconoce para el caso concreto, el contenido esencial del derecho a la salud en relación a la condición del solicitante. Sin embargo, lo hace desde la técnica de la conexidad (tesis de la interdependencia de los derechos) con el derecho a la vida.

2. El colegiado del Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 0050-2004-AI/TC, del 3 de julio de 2005, Caso sobre la constitucionalidad de la reforma del sistema de pensiones. Sostuvo que el derecho a la pensión tiene el carácter de fundamental, y siguiendo el criterio de proporcionalidad determinó su contenido esencial constituido por: a) el derecho de acceso a la pensión, b) el derecho a no privar arbitrariamente de pensión a nadie, c) el derecho a un monto mínimo vital. En ese sentido, se observa que los derechos sociales al igual que los derechos fundamentales, pueden ser también objeto de limitaciones, claro está que cualquier intento legislativo que los pretenda limitar debe ser razonable, racional y proporcional, si se quiere otorgar legitimidad constitucional a dichos límites. De esta manera la jurisprudencia peruana ha empleado el concepto del contenido esencial del derecho con una connotación similar al mínimo existencial o contenido mínimo del derecho, en relación a la protección de los derechos sociales a través de la acción de inconstitucionalidad.
3. En otro caso STC N° 1124-2001-AA/TC, de fecha 11 de julio de 2002, el TC peruano se ha pronunciado sobre el derecho al trabajo. 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 (...) en relación al primer aspecto hay que precisar que *la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado*". Del mismo modo sostiene "(...) que del artículo 27 de la Constitución, contiene un mandato al legislador para establecer la protección del despido arbitrario, se debe resaltar de la disposición constitucional: 1) Es un mandato al legislador; 2) consagra el principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección; c) No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley". De esta forma el Tribunal Constitucional ha afirmado la exigibilidad del derecho al trabajo a través del proceso de amparo. En tanto que lo que ha dispuesto con el *mandato constitucional*

al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador a una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.

4. Debo precisar que no solo ha sido el Tribunal Constitucional peruano quien ha venido protegiendo el contenido esencial de los derechos sociales sino también la Corte Constitucional Colombiana. Para tomar un ejemplo del carácter mínimo que deben cumplir los derechos sociales, la Corte Constitucional Colombiana es bastante activa, donde ha sostenido que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho fundamental autónomo. Esta posición nos da a entender que se ha alejado de la doctrina de la protección por conexidad, como indica la Corte. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-760-2008 caso protección del derecho a la salud, del 31 de julio de 2008, ha tutelado situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave *el mínimo vital* necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales<sup>326</sup>.

Para sostener esta posición la Corte ha criticado el carácter artificioso de la conexidad (tesis de la interdependencia) para tutelar derechos, de modo que ha dejado de decir que protege el derecho a la salud por conexidad con el derecho a

---

<sup>326</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-760-2008 Caso protección del derecho a la salud, del 31 de julio de 2008, “3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental. La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como ‘derechos de aplicación inmediata’, tales como la vida o la igualdad. 3.2.5. La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la ‘conexidad’, casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida)”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-760-2008 Caso protección del derecho a la salud, del 31 de julio de 2008, “3.2.4 (...) Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el ‘principio de igualdad en una sociedad’ Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de ‘un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.

la vida o integridad personal, para pasar a sostener la protección del derecho fundamental autónomo a la salud. Es así que sostiene rigurosamente que: “*no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.*”<sup>327</sup> Esto no hace más que confirmar la tesis defendida del carácter mínimo que deben tener los derechos sociales y de ser considerados como derechos fundamentales autónomos, plenamente exigibles judicialmente y amparables por el control constitucional en tanto afecte ese carácter mínimo.

#### **1.4 LA PROTECCIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHO SOCIALES**

Los derechos económicos sociales y culturales (en adelante DESC) han encontrado su desarrollo en el ámbito internacional con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y en posteriores instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 (en adelante PIDESC), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1988.

Dentro de los instrumentos internacionales que ha tenido mayor influencia en el desarrollo y protección de los derechos sociales en el ámbito peruano, ha sido el PIDESC<sup>328</sup>. Por ello a la pregunta de si ¿El Estado peruano tiene plena discrecionalidad en la asignación de los recursos públicos? La respuesta es negativa debido a que la UDFT

---

<sup>327</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-760-2008 Caso protección del derecho a la salud, del 31 de julio de 2008. (Fundamento 3.2.4).

<sup>328</sup> Patricio Rubio sostiene: “lo que parece haber influido más en el ámbito constitucional nacional es la interpretación que sobre las normas de DESC se ha venido desarrollando desde el exterior. Pensemos, por ejemplo, en el planteamiento de la indivisibilidad de los derechos, proveniente de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968 en Teherán, la universalidad e interdependencia de derechos aportadas en la Declaración y Plan de Acción de Viena, y las discusiones en la década de 1990 en el ámbito de las Naciones Unidas sobre la exigibilidad de DESC y el cumplimiento de mínimos de indispensables planteados por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Este último órgano es reconocido expresamente por el TC como el responsable de la interpretación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el fundamento 29 de la sentencia pronunciada en el expediente 0033-2010-AI/TC y cuyos pronunciamientos son considerados al momento de interpretar las obligaciones del Estado en la materia (expediente 0050-2004-AI/TC, fundamento 49)”. RUBIO, Patricio. Ob. Cit. p. 201-230.



<sup>329</sup> debe ser interpretada en concordancia con el Pacto de DESC. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha recordado que “Lo declarado en la UDFT 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 de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas (expediente 3081-2007-PA/TC: fundamento 21)”.

En este sentido, el CESC, órgano responsable de velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados al ratificar el PIDESC, señala:

“Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”<sup>330</sup>.

Bajo esta consideración es que se ha adoptado el Protocolo Facultativo del PIDESC, según el cual los Estados reconocen competencia al CESC para recibir y examinar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas

---

<sup>329</sup> Constitución peruana de 1993: “Undécima Disposición final y transitoria. Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

<sup>330</sup> Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990. <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument)>.

de una violación de cualquiera de los DESC enunciados por el Pacto por parte del Estado<sup>331</sup>.

Las Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>332</sup> han avanzado mucho en la determinación de qué debemos entender por derecho a la educación obligatoria y gratuita, derecho a una alimentación adecuada, derecho al más alto nivel posible de salud o derecho a una vivienda adecuada, entre otros. Dentro del contenido de las disposiciones, se destaca la disponibilidad de recursos económicos, la accesibilidad material y sin discriminación, la adaptabilidad, la calidad y aceptabilidad.

Es así que todos los Estados se encuentran obligados a cumplir con una obligación mínima<sup>333</sup> de asegurar la satisfacción de los derechos sociales. En términos de Alexy coadyuvan a lograr la libertad fáctica, para Manuel Atienza con ello se busca la igualdad sustancial, el profesor Peces Barba sostendría que la dignidad del ser humano es la base para considerar una protección como la propuesta. Si nos damos cuenta esta afirmación coincide con “el mínimo existencial”, de modo que es un argumento más para sustentar la propuesta que defendemos.

A mayor abundamiento, debo precisar que una parte de la doctrina entre los cuales se encuentra John Rawls<sup>334</sup>, Stephen Holmes y Cass R. Sunstein<sup>335</sup> han defendido la postura del carácter mínimo de los derechos sociales, enfatizando que se deben recoger

---

<sup>331</sup> Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, adoptado mediante Resolución A/RES/63/117 de fecha el 10 de diciembre de 2008. El protocolo entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

<sup>332</sup> Por ejemplo, en cuanto a los objetivos que deben alcanzar los Estados con estos derechos han sido considerados en la OG N° 4 sobre “El derecho a una vivienda adecuada”, la OG N° 7 sobre “El derecho a una vivienda adecuada: Los desalojos forzosos”, la OG N° 12 sobre “El derecho a una alimentación adecuada”, la OG N° 13 sobre “El derecho a la educación”, la OG N° 14 sobre “El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud”, la OG N° 15 sobre “El derecho al agua”, la OG N° 18 sobre “El derecho al trabajo” y la OG N° 19 “El derecho a la seguridad social”.

<sup>333</sup> El concepto de “obligación mínima” fue desarrollado por el Comité a fin de describir lo mínimo esperado de un Estado a fin de considerar cumplidas las obligaciones establecidas por el Pacto. Es el piso mínimo por debajo del cual el Estado no puede dejar caer el goce de los derechos. Todo derecho tiene un “nivel mínimo esencial” que debe ser satisfecho por los Estados parte. El Comité desarrolló el concepto basado en “...la extensa experiencia adquirida por el Comité... durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes...”. La Observación General se basa en los informes que han entregado los Estados Parte y por lo tanto es muy descriptivo de cómo los Estados han dado cumplimiento al Convenio. El Comité ha utilizado también la Observación General “como una manera de alcanzar un criterio común de interpretación de las normas estableciendo una definición prescriptiva”. La “obligación mínima” generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión. Es en este contexto que el concepto de “obligación mínima” debe ser interpretado en el Derecho Internacional.

<sup>334</sup> Cfr. HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. Ob. Cit. p. 143. Sostienen que, “Jhon Rawls refiere, por garantías mínimas debe entenderse a la atención a la salud básica, el empleo y una distribución del ingreso decente, y parece implicar algún tipo de ingreso mínimo”.

<sup>335</sup> Cfr. HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. Ob. Cit. p. 144.

en las Constituciones las garantías sociales teniendo en cuenta los recursos disponibles, los efectos colaterales previsibles y otros objetivos implícitos, de modo que la necesidad de una asistencia pública básica debe ser cubierta con una vida decente con ciertos niveles mínimos de alimentación, vivienda, atención sanitaria adecuada, con buena educación, buenos empleos y un ambiente limpio. A esta tesis se le ha llamado “*proporcionar un mínimo de bienestar y oportunidades decentes a los ciudadanos comunes y corrientes*”<sup>336</sup>.

En ese estado de la cosas, es pertinente sostener la relación que existe entre el carácter *prima facie*<sup>337</sup>, la tesis del “*mínimo existencial*” de los derechos sociales fundamentales, como punto de partida y “*los niveles de obligación en la protección de los derechos*”. En ellas se distinguen dos tipos de obligaciones según las observaciones Generales del CESC: las obligaciones genéricas de los Estados, en las cuales se dividen en tres tipos las obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de satisfacción que integrarían las de garantía y las de promoción. Por otro lado lo que el Comité califica por obligaciones mediatas y mínimas –obligaciones a las que el Estado queda vinculado de forma mediata en el mismo momento en que ratifica el Tratado de derechos humanos-. Por otra parte es importante el significado de las obligaciones de progresividad<sup>338</sup> que desarrollaremos a continuación.

En relación a esta última obligación que es la que realmente nos interesa para el presente estudio, exige al Estado de un pacto, que actúe de forma progresiva y que utilice el máximo de sus recursos disponibles. Para ello las acciones que debe asegurar el Estado son las siguientes<sup>339</sup>: 1) Adoptar medidas para que el derecho sea realizado de una manera paulatina y progresiva – es decir, deben ser deliberadas, concretadas y orientadas en un plazo razonable- progresividad que va acompañado de una prohibición de regresividad, claro que la regla tiene excepciones cuando estén justificadas adecuadamente. 2) Las medidas deben ser adoptadas a través de todos los medios adecuados. Cada Estado deberá argumentar lo adecuado de las medidas que adopte y si ha agotado todos los medios. 3)

---

<sup>336</sup> Cfr. HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. Ob. Cit. p. 215.

<sup>337</sup> “Todos ellos, como señala Liborio Hierro son derechos *prima facie*, puesto que ninguna clase de derechos cuenta con una configuración definitiva en el sentido que su mero enunciado implique una determinada forma de derecho, sino que puede ser satisfechos y protegidos mediante distintas acciones normativas por parte del legislador”. Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 34.

<sup>338</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 35.

<sup>339</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad”. Ob. Cit. p. 37.

Utilizar el máximo de los recursos disponibles es un elemento de obligación mediata que plantea tres exigencias: obligación de satisfacer niveles esenciales de cada derecho. Luego, en caso de insuficiencia de medios se mantiene la obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de cada derecho. Y por último, en situaciones de crisis y recesión graves existe una obligación de garantizar todos los derechos dando prioridad a los grupos de personas más vulnerables.

Es interesante esta postulación del CESC para tutelar los derechos sociales fundamentales, y al parecer el Tribunal Constitucional peruano ha optado por estas obligaciones y dejado en claro que no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas<sup>340</sup>.

Complementando este extremo del trabajo es pertinente referirnos al ámbito regional de protección de los derechos humanos, esencialmente la competencia de la Corte IDH. En el Perú se han aprobado y ratificado varios tratados de derechos humanos<sup>341</sup>, de modo que el derecho internacional juega un papel trascendental y orientador en la protección de los derechos sociales.

En primer lugar, debo referirme que la Corte IDH es quien tiene competencia en determinados derechos sociales, y a su principal instrumento la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la CADH), de modo que el artículo 26 de la CADH sostiene que: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno (...) para lograr “progresivamente” la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales (...) en la medida de los recursos disponibles”.

Este artículo debe interpretarse conjuntamente con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos,

---

<sup>340</sup> El Tribunal Constitucional peruano ha indicado en el Expediente STC 3081-2007-PA/TC, fundamento 21.” 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 de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas”.

<sup>341</sup> En el caso peruano, el Estado ha ratificado la competencia de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derecho Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de Sn Salvador”, así como la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (en adelante Protocolo de San Salvador), cuyo artículo 1 señala que “Los Estados partes del presente protocolo (...) se comprometen a adoptar medidas necesarias (...) hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos reconocidos en el presente protocolo”.

Sin embargo, no todos los derechos sociales reconocidos en el Protocolo de San Salvador son justiciables ante la Corte IDH, sino únicamente los que refieren en el artículo (19. 6). En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH”. Esta afirmación nos da a entender que únicamente podrán ser justiciables los derechos sociales a la sindicalización y a la educación.

## **2. LA EXPERIENCIA DEL ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO COMO UNA ALTERNATIVA EN BUSCA DEL ESTADO SOCIAL MÍNIMO**

Iniciaremos esta sección con unos breves apuntes sobre la situación del Perú, quien convive actualmente con índices alarmantes de pobreza<sup>342</sup> y desigualdad social<sup>343</sup>, como

---

<sup>342</sup> “Para tener una mejor referencia en el caso peruano para el periodo 2013 el índice de pobreza ha sido de 23,9% y la pobreza extrema es de 4.7%, estos datos porcentuales a comparación de otros países de la región se encuentra entre los más altos. Por ejemplo en Chile, la pobreza es del 7,8% en 2013 y la pobreza extrema se encuentra en el 2,5% en 2013. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Panorama Social de América Latina. 2014*, (LC/G.2635-P). Santiago de Chile, 2014. p. 18. Vid. este reciente informe en <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37626-panorama-social-de-america-latina-2014>.

<sup>343</sup> “Una de las características distintivas ha sido ha sido la desigualdad en la distribución de los recursos y en el ejercicio de los derechos. Si bien no se trata de la región más pobre del mundo, si se destaca por ser la más inequitativa, lo que representa un obstáculo para el bienestar actual y el desarrollo futuro de sus sociedades y de sus economías (...). El agrupamiento de los segmentos de bajo nivel socioeconómico en zonas periféricas de las ciudades ha sido un rasgo de la urbanización en la región, en particular en el caso de las grandes ciudades, y en general se ha asociado a desventajas por condiciones más precarias en materia de vivienda, servicios básicos, equipamiento social, mayor exposición en riesgos de seguridad y de eventos naturales dañinos, mayores tiempos y costos de transporte, mayor distancia física y social a los ámbitos y circuitos donde se concentran o circulan los recursos económicos, desconocimiento o desinterés del Estado. La otra cara de la moneda ha sido la concentración de los grupos de alto nivel socioeconómico en unas pocas zonas de la ciudad que, además de contar con abundantes recursos privados derivados del nivel de ingreso de sus residentes, lugares donde predomina el empleo de buena calidad y en donde disfrutan de una calidad de vida y un funcionamiento de los servicios urbanos superior al resto de la ciudad”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Panorama Social de América Latina*. Ob. Cit. p. 41. Vid. este

anteriormente ya nos hemos referido, generándose con ello una afectación de los derechos sociales fundamentales. Frente a esta problemática mencionada el Estado peruano ha sido pasivo en los últimos años, prácticamente un actor sin papel escénico respecto a las prioridades del gasto social.

En este sentido, se ha sostenido que naturalmente la capacidad de dar mayor prioridad macroeconómica al gasto social depende de un sinnúmero de variables económicas, entre ellas la variable más significativa y determinante vendrían a ser los ingresos fiscales, que ciertamente imponen un límite al gasto social y por ende al presupuesto nacional y a la eficacia de los derechos sociales fundamentales.

Esta afirmación si bien tiene asidero lógico, es decir, que los derechos sociales fundamentales en el Perú dependen generalmente del presupuesto fiscal y, por ende, la plenitud de los derechos sociales fundamentales, sin embargo, en varias oportunidades esta afirmación deja de tener credibilidad, puesto que la asignación del gasto social no depende únicamente del factor económico, sino también del político y social e incluso con mayor razón del técnico-estructural (diseño y ejecución de las políticas públicas).

Como veremos a continuación según los datos ofrecidos del estudio estadístico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante CEPAL)<sup>344</sup>, el Perú ha destinado mínimamente sus recursos a los sectores sociales en un promedio menor al de todos los países de la región. Todos los países de la región para el periodo 2012-2013 han incrementado sus gastos significativamente, e inclusive otros han doblado el presupuesto en relación al Producto Bruto Interno (en adelante PBI), es decir, si antes el gasto era 7% ahora es 15% del PBI, y varios han sobrepasado el mínimo estándar, lo que denota un compromiso de los Estados en la protección de los derechos sociales. Sin

---

reciente informe en <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37626-panorama-social-de-america-latina-2014>.

<sup>344</sup> “En 2012-2013 (o el período más cercano con datos disponibles), ya no había ningún país en la región que destinara menos del 7% del PIB a los sectores sociales. Solo el Ecuador, Guatemala, Jamaica, el Perú y la República Dominicana registraban gastos sociales con valores inferiores al 10% de sus respectivos PIB. Además de los países cuyo gasto social ya superaba el 15% del PIB a inicios de la década de 1990, se ha sumado a ese grupo el Paraguay. En 1990-1991 (el período más cercano con datos disponibles), países como el Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua y Trinidad y Tobago destinaron menos del 7% del PIB a los sectores sociales; por el contrario, la Argentina, Costa Rica, Cuba, Uruguay y Venezuela destinaron a esos sectores un 15% o más. Salvo en períodos específicos, prácticamente todos los países han hecho esfuerzos tanto por aumentar la proporción del gasto público social dentro del gasto total (prioridad fiscal del gasto social) como su prioridad macroeconómica, impulsando en muchos casos el aumento de la participación del gasto social en el PIB. Al final del período analizado, la prioridad macroeconómica del gasto social había registrado aumentos significativos en casi todos los países. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “*Panorama Social de América Latina*”, Ob. Cit. p. 50. Vid. este reciente informe en <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37626-panorama-social-de-america-latina-2014>.

embargo, el caso peruano no goza de esta expectativa, toda vez que el gasto social no supera del 10% del PBI.

Teniendo en cuenta que los ingresos económicos que se recaudan mediante los impuestos consustancial es para sostener los gastos, hemos de notar que el problema no es tanto económico, ya que el PBI en nuestro país es uno de los más altos a nivel del hemisferio, lo que posibilita cuantitativamente tener capacidad para recaudar. Según el Banco Mundial la capacidad del Perú desde el 2005 en adelante para recaudar impuestos es significativamente superior a los países de ingreso mediano alto de la región<sup>345</sup>. De modo que la problemática deviene de un factor netamente político (tener voluntad política de gastar los recursos recaudados en gasto social –derechos sociales fundamentales) y técnico-estructural (diseño y ejecución de políticas públicas). Lo que hace concluir que el gasto social es más dependiente de estos factores que del elemento económico (presupuesto económico). Más aún cuando el PBI como decíamos, en el Perú (periodo 2005-2015) fue sobresaliente en comparación de otros países de la Región<sup>346</sup>.

Esto ha conllevado que en el Perú el gasto social en educación, salud, saneamiento, éste por debajo de los niveles de los países del hemisferio, ya que según el Banco Mundial con respecto al gasto público en educación como porcentaje del gasto total del Gobierno -el cual corresponde al gasto público total (corriente y de capital) en educación, expresado como porcentaje del gasto total del Gobierno en todos los sectores-, durante el período 2005-2013, se encuentra por debajo de la media de la región, con un gasto inferior en

---

<sup>345</sup> “En el Perú, durante el período 2005 a 2008, creció exponencialmente la recaudación del 14% a más del 16% con relación al PBI, en comparación con Brasil y la media mundial, que tuvieron un comportamiento contrario, es decir, disminuyeron su recaudo; y aunque en 2009 disminuyó el recaudo en toda el área – en parte por la crisis económica originada en el descalabro bursátil estadounidense –, de 2009 a 2012 nuevamente creció de forma constante la recaudación en el Perú, pasando del 14% al 17% aproximadamente con relación al PBI, por encima de Brasil – cuya recaudación alcanza un máximo de 15% en 2011 – y Colombia – que se aproxima al mismo punto porcentual –, e incluso de la media mundial. Cabe resaltar que la recaudación fiscal en el Perú, contrario a los países de la región, no tiene una tendencia a disminuir desde 2012”. <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.TAX.TOTL.GD.ZS/countries/PE-BR-EC-CO-AR-1W?display=graph>.

<sup>346</sup> “En relación con la tasa de crecimiento anual porcentual del PIB a precios de mercado en moneda local, a precios constantes - los agregados están expresados en dólares de los Estados Unidos a precios constantes del año 2005-. Se observa el crecimiento exponencial que vivió Perú durante los años 2005 a 2008, muy superior a los países de la región; en 2009, a pesar de la coyuntura de la crisis bursátil de Estados Unidos, que afectó a toda la región, el país continuó una tasa de crecimiento superior a la de la mayoría de los países suramericanos de la muestra. Finalmente, del período 2010 a 2014, se observa que el país mantuvo un crecimiento igualmente superior a dichos países, sólo superado por Colombia”. FUENTE: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG/countries/PE-BR-EC-CO-AR-1W?display=graph>.

relación con países con igual nivel de ingreso, es decir, mediano alto como Colombia o Argentina<sup>347</sup>.

Respecto del gasto público total en salud en el Perú -el cual comprende el gasto recurrente y de capital proveniente de los presupuestos públicos (central y locales), el endeudamiento externo y las donaciones (incluidas las donaciones de los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales) y los fondos de seguro de salud social (u obligatorios)- en el período 2005-2013 se mantuvo por debajo en relación con otros países con igual nivel de ingreso – mediano alto – como Colombia y Argentina, y en todo caso debajo de la media mundial<sup>348</sup>.

Por ello, la debilidad en la protección de derechos sociales, no se debe generalmente al elevado costo que significa mantener los servicios públicos universales, ni siquiera a la escasez de los recursos económicos, como bien muchos defienden, sino a una cuestión de voluntad política, falta de convicción o fuerza necesaria en la decisión asumida por la autoridad pública por implementar mecanismos institucionales requeridos para convertir dichas exigencias en atributos de los ciudadanos<sup>349</sup>.

La realidad peruana en relación a la pobreza y la desigualdad social ha conllevado a situaciones reducidas de calidad de vida, ya que en muchos sectores de la sociedad peruana sobre todo en las zonas rurales, año tras año viene sucediendo fuertes temporadas de friaje en la sierra sur, con la consecuente muerte de muchos pobladores de esas zonas, en especial niños y ancianos, que perecen afectados por enfermedades respiratorias y deficiente alimentación. No obstante ser ésta una situación hartamente anunciada y reiterada, ninguna solución se ha dado al respecto, ni desde los gobiernos locales o regionales, más cercanos al problema, ni desde el gobierno nacional. No ha sido incorporado al debate en el parlamento, ni se ha implementado en el ejecutivo algún plan de contingencia, que aborde, entre otras cosas, las viviendas de dichas zonas para enfrentar el friaje y las enfermedades que se causan, la provisión de alimentos ante el decaimiento de la

---

<sup>347</sup> Fuente del Banco Mundial, dato estadístico sobre gasto del Gobierno del Perú en educación en el periodo (2005-2013). Vid. <http://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GD.ZS/countries/PE-BR-EC-CO-AR-1W?display=graph>.

<sup>348</sup> Fuente del Banco Mundial, dato estadístico sobre el gasto del Gobierno del Perú en salud en el periodo (2005-2013). Vid. <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.PUBL/countries/PE-BR-EC-CO-AR?display=graph>.

<sup>349</sup> Así, en países como Cuba el Índice de Desarrollo Humano es *alto*, producto de la adecuada cobertura en salud, educación, entre otros bienes sociales básicos, aun cuando este país tenga un grado de subdesarrollo económico muy marcado. Cuba se ubica según el PNUD: “*Informe sobre Desarrollo Humano 2013 - El Ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso*” en el puesto 59, por encima de países con mayores recursos económicos como México (61), Perú (77), Brasil (85) o Colombia (91). Vid. este reciente informe en <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2013/>.



agricultura y la ganadería en esa época del año, o la deficitaria atención sanitaria brindada en estas localidades”<sup>350</sup>. De modo que estas situaciones no han sido prioridad para el Estado en relación al enfoque de las políticas públicas que tienen que ser diseñadas y ejecutadas. Ante esta situación se han renovado estrategias de litigio judicial en casos complejos, en los que se enfrentan violaciones estructurales que son generalmente fruto de un nudo o cuello de botella sistémico de acciones y omisiones estatales<sup>351</sup>.

Es tal sentido, se propugna la intervención del Tribunal Constitucional para hacer frente a la desigualdad social, pues la sociedad demanda de la presencia de mecanismos ante la existencia de Estados fragmentados y burocracias con capacidad y voluntad limitadas para tutelar los derechos sociales fundamentales, a esto último, generalmente se le suele llamar fallas estructurales del Estado.

En esas coordenadas se inscriben las sentencias estructurales<sup>352</sup> o “macrosentencias”, por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a esta situación, los propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y José Miguel ROJAS BERNAL: “Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales”. *En Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional*. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés, Gerardo Eto Cruz (Coordinador). Centro de Estudios Constitucionales - Adrus, Arequipa. 2011. p. 412.

<sup>351</sup> Cfr. HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. Ob. Cit. p. 19-20.

<sup>352</sup> “Las sentencias estructurales en el que el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y, en consecuencia, expide órdenes que exceden las coordenadas *inter partes* de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado”. OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. *En Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales N° 5*. Fundación Konrad Adenauer. Colombia. Bogotá. 2015. p. 93.

<sup>353</sup> El origen del término y de la figura se encuentra, probablemente, en los *structural injunctions* de la jurisprudencia estadounidense, que reporta, desde mediados del siglo pasado, casos en los que distintos jueces adoptaron medidas para conjurar situaciones graves y generalizadas que resultaban incompatibles con la Constitución. Se suele evocar el famoso caso de *Brown vs. Board of Education*, de 1954, en cuya sentencia, la Corte Suprema Federal declaró que la segregación racial en las escuelas era contraria a la decimocuarta enmienda de la Constitución. Tal labor fiscalizadora de los tribunales ha sido relevante en la medida en que ha permitido reformar asuntos que se manifestaban en el interior de la sociedad como abiertamente injustos y para los que nunca había existido intención de cambio por parte de la clase política tradicional estadounidense. Los remedios estructurales apuntan, entonces, a reformar una institución del Estado para armonizarla con la Constitución (“*The structural injunction is a court’s remedial tool to reform an entire state institution in order to bring it into compliance with the Constitution*”). OSUNA, Néstor. Ob. Cit. 2015. p. 93.

En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene la responsabilidad de expedir órdenes de procedimiento que involucren no solo al Estado, sino también a la sociedad civil en la elaboración y aplicación de programas para enfrentar la eficacia de los derechos sociales fundamentales, de modo que son alternativas, novedosas y bastante democratizadoras para la aplicación judicial de los derechos constitucionales.

Sabemos que el Derecho y las decisiones judiciales generan transformaciones sociales no sólo cuando inducen cambios en la conducta de individuos y grupos directamente involucrados en el caso, sino también cuando provocan transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman las visiones del mundo que promueven los activistas y litigantes que acuden a las Cortes.

De modo que no solo es un problema del derecho constitucional comparado o la teoría política, también su discusión se centra en la naturaleza, legitimidad y la utilidad en la intervención de los jueces en los problemas sociales estructurales, como los que están en juego -derechos sociales fundamentales-.

## **2.1 CRÍTICA Y JUSTIFICACIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO MEDIANTE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES**

En relación a este apartado, en primer lugar, analizaremos las propuestas que cuestionan el control de constitucional, sobre todo el carácter contra-mayoritario o la dificultad contra-mayoritaria, para luego dar argumentos a favor de esta tendencia dentro del marco de un Estado Constitucional.

En principio se debe tener en cuenta que los ciudadanos razonables pueden discrepar acerca de qué es lo que implica la democracia y acerca de los derechos que ésta involucra o presupone. Los ciudadanos discrepan sobre cuestiones concretas y básicas como a quién entregaremos las potestades para que decidan sobre ciertos casos de contenido social, económico, cultural, moral y político que afecte a toda la colectividad. De ello surge la pregunta ¿Cómo justificar que un grupo de jueces no electos pueda controlar la constitucionalidad de una ley?.

Como podemos advertir la discusión sobre quién debe decidir sobre los derechos fundamentales no es de hoy. Ferreres Comella manifiesta que “este es el problema más fundamental que se suele plantear en los Estado Unidos bajo la expresión “dificultad

contra-mayoritaria”<sup>354</sup> y que afecta al objeto de estudio del presente trabajo. La institución del control judicial de la ley es, o al menos parece ser, una institución diseñada para limitar las decisiones tomadas por los órganos políticos que representan la voluntad popular mayoritaria. Si se acepta que el principio mayoritario es un ingrediente de la democracia, aunque no sea el único, surge el problema de justificar el establecimiento de esa institución”<sup>355</sup>. El mismo autor afirma que los problemas que dan lugar a la dificultad contra-mayoritaria pueden ser resumidos en tres puntos: primero, la menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional; segundo, la rigidez de la Constitución; tercero, la controvertibilidad interpretativa de la Constitución<sup>356</sup>.

Debemos sostener que la crítica al carácter contra-mayoritario de los jueces ha tenido tanto detractores como seguidores; en este sentido, señalaremos que las discusiones más fervientes provienen de la diatriba mantenida por Jeremy Waldron y Ronald Dworkin. Antes de ello, debemos precisar que según Waldron, el punto de partida vendría a ser el hecho de los “desacuerdos”, es decir, del “hecho de que convivimos y actuamos junto con otras personas que no comparten nuestra visión de la justicia, de los derechos o la moralidad política”<sup>357</sup>. En ese sentido, la sensibilidad hacia “el pluralismo” y el hecho de los desacuerdos son los elementos centrales del contenido de los trabajos de Waldron.

En este sentido, el profesor Sebastián Linares sostiene que el hecho del pluralismo indica, pues, que las sociedades modernas están atravesadas por un profundo y persistente desacuerdo que abarca muchos niveles, entre ellos: a) un desacuerdo respecto de qué concepciones de la buena vida son más valiosas, b) un desacuerdo sustantivo respecto de qué es la justicia, c) un desacuerdo epistemológico respecto de cómo determinar qué es la justicia, d) un desacuerdo respecto de los procedimientos legítimos para tomar

---

<sup>354</sup> “La “dificultad contra-mayoritaria”, fue acuñada por Alexander Bickel, se funda en el hecho, en apariencia constatable, de una grave carencia de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación del Tribunal o Corte Suprema como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes. La dificultad radical es que el control judicial (*judicial review*) es en nuestro sistema una fuerza contra-mayoritaria (...) cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra”. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2012, Pág. 42.

<sup>355</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. Ob. Cit. p. 42.

<sup>356</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. Ob. Cit. p. 43.

<sup>357</sup> WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2005. p. 127.

decisiones políticas colectivas, y e) un desacuerdo jurídico respecto de cómo interpretar las piezas de derecho aprobadas por los procedimientos legítimos.<sup>358</sup>

En efecto, según el profesor Linares esta situación de hecho da lugar a plantearnos cómo corresponde resolver tales desacuerdos, más aún responder las siguientes preguntas: ¿qué criterios otorgan legitimidad política a tales decisiones en las circunstancias de la política? Tradicionalmente, se han identificado dos tipos de criterios: ¿Quién y cómo deben tomarse las decisiones políticas? Ésta es “la cuestión de la autoridad y el procedimiento”. Y ¿cuál es el contenido justo o correcto de las decisiones políticas? Ésta es “la cuestión de la justicia sustantiva”.

En este sentido, según el procedimentalismo débil, cuyo precursor es Jeremy Waldron<sup>359</sup>, sostiene que “la concepción mayoritaria de la política, juzga negativamente la constitucionalización de la carta de derechos, y califica como insultante e irrespetuoso a la igual dignidad de las personas los intentos de defender un sistema de control judicial, afirma que dicho mecanismo contra-mayoritario vulnera los propios valores que se protege mediante el instrumento de los derechos (...). En ese sentido Waldron identifica al parlamento (democrático) como la institución que de forma casi natural armoniza estos valores, y como un órgano especialmente bien situado para lidiar con las circunstancias políticas”<sup>360</sup>.

El profesor Sebastián Linares al explicar el “sustantivismo débil” citando a Ronald Dworkin señala que “los derechos básicos deben efectivamente limitar el procedimiento democrático (...) Dworkin distingue entre lo que él denomina la “premisa mayoritaria” (que no es otra cosa que la regla de la mayoría empleada en las elecciones y en el procedimiento legislativo) y el concepto más complejo de “democracia constitucional”, que integra además los derechos fundamentales”.<sup>361</sup>

---

<sup>358</sup> LINARES, Sebastián. . p. 11.

<sup>359</sup> Para Waldron, “la defensa de la voluntad mayoritaria, se encuentra directamente entroncada en su preocupación por los derechos individuales (...) nos interesa defender estos derechos porque nos preocupa **la libertad y autonomía** de cada individuo (...) podemos considerar ofensivo que no sean ellas mismas las que tengan a su cargo la discusión acerca de cuáles son y cómo deben ser interpretados sus propios derechos (...). Se preocupa por establecer un mecanismo (**participativo e igualitario**, en este caso) a través del que resolver nuestros desacuerdos en las circunstancias de la política”. WALDRON, Jeremy. Ob. Cit. p. 111.

<sup>360</sup> WALDRON, Jeremy. Ob. Cit. p. 130.

<sup>361</sup> LINARES, Sebastián. *La (I)legitimidad Democrática del Control Judicial de las Leyes*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2008. p. 16.

De modo que según Dworkin, la democracia constitucional, rectamente entendida, armoniza los valores procedimentales con los sustantivos porque democracia significa gobierno sujeto a condiciones -que podemos denominar condiciones de igual status para todos los ciudadanos-. Según el profesor americano, el objeto definitorio de la democracia es que las decisiones políticas sean tomadas por instituciones que traten a todos los miembros de la sociedad con igual consideración y respeto. De esta manera, dice, no cabe objetar en nombre de la democracia la existencia de instituciones y procedimientos (vg. una constitución rígida y un modelo robusto de revisión judicial) que conducen con mayor probabilidad a resultados justos. Para Dworkin, la dimensión sustantiva debe tener prevalencia sobre la procedimental<sup>362</sup>.

En conclusión, si bien Dworkin acepta una concepción mixta de la legitimidad, termina por conceder primacía a las cuestiones sustantivas. Ello le lleva a defender la existencia de un espacio protegido de derechos indisponibles por las mayorías legislativas, así como la necesidad de depositar la última palabra institucional en un procedimiento no mayoritario (la revisión judicial de las leyes).

Dicho esto, la posición que adoptamos se ciñe a las afirmaciones de Dworkin, es decir, se considera esencial la intervención del Tribunal Constitucional en los actos políticos y legislativos, ya que se debe ejercer un control constitucional sobre los poderes públicos, esencialmente sobre el legislador.

A mayor abundamiento, habiendo desterrado dentro de nuestras opciones la dificultad contra-mayoritaria o el carácter contra-mayoritario que se asigna al Tribunal Constitucional, procederemos a continuación a ingresar a un territorio mucho más matizado en relación al control constitucional. La nueva dinámica de decidir más allá de lo que se conocía como sentencias en blanco y negro, es decir, constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, y el creacionismo de los Tribunales Constitucionales a partir de las sentencias atípicas,<sup>363</sup> han generado fuertes tensiones no solo entre el legislador y la justicia constitucional, sino también entre el poder ejecutivo y los Tribunales Constitucionales, pues con frecuencia se denuncia la invasión de competencias propias del legislativo o del gobierno y se acusa que las decisiones

---

<sup>362</sup> LINARES, Sebastián. Ob. Cit. p. 17.

<sup>363</sup> Vid. sobre estas cuestiones la magnífica obra de Martín de la Vega, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. p. 215.

judiciales se tiñen de política, que el tribunal actúa más como legislador positivo y, en ocasiones, como ordenador del gasto público<sup>364</sup>.

En este estado de cosas surge una pregunta ¿Puede el Juez Constitucional a pesar de la miseria social, y para no desatar el debate con los poderes públicos del Estado, inhibirse de decidir sobre los derechos sociales? La respuesta es rotundamente no. A ello han contribuido las sentencias estructurales, tanto en Perú, Colombia y Sudáfrica. Pues ya no solo se protegen los derechos sociales fundamentales a través de la conexidad de los derechos (tesis de la interdependencia), o a través de la configuración autónoma de derechos sociales fundamentales como del derecho a la salud en Colombia o mediante la configuración del contenido esencial del derecho social fundamental como el caso del derecho a la pensión en el Perú. En este sentido, las decisiones más trascendentales son “las sentencias estructurales”, que impactan en la situación financiera del Estado. Esa es la competencia del juez constitucional en una Estado Constitucional de Derecho.

Como consecuencia de ello se han formulado diversas críticas al actual papel del Tribunal Constitucional; entre ellas, según Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco<sup>365</sup> se encuentra: el argumento del carácter antidemocrático (carácter contra-mayoritario o dificultad contra-mayoritaria) relacionado al activismo judicial y el argumento de la incapacidad de las cortes o tribunales constitucionales para impulsar transformaciones estructurales y cambios sociales en los derechos sociales.

En relación al primer argumento, “el carácter antidemocrático de los Tribunales Constitucionales”, podríamos diferenciar lo que son dos críticas en realidad. En primer lugar, se encuentra la objeción tradicional del activismo judicial que se concentra en “el origen no democrático de los jueces”. Cabe hacer la precisión, que al no ser elegidos los jueces popularmente e interferir en las políticas públicas, su actuación termina afectando dos principios básicos de la democracia: “la legitimidad democrática y el principio de separación de poderes”. Para Ferreres Comella<sup>366</sup> “la distancia que existe entre el grado de democraticidad de los procesos de elección de la asamblea legislativa y de los procesos de selección de los jueces constitucionales es suficiente para justificar que la objeción

---

<sup>364</sup> Cfr. HERRERA PEREZ, Jairo Enrique. “Tutela Judicial de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y la sostenibilidad Fiscal de los Estados”. Coordinador Gerardo Eto Cruz. *Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú – Tomo II*. Centro de Estudios Constitucionales. Perú. 2014. p. 1133.

<sup>365</sup> RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia. 2010. Colombia. p. 35.

<sup>366</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. Ob. Cit. p. 44.

contra-mayoritaria se debe tener en cuenta”. Del mismo modo, Jeremy Waldron<sup>367</sup> se aúna a esta posición Y “asume, asimismo, que estas instituciones no son electas. Ello quiere decir no sólo que los jueces no acceden a sus cargos a través de elecciones periódicas, sino que los jueces tampoco están influidos por el «ethos» de la rendición de cuentas electoral”; en ese sentido se completa este argumento con la ausencia de una rendición de cuentas de los jueces (accountability). En segundo lugar, los “posibles efectos antidemocráticos del activismo judicial”, donde se señala que la intervención de los jueces “puede terminar sustituyendo el debate político o la movilización social como canales de solución de controversias y toma de decisiones democráticas”. El segundo argumento, está relacionado con la “incapacidad de los Tribunales Constitucionales”, pues éstos no cuentan con las herramientas para desarrollar las políticas públicas adecuadas, no tienen la capacidad de implementar los fallos judiciales que ordenan y orientan las reformas en materia de derechos sociales fundamentales, ya que los Tribunales generalmente se ocupan de casos individuales, donde no implican la intervención de otros poderes del Estado –ejecutivo o legislativo- y donde no atienden a estudios técnicos que impliquen el estudio del presupuesto económico.

Frente a esta situación, bastante desmotivadora, surgen argumentos contrarios a esta postura crítica, que si bien reconocen la crítica del riesgo antidemocrático de la intervención de los jueces en asuntos de políticas públicas, no han flaqueado ante ello, más bien han reformulado la justificación y los mecanismos de intervenciones judiciales<sup>368</sup>.

En ese sentido abordaremos la justificación que se le asigna al activismo judicial. Según Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que frente a la crítica del carácter no democrático de los jueces, los partidarios del activismo judicial responden con una crítica a la concepción idealizada y limitada de la democracia, ya que si bien las ramas del poder público –poder legislativo o ejecutivo- gozan de legitimidad democrática y están sujetas a rendición de cuentas, en la práctica se pone en tela de juicio este argumento, ya que tanto el poder parlamentario como el ejecutivo tienen problemas y dificultades en relación a cuestiones de rendición de cuentas, ya que generalmente el Parlamento o los partidos políticos de gobierno no cumplen con su labor de fiscalización -rendición de cuentas- uno porque el Presidente y la cúpula de

---

<sup>367</sup> WALDRON, Jeremy. Ob. Cit. p. 256.

<sup>368</sup> RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. p. 36.

Ministros tienen mayoría en el Parlamento y otros porque el Parlamento simple y llanamente hacen las reglas, que muchas veces están reguladas a favor del poder y el poco control entre los poderes, teniendo con ello un carácter autorregulativo o refractario que no coadyuva a su control y en otra ocasiones porque no tienen interés en la rendición de cuentas.

En ese sentido, se observan falencias en el diseño institucional de la rendición de cuentas de los funcionarios elegidos popularmente, llegando al punto que la rendición de cuentas solo es esporádica y en muchas ocasiones manipulable, de tal manera que casi siempre se transita por el camino de la politización de la justicia. Este escenario utópico no garantiza ni el orden democrático, ni mucho menos los derechos constitucionales.

En este contexto aparece, pues, el Tribunal Constitucional con la idea del activismo judicial, ya que ante las situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización y aplicación de los derechos sociales, la Jurisdicción Constitucional aparece hoy en día como única institución u órgano del Estado con la independencia y el poder de sacudir semejante estancamiento institucional. De modo que si el activismo judicial opera en las “circunstancias y mediante los mecanismos adecuados”, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia<sup>369</sup>. En ese sentido, en las sociedades aquejadas por patologías puntuales y endémicas o en sociedades no ordenadas u organizadas donde se convive con democracias inacabadas y Estados Fallidos cabe un sistema fuerte de control judicial de la ley. En sentido contrario, resultaría para sociedades cuyas instituciones representativas y jurisdiccionales gozan de buena salud y que cuentan con una cultura política comprometida hacia la idea de los derechos. Por ello sostiene Rodríguez Alcalá que la crítica contra los sistemas fuertes de control de constitucionalidad sólo se configura al último supuesto mencionado<sup>370</sup>.

De modo que nos hallamos ante una patología endémica cuando varias presuposiciones fallan y cuando estos fallos revisten una gravedad considerable (por ejemplo, no existe una cultura política que dé sustento a la idea de los derechos, y a las instituciones representativas y jurisdiccionales se alejan demasiado de los ideales de la práctica)<sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> Cfr. RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Ob. Cit. p. 39.

<sup>370</sup> RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2011. p. 325.

<sup>371</sup> RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno. Ob. Cit. 2011. p. 325.



Teniendo en cuenta la situación precedente sostenemos lo afirmado por Dworkin “Primero, que el compromiso con los derechos no está en tensión con el compromiso con la democracia porque la noción de democracia incluye a los derechos. Segundo, que debemos diseñar nuestros procedimientos de tomas de decisiones de manera que éstos desemboquen con mayor probabilidad en la protección de los derechos. Tercero, un sistema de gobierno con revisión judicial protege *mejor* los derechos de las personas que un sistema de supremacía parlamentaria porque los jueces están mejor situados que las legislaturas para razonar conforme a principios. Por lo tanto, un sistema de gobierno con revisión judicial no es antidemocrático sino que *mejora* la democracia”<sup>372</sup>.

Justamente esta patología endémica conlleva a una nueva violación de derechos sociales, es decir, nuevas violaciones estructurales. Para caracterizar estas violaciones debe tenerse en consideración que, en estos casos, la organización del Estado (la institucionalidad) es la que permite, facilita o directamente incurre en violaciones de derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población caracterizados por su exclusión y marginación. Además, estas estructuras sociales, jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular por la opacidad de los derechos de los grupos desprotegidos y, en otros casos, por la justificación de las violaciones que estos sufren. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas, políticas, económicas como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.<sup>373</sup>

En relación al segundo argumento sobre la crítica a los Tribunal Constitucionales donde se sostiene la incapacidad de los Tribunales o Cortes para impulsar transformaciones estructurales y cambios sociales en los derechos sociales, los críticos dan por descontado que el proceso de ejecución de fallos es el predominante en este tipo de activismo judicial en que las cortes suelen enfrentarse, solitarias, a burocracias impermeables y resistentes al cambio. Se trata de un proceso *antagónico*, cuyos participantes usualmente son sólo las cortes y las instituciones estatales relevantes. En

---

<sup>372</sup> Citado en el Libro de LINARES, Sebastián. Ob. Cit. p. 42.

<sup>373</sup> NASH ROJAS, Claudio. “Tutela judicial y protección de grupos. Comentarios al Texto de Néstor Osuna. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. *En Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales N° 5*. Fundación Konrad Adenauer. Colombia. Bogotá. 2015. p. 93.

esas condiciones, no sorprende que la capacidad de los jueces haya sido insuficiente para, por sí solos, hacer cumplir sus fallos<sup>374</sup>.

Este modelo ha sido matizado para reconstruir un nuevo modelo de activismo judicial, frente al cual las críticas parecen menos plausibles. Me estoy refiriendo al “activismo dialógico”<sup>375</sup>. Si bien estos rasgos son un modelo a seguir no significa que todos tienen que ser cumplidos indefectiblemente, ya que las experiencias prácticas de ciertos tribunales omiten algunos presupuestos en función al caso en concreto, es decir, la evaluación por el cual se guía el activismo judicial dialógico responde a la situación de cada Estado y a su diseño institucional particular. Estas variaciones, no obstante, NO desvirtúan para nada la utilidad del concepto de activismo dialógico.

En ese camino se ha impuesto actualmente el activismo dialógico, de modo que para respetar el principio de separación de poderes, la legitimidad de las decisiones y de su elección, y asimismo, la eficacia de los fallos –críticas al activismo judicial- la intervención del Tribunal debe estar enfocada a la declaración de la violación de los derechos, dejando a los poderes democráticamente elegidos la responsabilidad de decidir y corregir la situación. Es así que el activismo dialógico mantendría las reglas de la deliberación democrática, en tanto que, 1) se limitaría a declarar la violación y la responsabilidad estatal, y 2) a remitir su solución a los poderes elegidos.

---

<sup>374</sup> Cfr. RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Ob. Cit. p. 39.

<sup>375</sup> “Los fallos representativos del activismo dialógico comparten tres rasgos. Primero, las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. En términos de los criterios de Tushnet (2008) para distinguir los remedios judiciales “fuertes” de los “débiles” —esto es, la amplitud, la obligatoriedad y la perentoriedad de las órdenes del fallo—, sus remedios tienden a ser más débiles. Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados. Segundo, la implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas. Tercero, por esa razón, los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquéllos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos. Cfr. RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Ob. Cit. p. 55-56.

Sin embargo, existen autores, entre ellos Rodríguez Garavito, que si bien son partidarios del activismo judicial dialógico, comparten una apreciación distinta a la propuesta del modelo anterior de activismo judicial, es decir, van más allá de la propuesta anterior en tanto que se sustentan en propiciar adecuadamente la democracia deliberativa, y deja de lado el pasivismo judicial en la etapa de implementación de los fallos, de modo que sostienen que “las cortes mismas pueden propiciar escenarios de deliberación eficaces, en lugar de reemplazar, los atrofiados espacios de los parlamentos o el ejecutivo de las “democracias realmente existentes”<sup>376</sup>. Este es el caso de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-025- 2004, que analizaremos más adelante.

### 2.3 OBLIGACIONES DE LAS DISPOSICIONES PRESTACIONALES

Para introducirnos en el análisis del activismo judicial dialógico a nivel jurisprudencial en el siguiente apartado, es necesario conocer de dónde emanan las obligaciones prestacionales de los derechos sociales, pues bien ya se había dejado en claro los aportes de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero a la necesidad de distinguir entre dos tipos de disposiciones prestacionales: normas –principio (principio en sentido estricto) y las normas-fin (directrices)- desde la perspectiva estructural de la norma.

Lo que nos interesa para realizar el estudio en el presente apartado, está relacionado con el segundo, lo que llamamos normas-fin o directrices. Esta conducta ordenada en el consecuente presenta, por su parte, cuatro rasgos importantes: 1) no se trata de una acción, sino de un estado de cosas que puede mantener relaciones causales con acciones muy heterogéneas entre sí; 2) estas acciones, a su vez, pueden mantener relaciones causales asimismo muy heterogéneas con estados de cosas ordenados por directrices diversas; 3) la propiedad que caracteriza al estado de cosas ordenado por cada directriz es una propiedad graduable y lo ordenado es *maximizar tanto como sea posible esa propiedad*, trazando políticas que articulen la procura de esa maximización con la procura de la maximización de las propiedades caracterizadoras de los estados de cosas cuya persecución ordenan otras directrices y 4) ese deber de maximización no es un deber meramente *prima facie*, sino concluyente<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> Cfr. RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Ob. Cit. p. 57.

<sup>377</sup> RUÍZ MANERO, Juan: Ob. Cit. p. 345.

La forma de deliberación común a este principio se plantea de la siguiente forma: se trata de diseñar y llevar cabo políticas que procuren *el mayor grado de satisfacción posible de los objetivos*, interdependientes entre sí, a las que apunta las diversas directrices.

Para un mejor alcance de la idea proponemos un ejemplo. Para ello manejaremos el artículo 9 de la CP de 1993, a efecto de formarnos la idea, de cómo actúan las normas-fin (directrices). Se desprende de este artículo lo siguiente: “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”. Como podemos observar “el acceso equitativo a los servicios de salud” sería una norma-fin, de donde se desprende una finalidad a conseguir por el Estado.

Es así que de esta norma-fin no cabe derivar prescripciones jurídicas que se entiendan como obligaciones del Estado o derechos subjetivos, de modo que solo actuaría como principio rector sobre las autoridades públicas. Por ello, estos objetivos solo fijan posibilidades de acción que pueden ser varias a la hora de formular políticas públicas, y que por ello no son mandatos que puedan aplicarse definitivamente.

Esto resulta correcto solo en cierto sentido. Efectivamente las normas –fin que reconocen derechos sociales establecen directivas generales que dejan márgenes de discrecionalidad a los órganos políticos en varios sentidos: 1) en primer lugar, en las formas que se escogen para alcanzar el objetivo ordenado por el derecho social (discrecionalidad en la elaboración, diseño y ejecución de políticas públicas); 2) en la prioridad que se asigna a un objetivo sobre otro, tanto entre los distintos objetivos que deben alcanzarse en cumplimiento de un derecho social, como entre los objetivos que suponen diversos derechos sociales; 3) en los momentos y tiempos en que se van a realizar progresivamente los objetivos ordenados por el derecho social; y 4) en las poblaciones a las que prioritariamente se va a dirigir la política pública implementada para satisfacer el derecho social.

La discrecionalidad de lo afirmado sobre los cuatro puntos se basa en que estas cuestiones dependen de aspectos eminentemente presupuestales y técnicos, así como valorativos, de modo que la competencia corresponde a los órganos políticos y, en esa medida, la decisión estará representada tanto por el parlamento como por el ejecutivo, en cumplimiento del principio democrático.

Sin embargo, esta afirmación de la discrecionalidad no es absoluta, en tanto que los derechos sociales fundamentales constituyen límites al poder de configuración democrática o política, lo que significa que los derechos sociales pueden contener mandatos específicos, derivables de la Constitución. Estos mandatos son los que conforman las posiciones jurídicas asignables al derecho social fundamental, lo que se ha llamado contenido esencial de los derechos fundamentales o mínimo existencial.

En ese sentido, estoy de acuerdo con lo que ha referido el profesor Garzón Valdés en el sentido de que “sostengo que no se deben confundir dos aspectos importantes dentro de lo que se ha llamado la paradoja de la democracia y la supuesta colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales. De modo que solo se dan estas contradicciones cuando la democracia requiere el dominio de la mayoría y *no el principio de la mayoría. En tanto que este último supone “la existencia de un coto vedado de cuestiones que no deben caer dentro de la competencia legislativa”*<sup>378</sup> o ejecutiva, es decir, que si bien tienen la labor de elaborar o diseñar, aplicar, y ejecutar las políticas públicas, dicha facultad no es arbitraria, en tanto que lo que sostiene a la democracia, me refiero al mínimo existencial o contenido esencial protegido, es su soporte, y si no se cumpliera ello, vendría a ser su destrucción o eliminación.

En ese sentido, podemos concluir que la limitación a la discrecionalidad de las autoridades políticas está conllevada a la realización de medios para llegar al fin, es decir, para cumplir el objetivo propuesto, o en palabras de Juan Ruiz Manero, que el Estado está en la obligación de proponer algún plan – antecedente- para cumplir con los objetivos – consecuente-<sup>379</sup>.

De esta manera existen una multiplicidad de fórmulas para controlar la discrecionalidad de la autoridad política, por lo que ahora nos avocaremos a ello a fin de darle un amplio contenido al tema, de modo que analizaremos las sentencias de los Tribunales o Cortes Constitucionales que han venido controlando las labores legislativas, siendo bastante activistas, y representando los intereses colectivos de la sociedad; que a la postre es lo que se ha llamado actualmente como activismo judicial dialógico.

## **2.4 CASOS JURISPRUDENCIALES DEL ACTIVISMO JUDICIAL**

---

<sup>378</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “*Cinco consideraciones acerca de la concepción de los Derechos Sociales de Robert Alexy*”. *Derechos Sociales y Ponderación*. Edición a cargo de Ricardo García Manrique. Segunda Edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. p. 151.

<sup>379</sup> RUÍZ MANERO, Juan: Ob. Cit. p. 345.

Siendo ésta la última parte del trabajo, nos queda ahora mostrar cómo los Tribunales y las Cortes han venido controlando las políticas públicas en aplicación de los derechos sociales fundamentales. Es decir, aceptamos que si el legislador tiene la discrecionalidad de buscar los medios o antecedentes para concretar el fin o los objetivos planteados en los derechos sociales, esto no conlleva *per se* que la discrecionalidad sea total, de modo que justamente en ese segundo momento tiene lugar el papel del Tribunal Constitucional para ejercer su potestad como máximo garante del cumplimiento de la Constitución y supremo intérprete. Más aún cuando en sociedades como la nuestra, me refiero al caso peruano, coexisten patologías endémicas y democracias inacabadas. En este supuesto cabe con mayor razón un sistema fuerte de control judicial de la ley, sobre todo, cuando varias presuposiciones fallan y cuando estos fallos revisten una gravedad considerable, por ejemplo, no existe una cultura política que dé sustento a la idea de los derechos sociales o cuando las instituciones representativas y jurisdiccionales se alejan demasiado de los ideales de la práctica.<sup>380</sup>

Antes de entrar al caso peruano es pertinente hacer mención a una sentencia precursora sobre el tema abordado. Se trata de la Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* N° CCT 11/00, Sentencia del 4 de octubre de 2000<sup>381</sup>. En este caso el Tribunal desarrolló el “test de razonabilidad”, con la intención de determinar si las medidas adoptadas en las políticas públicas (legislativas u otras)<sup>382</sup>, estaban razonablemente orientadas a la satisfacción del derecho social –obligación constitucional del derecho social mínimo- de modo que el control realizado se circunscribía al contenido constitucionalmente protegido del derecho social.

En ese sentido, la Corte Contitucional de Sudáfrica dispone una orden declarativa, esta orden requiere de acciones del Estado dirigidas a cumplir con las obligaciones impuestas en la Constitución; esto incluye, señala la Corte en su fundamento 96 “la

---

<sup>380</sup> RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno. Ob. Cit. 2011. p. 325.

<sup>381</sup> La sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica puede encontrarse en su versión en español en: [http://www.calp.org.ar/uploads/docs/traduccion\\_de\\_fallo\\_sudafricano\\_sobre\\_derecho\\_a\\_tener\\_acceso\\_a\\_la\\_vivienda\\_digna\\_control\\_jurisdiccional\\_de\\_politicas\\_sociales\\_republica\\_de\\_sudafrica\\_v\\_grootboom\\_caso\\_no\\_cct\\_11\\_00\\_corte\\_constitucional\\_de\\_sudafrica.pdf](http://www.calp.org.ar/uploads/docs/traduccion_de_fallo_sudafricano_sobre_derecho_a_tener_acceso_a_la_vivienda_digna_control_jurisdiccional_de_politicas_sociales_republica_de_sudafrica_v_grootboom_caso_no_cct_11_00_corte_constitucional_de_sudafrica.pdf).

<sup>382</sup> Fundamento 42 de la Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica Caso N° CCT 11/00: “El Estado está obligado a tomar medidas legislativas y otras medidas razonables. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir con el mandato constitucional. El Estado se encuentra obligado a actuar en función de lograr los resultados esperados, y para ello las medidas legislativas deben estar respaldadas por políticas apropiadas y programas bien implementadas por el Poder Ejecutivo. Estas políticas estatales y programas deben ser razonables en su concepción y durante su implementación. La formulación de un programa es sólo el principio en el camino para lograr el cumplimiento de las obligaciones. El programa debe también ser razonablemente implementado. Un programa razonable que no sea razonablemente implementado no cumple con la obligación constitucional”.

obligación de diseñar, financiar, implementar y monitorear, medidas que tiendan a mejorar la situación de quienes se encuentren en estado de extrema necesidad”.

De este modo la sentencia del caso *Grootboom* constituye un paradigma en relación a la tutela de los derechos sociales, en tanto que ha influido en las decisiones de otras Cortes o Tribunales Constitucionales. ¿Cuál es el aporte que realiza la Corte Constitucional de Sudáfrica? La novedad que conlleva es imponer límites a la discrecionalidad del legislador y del ejecutivo –órganos políticos- a partir del principio de razonabilidad que deben tener las políticas públicas; en ese sentido, los tribunales definen si una política pública es sostenida a partir del test de razonabilidad, y que compete a los mismos órganos políticos corregir las deficiencias dadas en los medios alternativos escogidos, por lo que la sentencia contendrá una declaración de la violación y algunas indicaciones sobre las deficiencias de la política pública. Claro está, sin órdenes específicas o constitutivas, sino solo de carácter declarativo para el Estado, para que remedie las deficiencias de las políticas públicas.

Es así que la Corte Contitucional de Sudáfrica dirige la orden declarativa hacia los órganos políticos y encarga la supervisión a la Comisión de Derechos Humanos. En conclusión, de esta primera sentencia dialógica, que es precursora en la forma como aborda el tema, se extrae una conclusión: el respeto al principio de separación de poderes, la discrecionalidad política, el principio de legitimidad y deliberación democrática, ya que son los órganos políticos quienes volverán a rediseñar las políticas públicas deficientes, garantizando así el cumplimiento de los derechos sociales contenidos en la Constitución.

Ahora sí ya regresamos al caso peruano. El TC peruano, también ha recogido el modelo de las sentencias estructurales en el STC 0033-2010-PI/TC, del 10 de abril del 2012, fundamento 29, Caso Ley Marco de Aseguramiento Universal de Salud, donde ha determinado algunos criterios para adecuar las políticas públicas que emanan de los órganos políticos al marco del contenido y de las exigencias que se derivan del derecho social fundamental a la protección de la salud y a la igualdad y del acceso equitativo<sup>383</sup>.

El TC peruano parte de la idea de que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere de un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios

---

<sup>383</sup> “el TC peruano lee y examina la política pública bajo una perspectiva de derechos. Esta lectura es cuanto más importante en el caso de los llamados derechos sociales, los cuales para su realización, como se afirma recurrentemente, requieren el diseño, elaboración y aplicación de una política pública estructurada que permita el suministro de los servicios públicos y sociales necesarios para hacer realidad los derechos sociales de todos los ciudadanos”.

públicos, también derivan de él obligaciones concretas por cumplir, adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad para la totalidad de la población en condiciones de igualdad y equidad<sup>384</sup>.

En ese mismo plano sostiene que aun cuando las formas y los medios para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no enerva que el TC peruano pueda controlar el cumplimiento y la eficacia del deber de progresividad, más aún cuando este último es una obligación para el Estado según la UDFT de la CP y las disposiciones internacionales como los dispuesto por el Comité de Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, sostiene el TC peruano que aún cuando las autoridades políticas gocen de un amplio *margen de acción* en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces y tribunales controlar. En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal *impulsar, corregir o encaminar* el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar *graves* estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución.

En este contexto el TC peruano controla el cumplimiento de progresividad mediante cinco disposiciones: i) en primer lugar, verificando la *existencia* de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de EsSalud; ii) en segundo lugar, controlando la realización de *acciones concretas* dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad ; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un *enfoque* de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la

---

<sup>384</sup> “Si bien resulta difícil determinar la violación de un derecho social a partir de los resultados ofrecidos por el Estado con relación al grado de satisfacción del derecho en cuestión, no obstante es posible determinar la violación del derecho social en función a la actividad desplegada por el Estado para lograr, en la medida de sus posibilidades fácticas, la mayor satisfacción del derecho afectado, es decir, que si el Estado ha hecho todo lo posible para garantizar el derecho en virtud del principio de progresividad y sobre todo si ha agotado el máximo de los recursos disponibles. Según obligaciones Constitucionales e internacionales”.



protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de *indicadores de evaluación* de los programas y la *transparencia* en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del PIDESC, que el Estado ha destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de *participación* para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas. Por lo demás, la idea de concebir el goce y la efectividad del derecho al más alto nivel posible de salud tomando en cuenta las condiciones socioeconómicas de una persona, de un lado, así como los recursos económicos de los que disponga el Estado, por el otro, es un criterio adoptado por el CESC de las Naciones Unidas (Observación General N° 14, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 9), órgano responsable de la interpretación de las disposiciones del PIDESC, y que este Tribunal comparte.

En atención a este extracto de jurisprudencia, se ha podido advertir algunas conclusiones: 1) Les corresponde elegir y defender las formas y los medios a las autoridades políticas y administrativas correspondientes. 2) El Tribunal controla el cumplimiento y la eficacia del deber de progresividad y lo que implique. 3) Se deben tomar en cuenta los niveles mínimos de protección de los derechos sociales. 4) Examina la inclusión de indicadores de evaluación y la rendición de cuentas correspondientes de los órganos políticos. 5) Controlar la participación de los grupos afectados en la elaboración del diseño de las políticas públicas.

En este sentido se ha definido el control de carácter declarativo, asumiendo el Tribunal que con esta tutela llegará a controlar los requerimientos mínimos, a fin de evitar la insatisfacción de las necesidades básicas.

En este ámbito sostiene León Florián que “el examen del Tribunal se contrae en tres temas que puede tener la política de aseguramiento universal como política que lleva a la mayor satisfacción posible del derecho a la salud (...) estos temas tienen que ver con i) la importancia que tiene para la sostenibilidad de los sistemas de salud basados en la solidaridad, entender la salud como un bien básico que es al mismo tiempo un derecho y una responsabilidad de la sociedad en su conjunto; ii) con la posibilidad del modelo de pluralismo estructurado o competencia regulada de alcanzar la igualdad en el acceso equitativo y de calidad a los servicios de salud; y iii) con la necesidad de establecer

mecanismos que nos permitan saber si realmente, con el modelo impuesto, estamos progresando adecuadamente en el logro de la equidad en salud”<sup>385</sup>.

Esta situación nos lleva a afirmar que el principio de progresividad, plasmado en la CP de 1993 y reconocido por el Tribunal Constitucional, orienta que el Estado está obligado a garantizar los derechos sociales mínimos, a través del establecimiento de servicios públicos, por lo que los Estados deben adoptar medidas concretas y eficaces para lograr la progresividad de los derechos sociales.

En el caso colombiano, la CC de Colombia también ha desarrollado las sentencias estructurales, y debo decir que para Latinoamérica representa un modelo particular y vanguardista. Destacamos especialmente la sentencia T-760-2008 Caso protección del derecho a la salud, del 31 de julio de 2008, que recoge directrices para el control de las políticas públicas (fundamento 3.3.10. hasta el 3.3.15).

Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional. La primera condición a la que denominaré “Parámetro de la política efectiva” tiene que ver con que “la política efectivamente exista”. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Se viola una obligación constitucional de carácter prestacional derivada de un derecho fundamental, “cuando ni siquiera se cuenta con un plan” para progresivamente cumplirla. La segunda condición: “el parámetro de la garantía efectiva del derecho” debe entenderse en que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad “garantizar el goce efectivo del derecho”. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido

---

<sup>385</sup> LEÓN FLORÍAN, Felipe Johan. “Políticas Públicas y Derechos Fundamentales. “El caso del aseguramiento universal en salud y su examen por el Tribunal Constitucional”. Coordinador Gerardo Eto Cruz. *Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú – Tomo II*. Centro de Estudios Constitucionales. Perú. 2014. p. 1133.

indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”. Y por último, la tercera condición: el “parámetro de participación democrática real y efectiva” se entiende que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública “permitan la participación democrática”. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) ‘que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan’, o (ii) ‘que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.’ La Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta área, debía contemplar “por lo menos, a la ejecución y al sistema de evaluación del plan que se haya elegido.”

En conclusión, sostiene la Corte Contitucional de Colombia que la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.

En el caso de que el juez constatase una violación debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia.

Asimismo afirma la Corte Contitucional de Colombia que no es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, en un tiempo razonable, promoviendo a la vez la participación ciudadana. Se imparten pues las órdenes necesarias para que el derecho sea protegido, sin indicar concretamente cuál es el diseño de política pública que se ha de adoptar para garantizar el goce efectivo del derecho”.

De todo ello se extra las siguientes conclusiones, 1) La Corte Constitucional de Colombia ha ingresado a controlar las políticas públicas diseñadas por el legislativo y ejecutadas por el ejecutivo. 2) Es respetuosa del proceso público de debate – deliberación- decisión y ejecución de las políticas públicas, respetando así el principio de separación de poderes y el principio democrático. 3) No ordena el medio adecuado y necesario a tomar, pero sí dispone que se deben adoptar decisiones, en un tiempo razonable, que aseguren que las medidas sean realizadas, promoviendo la participación ciudadana. 4) Y por último, sostiene que las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento se basan

en el principio de progresividad, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos. De modo que da oportunidad a los órganos políticos para que reparen la violación y 5) Surte con ello un efecto social, sobre la propia población desplazada y la satisfacción efectiva de sus derechos.

Una sentencia de la misma Corte Contitucional de Colombia que ha traído nuevos presupuestos como sentencia estructural y dialógica es la Sentencia T-025- 2004, de fecha 22 de enero del 2004, Caso desplazamiento forzado. Como resumen podría decir que es una propuesta bastante ejemplificadora sobre la “democracia deliberativa” al momento de tomar decisiones sobre los medios adecuados y necesarios a elegir y decidir en las políticas públicas. Destacamos esta decisión de forma particular porque contiene una nueva apreciación distinta a las comentadas anteriormente.

En conclusión, busca “propiciar adecuadamente la democracia deliberativa, y deja de lado el pasivismo judicial en la etapa de implementación de los fallos, de modo que sostienen, que “las cortes mismas pueden propiciar escenarios de deliberación eficaces, y con ello reemplazar, los atrofiados espacios de los parlamentos o del ejecutivo en las “democracias realmente existentes”<sup>386</sup>.

Es este sentido, la sentencia de la Corte Contitucional de Colombia inicia un proceso de seguimiento disponiendo la creación de una Sala Especial de seguimiento, encargada de llevar a cabo las audiencias participativas en las que se involucró no solo a las autoridades responsables y los representantes de las víctimas del desplazamiento, sino a diversas entidades de la sociedad civil, como organizaciones no gubernamentales y universidades privadas y estatales, algunas de las cuales conformaron además una Comisión Especial de Seguimiento, que ha remitido valiosa información sobre el progreso en el disfrute efectivo de los derechos por parte de las víctimas del desplazamiento forzado. Asimismo, la Sala Especial de Seguimiento ha emitido también múltiples “autos de seguimiento”, donde ha delimitado aún más las obligaciones a cumplir por parte de las autoridades, forzando un proceso de cambio estructural en el sistema de atención a las víctimas del desplazamiento.

De manera que lo nuevo e innovador que nos trae esta sentencia es precisamente el proceso de seguimiento, que ha colaborado en ensayar una herramienta para el control judicial de las políticas públicas, y del mismo modo se ha enfrentado al carácter

---

<sup>386</sup> Cfr. RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Ob. Cit. p. 57.

antidemocrático y contra-mayoritario de dicho control, ya que “*busca desbloquear la inercia y negligencia política que está impidiendo el disfrute efectivo de derechos*”.<sup>387</sup>

En conclusión, los efectos de la sentencia y el proceso de seguimiento, en el caso del Desplazamiento Forzado, pueden resumirse en i) el efecto creador, de acuerdo al cual la sentencia convierte un problema invisibilizado, en un problema de derechos humanos; ii) el efecto coordinador, según el cual, a partir de la expedición de la sentencia los distintos órganos estatales que trabajaban aisladamente en la superación del problema, ahora se ven forzados a hacerlo coordinadamente; iii) *el efecto deliberativo*, generado por el diálogo abierto sobre la política de desplazamiento; y por último iv) el efecto institucional sobre la política pública, dada la consideración de estándares e indicadores sobre derechos humanos. Esto ha conllevado que los Tribunales Constitucionales, no solo en América del Sur, sino también en Sudáfrica y Estado Unidos, tengan un papel más activo a fin de erradicar ciertas actuaciones omisivas o activas de los poderes legislativo y ejecutivo.

## **2.5 RETOS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN EL PERÚ**

Hemos de iniciar este apartado señalando que los derechos sociales deben ser tomados “en serio” al igual como se toman en serio los derechos civiles y políticos. De los datos fácticos mostrados sobre la realidad peruana, se denota un Estado que se encuentra sumergido en una brecha social amplia en materia de pobreza y desigualdad social; un Estado fallido, en fin, con patologías endémicas y con una mala organización social.

En este extremo el poder político observa prioridades en función al modelo de economía de mercado implantado en el Estado peruano desde el año 1990, bajo el argumento de la ineficacia estatal, situación que condujo a diluir y doblegar al principio de solidaridad, de modo que como consecuencia de ello se redujo el gasto social en los programas públicos, se privatizaron los servicios básicos y promovieron la migración de

---

<sup>387</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*. en La protección judicial de los derechos sociales. Quito – Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2009 p. 321-374.

la sociedad a entes privados que administran y prestan los servicios sociales (salud, educación, seguridad social, vivienda).

En este sentido, la nueva política económica del Estado (mercantilización de los derechos sociales) terminó afectando a la población más humilde (urbana y rural). Los costos de los servicios privados impedían a la población más deprimida acceder a dichos servicios, conformándose con el servicio otorgado por el Estado, el cual merced a la reducción presupuestal y al quiebre del principio de solidaridad, había mermado gravemente su cobertura y calidad. La realidad que se ha vivido en estos años, producto de la política de privatización de los servicios públicos y focalización del gasto, es muy simple de describir: servicios básicos (salud, educación, vivienda, seguridad social, etc.) de buena calidad para los ricos, de mediana calidad para la clase media y de pésima calidad para los pobres.

Esta fractura institucional-social y las condiciones que se imponen actualmente en el mundo globalizado, conducen a pensar si es posible vivir en una sociedad bajo el marco del principio de solidaridad, donde todos ser rijan bajo la igualdad, el respeto por los demás, la justicia y la dignidad humana.

Es preciso también tener en cuenta como referían Holmes y Sunstein que todos los derechos tienen costos económicos, sobre todo los derechos sociales fundamentales, y que en la medida que no miremos el tema del costo y su financiamiento de los derechos correremos el riesgo de terminar defendiendo fórmulas vacías.

Esta situación compromete sobremanera a la preocupación por la cuestión de otorgarle al Estado plena capacidad para conseguir financiamiento, de modo que dentro de este contexto es legítimo imponer cargas a los que más tienen a favor de los derechos sociales fundamentales de los que menos tienen. Esperemos que el Gobierno no se deje persuadir por las grandes transnacionales o asociaciones de empresarios a fin de que hagan utópica la recaudación de los impuestos. De ahí que podemos decir que el tema impositivo corresponde a una decisión netamente política, más aún como se ha demostrado con los datos estadísticos nuestro PBI, que es uno de los más altos a nivel del hemisferio.

Dependiendo de qué posición y dirección tome el gobierno sobre los derechos sociales fundamentales, que esperemos que sea en pro de los mismos, no queda más que en caso que no sea así, apelar a la “lucha política” y también “jurisdiccional”. La primera es pelear en la arena política y, no solo en el plano normativo, por una plena efectividad de los derechos sociales fundamentales. Me refiero a hacer oposición a las políticas de

Estado que conlleven a un detrimento o a un vaciamiento del contenido esencial o mínimo de los derechos. La segunda está relacionada al Capítulo III del presente trabajo de investigación, que a continuación detallaremos con más amplitud.

El papel activo en este extremo, es esquivo para los órganos políticos que detentan el poder a través de las elecciones –legislativo y ejecutivo- que se nutren en la legitimidad democrática para decir que son ellos los encargados de desarrollar los derechos fundamentales, sin embargo, como hemos podido darnos cuenta en todo el desarrollo de la presente investigación, los órganos políticos no han tenido nada más que fracasos en la tutela de los derechos sociales fundamentales, donde han construido una estructura del Estado de manera deficiente, donde están condicionados por elementos económicos que desvirtúan los fines del Estado, que no es más que los derechos fundamentales –razón de ser del Estado- y que tienen un problema con las democracias inacabadas. Situaciones que conllevan a la crisis de la democracia representativa.

De modo que el papel en el Estado Constitucional de los derechos en serio se le ha encargado al Tribunal Constitucional a fin de que haga efectivos los derechos sociales fundamentales, es decir, nos encontramos como refiere Norberto Bobbio con el tiempo de los derechos y quien tiene la responsabilidad de optimizarlos no es más que quien ejerce el control sobre los mismos. Jürgen Habermas<sup>388</sup> sostenía que la dignidad del ser humano sin lugar a dudas es el eco del imperativo categórico Kantiano que debe escucharse en las palabras de la Corte. Justamente ese es el argumento principal sobre el que debe sostenerse el Tribunal a fin de lograr su cometido. Más aún cuando en términos de Peter Häberle<sup>389</sup> en nuestro país se convive con necesidades antropológicamente básicas como la educación, la salud, la vivienda y la alimentación.

En ese extremo vendrán los retos para la protección de los derechos sociales fundamentales. Primero que nada reconocer que en el Perú los derechos sociales son derechos fundamentales con eficacia mediata –obligación del legislador a desarrollarlos- y estos se hacen potencialmente justiciables una vez la ley los determine. En este sentido, el Tribunal tiene que estar vigilante con las actividades del Estado regulador a fin de que no afecte el contenido esencial de los derechos sociales fundamentales. Segundo, estoy sorprendido que hasta la actualidad no se haya introducido a nivel jurisprudencial el

---

<sup>388</sup> Habermas, Jürgen. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. *Revista Diáonia*. N° 64 Vol. LV (mayo de 2010). p. 4-5

<sup>389</sup> Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. Cit. p. 3.

derecho a la alimentación, más aún cuando tenemos una cláusula abierta que permite el ingreso de nuevos derechos, como sucedió con el derecho a la verdad. En este extremo el Tribunal tiene la obligación de configurarlos a fin de darle tratamiento como derechos sociales fundamentales y no como simples derechos legales. Tercero, si bien se ha logrado avanzar con las sentencias estructurales sobre la protección del derecho a la salud, bajo los cánones de la igualdad, equidad y progresividad, generando un control sobre los órganos políticos a fin de que adecuen las políticas públicas dentro del contenido y de las exigencias que se derivan de la salud, hasta el momento no se han pronunciado sobre otros derechos sociales fundamentales como el derecho a la educación, a la vivienda o a la alimentación. Cuarto, el Estado debe propender en la línea de las sentencias estructurales, del activismo judicial dialógico, de modo que reduzca las deficiencias de nuestro sistema institucional. Quinto, es importante tener presente los alcances en el ámbito internacional en materia de derechos sociales, que coadyuvan a complementar la protección de los derechos sociales y que el Tribunal a la hora de garantizar un derecho social debe interpretarlo de conformidad a los tratados internacionales en la materia y a la doctrina de los tribunales internacionales. Me refiero en concreto a las resoluciones emanadas del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales que con una pluma innovadora y garantista han venido a traer nuevos elementos, han definido qué se entiende por educación adecuada y de calidad, alimentación adecuada, o vivienda adecuada, entre otros. De modo que todo ello nos sirve para garantizar mejor los derechos sociales. Un ejemplo se muestra en las obligaciones que tienen los Estados frente a los derechos sociales, a las que anteriormente me he referido, y que entre ellas está la obligación de progresividad (irreversibilidad de los derechos y la utilización del máximo de los recursos económicos). Claro está que según el Tribunal Constitucional son obligaciones vinculantes. Por otro lado, también no se debe dejar de lado otros instrumentos internacionales que puedan coadyuvar a la interpretación de los derechos sociales, me refiero al mismo Protocolo de San Salvador, quien se considera vinculante en la medida que el Perú ha ratificado el Tratado y por otro lado se puede utilizar como medida interpretativa para garantizar los derechos sociales, la Carta Social Europea y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, claro ésta no tienen el carácter vinculante.



## CONCLUSIONES

1. La teoría de los derechos fundamentales no debe reducirse u orientarse a una sola posición ideológica, ni a un momento histórico determinado, de modo que si es así responderá a una sola visión y realidad estática de los derechos fundamentales, excluyendo a otros derechos, que tienen y pueden tener la misma fundamentalidad. Es por ello que la Teoría debe tener un alcance general y material, donde se tengan en cuenta las diferentes posturas liberal, institucional, axiológica, democrática-funcional y la del Estado social; y de la misma forma debe estar pensada con una finalidad normativa, y cumplir una función relacionada con la interpretación del contenido semántico y abierto de los derechos fundamentales, con las función, en fin, de los actuales derechos constitucionales.
2. Se ha comprobado que el ideal del Estado social no es contradictorio con las premisas liberales, de modo que no hay una confrontación con los valores de la revolución liberal. El Estado social Helleriano, no es otra cosa que un equilibrio pacífico de los intereses del movimiento obrero y la burguesía, un pacto que revive y actualiza la condición revolucionaria de que “todos los hombres nacen libres e iguales”. Por ello no es un cambio “del” Estado, sino un cambio “en” el Estado, una reconfiguración necesaria del Estado, un Estado intermedio si se quiere, un acuerdo y compromiso sobre los valores fundamentales de la clase a la que Heller llamó homogeneidad social. De modo que ambos se necesitan para poder sobrevivir en una sociedad globalizada como la nuestra.
3. El Estado Social en el ámbito europeo se consolidará en la Constitución de Weimar. El proceso de constitucionalización de los derechos sociales tuvo su origen al finalizar la primera guerra mundial, donde el Estado Social fue impulsado por la solidaridad y la fraternidad, de modo que contempla una construcción de los contenidos de la mentalidad social. No obstante, el Estado liberal de Derecho ha huido siempre de la sociedad, y por ello los derechos sociales serán concebidos y entendidos únicamente como normas programáticas. Acabada la segunda guerra mundial se intentó corregir las profundas fisuras del esquema liberal mediante la configuración del Estado del Bienestar, pero no debemos olvidar que esta construcción teórico-jurídica ha entrado en crisis provocada por ciertos problemas fiscales del Estado y su corolario de los límites a la política social. Y como consecuencia de la crisis del Estado Social se ha justificado que estos factores

conducen a una de las aporías de los derechos sociales, su persistente carácter no justiciable.

4. La fundamentación de los derechos sociales descansa principalmente en dos posiciones, que a menudo aparecen separadas pero que en nuestra opinión esta doble fundamentación no es excluyente. La primera se encuentra relacionada con una fundamentación independiente, esta viene a ser aquella que considera a los derechos sociales como fines en sí mismos, y no meramente como presupuestos o medios indispensables para el ejercicio de las libertades o los derechos políticos. La segunda entiende los derechos sociales como instrumento o medio para garantizar el ejercicio de la libertad real o fáctica, es decir, la libertad jurídica que se entiende cómo hacer u omitir algo no tiene sentido sin libertad fáctica, esto es, sin la posibilidad de elegir entre lo permitido. Asimismo bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica no encuentra sustrato material en un ámbito dominado por ellos, sino que depende de actividades esencialmente estatales.
5. Los derechos prestacionales en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtener también de los particulares. Los derechos sociales fundamentales son de un tipo muy variado. Desde el punto de vista teórico-estructural dichas normas pueden dividirse de acuerdo con tres criterios. En primer lugar, puede tratarse de normas que confieren derechos subjetivos o de normas que obligan al Estado objetivamente. En segundo lugar, pueden ser normas vinculantes o no-vinculantes y, en este sentido, ser enunciados programáticos. Una norma será llamada vinculante si es posible que su vulneración sea declarada por el Tribunal Constitucional. En tercer lugar, las normas pueden fundamentar derechos y deberes definitivos o derechos y deberes *prima facie*, es decir, pueden ser reglas o principios. De ello se pueden crear criterios de normas de estructura muy diferentes. Por ello se refiere que el problema de los derechos sociales fundamentales no puede tratarse de una pregunta de todo o nada, sino de matizaciones que pueden surgir de las combinaciones.
6. Los derechos sociales y los derechos civiles y políticos han tenido un tratamiento distante y particular desde la perspectiva liberal. Los derechos sociales son entendidos como derechos indeterminados, que tienen un carácter costoso, que dependen de la capacidad económica del Estado para su efectividad, y de ahí se ha

deducido que por ello los derechos sociales no son derechos justiciables porque carecen de la configuración subjetiva. Frente a estos planteamientos surgen críticas que hacen notar que tanto los derechos sociales como los derechos civiles y políticos son derechos que tienen la misma estructura, es decir, son derechos que conllevan una faceta prestacional y una faceta abstencionista; son derechos positivos y negativos, de modo que la única diferencia si se puede asignar, solo sería en el grado, es decir, que en algunos derechos se necesite mayor financiación que en otros, toda vez que todos los derechos son costosos, dependen de la capacidad económica del Estado. Los derechos son también disposiciones indeterminadas que exigen una precisión posteriormente ya sea por el legislador o por el juez, es decir, tienen un carácter *prima facie*, no son derechos definitivos, por ello el carácter subjetivo de los derechos sociales será también flexible, cuyas expectativas prestacionales serán configuradas de forma distinta, lo que no quiere decir que no tengan un carácter subjetivo.

7. Las disposiciones de los derechos fundamentales de prestación, entendidas como normas programáticas, normas finales, mandatos objetivos, normas definitivas y normas *prima facie* se utilizan en la semántica de los derechos para asignarles un valor jurídico. De modo que servirá para organizar adecuadamente las disposiciones del entramado de la Constitución, sobre todo en los derechos sociales.
8. El valor jurídico de las disposiciones de los derechos sociales en la CE de 1978 depende de la interpretación que se haga del artículo 53 CE y en parte depende de una afirmación básicamente asignada por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que “la vinculación directa de las normas constitucionales no tendrán más excepciones que aquellas en que así lo imponga la propia constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español: STC 15/1982, de 23 de abril). Pero como ha sido expuesto por la más atenta doctrina no debe interpretarse el artículo 53 CE como una “foto fija”. Está claro que en España el Alto Tribunal ha contribuido al rol de la racionalización del Estado Social, en tanto que ha reducido el libre despliegue del ingenio o de la ambición de los intérpretes de los principios rectores. En este sentido, se puede extraer una regla de interpretación y aplicación de las normas prestacionales en el sentido de que algunas serán determinadas como “normas de programación final” y otras como derechos sociales aparentes-mandatos objetivos. Nuestro estudio en este apartado se relaciona con esta última

apreciación, así que según el Constituyente solo tendrán la consideración de mandatos objetivos derechos como el derecho a la protección a la salud, el derecho a la vivienda digna y adecuada, el derecho de acceso a la cultura y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Claro está que estos derechos no se configuran como verdaderos derechos subjetivos y por ende no son derechos fundamentales. Asimismo, no gozan de la protección jurisdiccional, tanto a través del recurso de amparo a nivel ordinario como del amparo constitucional, lo que lo desvela su debilidad en cuanto a las garantías jurisdiccionales, sin embargo, podrán ser invocados en los procesos constitucionales dirigidos al control abstracto de normas –cuestión o recurso de constitucionalidad- o a la resolución de controversias competenciales. No obstante, hay otros derechos que sí se consideran como derechos fundamentales como en el caso del derecho a la educación, al trabajo, a la huelga, de modo que gozarían a plenitud de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Si bien el derecho al trabajo reconocido en la CE no es susceptible de ser protegido mediante el recurso de amparo constitucional, el Tribunal Constitucional ha empleado la técnica de la conexidad para proteger derechos sociales no amparables, mediante el derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminación, otros derechos de libertad, o la tutela judicial efectiva. Pero lo que cierto es que el Tribunal español ha practicado un escrupuloso *seft restraint*, que le ha impedido adentrarse en la necesaria configuración de un contenido esencial de los derechos sociales. Se trata de una asignatura pendiente del actual Estado constitucional español.

9. En relación al caso peruano, debemos decir que efectivamente según el Tribunal Constitucional “los derechos sociales para el Constituyente son derechos fundamentales de configuración legal por su propia naturaleza, si bien requieren la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, de modo que la intermediación del legislador es un requisito para la culminación de la delimitación concreta. Del mismo modo tienen naturaleza de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa, lo que no significa la creación del legislador”. En este sentido, el legislador tiene la obligación de desarrollar las expectativas prestacionales y las limitaciones de los derechos sociales, claro está conforme a la Constitución y respetando el contenido esencial del derecho social. Es así que se ha considerado la diferencia de las disposiciones como normas- fin y como normas-principio, y como nuestro estudio

se enfoca a ambas podemos mencionar como ejemplos en relación a esta última, los derechos a la protección de la salud, a la educación, a la seguridad social, el derecho a la pensión, el derecho al trabajo, los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. En relación a las normas-fin se tendrá en cuenta como ejemplo el artículo 9 de la CP que prescribe que “El Estado debe realizar las condiciones para garantizar el acceso equitativo a los servicios de salud”. En este sentido se ha asignado el valor jurídico a los derechos sociales. Por otro lado también se le ha dado la cualidad de ser exigibles y justiciables ante la jurisdicción a través del proceso de amparo o la acción de inconstitucionalidad. De modo que gozan de una protección no solo de las garantías primarias sino también de las secundarias. En Perú el Tribunal Constitucional ha venido tutelando algunos derechos sociales mediante el control de constitucionalidad –sentencias estructurales- y por el proceso de amparo como el derecho a la pensión, el derecho al trabajo (despido arbitrario), y en algunos casos de situaciones urgentes del derecho a la salud. Por otro lado, ha ido dejando en el camino otros derechos sociales que también son importantes como la educación, el derecho a la vivienda, alimentación y vestido; lo que no resulta suficiente en un Estado Constitucional y más en una sociedad con altos índices de pobreza y desigualdad social.

10. La situación en el Perú en relación a la pobreza y a la desigualdad social muestra una brecha muy amplia en comparación a la media de los países del hemisferio. A pesar de esta situación, el Estado ha hecho poco o casi nada en relación a la reducción de esta diferencia estructural. Más aún cuando tiene toda la capacidad para reducirla. Nos referimos a que hay condiciones económicas como el aumento del PBI o el alto ingreso por la capacidad impositiva -crecimiento en recaudación del 14% al 17% con relación al PBI en el periodo 2009-2013, uno de los más altos de la región-. Sin embargo, por decisiones netamente políticas y técnicas (diseño de las políticas públicas) no se tutelan adecuadamente los derechos sociales, quedando un amplio margen a la libertad y omisión por parte del legislativo y del ejecutivo en relación a la efectividad de los pocos derechos sociales que se recogen en nuestra Constitución. Esto conlleva una insatisfacción en la sociedad y a generar una crisis en su organización. A ello se une también el carácter de Estado fallido y fragmentado del Perú, donde impera una democracia inacabada y donde existen patologías puntuales y endémicas que repercuten en la débil protección de los derechos sociales.

11. Frente a esta realidad social, económica, política y técnico-estructural del Estado peruano, al Tribunal Constitucional se le ha asignado la función de control de la constitucionalidad a fin de corregir los desvíos de los poderes políticos (Legislativo-Ejecutivo-Judicial). En este sentido el TC peruano ha venido a paliar, pero sólo en parte, las deficiencias de nuestro Estado Social. En algunos casos se ha pronunciado a favor del establecimiento de la garantía del contenido mínimo existencial de algunos derechos sociales como el derecho a la pensión, al trabajo (despido arbitrario), o las garantías sindicales, y en otras decisiones se ha referido a la garantía del derecho a la salud en casos de urgencia. Asimismo, mediante las sentencias estructurales ha venido corrigiendo y determinando ciertos alcances para que se desarrolle una política pública adecuada en relación al derecho social a la salud, donde el Estado debe entender que la protección de los derechos sociales no deben ser concebidos como despilfarro de dinero sino como una inversión, de modo que tiene la obligación de cumplir el principio de progresividad reconocido no solo en la CP sino también en los instrumentos internacionales de derechos sociales.
12. Como referíamos el Tribunal Constitucional se ha pronunciado últimamente mediante la sentencia estructural, promoviendo de esta manera el diálogo judicial entre el Tribunal y el Poder legislativo y el Poder ejecutivo. Consideramos que éste es el camino a seguir de todo Estado que se digne en denominarse Constitucional. Más aún cuando la intervención del Tribunal Constitucional peruano está justificada por razones de desigualdad social, pobreza, sociedades mal organizadas, democracias inacabadas y sobre todo un mal endémico y puntual en la estructura del Estado, y donde se tiene poca voluntad política de implementar servicios sociales y garantizar los derechos sociales, de modo que esto repercute en las decisiones técnicas de políticas públicas para garantizar el acceso a los derechos sociales a todos los peruanos.
13. La situación peruana requiere la intervención del Tribunal Constitucional peruano a fin de garantizar el cumplimiento irrestricto de la Constitución; tutelar el goce efectivo del mínimo existencial o contenido constitucionalmente protegido de los derechos sociales fundamentales, y con ello, el acceso a los derechos sociales fundamentales a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones; controlar a los poderes del Estado al momento de establecer las disposiciones legislativas y reglamentarias para que se encuentren en consonancia con el principio de

progresividad reconocida en la CP, y finalmente avalar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos sociales.

De modo que la búsqueda del Estado Social Mínimo en un Estado Constitucional de Derecho, es necesario que se realice bajo los cánones de la legítima intervención del Tribunal Constitucional y de la labor que se le exige para hacer frente a los retos que debe cumplir en sociedades fracturadas como la nuestra.

# BIBLIOGRAFÍA

## 1. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

Constitución del Perú de 1993.

Constitución de España de 1978.

Constitución de Colombia de 1991.

Constitución de Weimar de 1919.

Constitución de Ecuador de 2009.

Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237, de fecha uno de diciembre de dos mil cuatro.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-769-2008, de fecha 31 de julio de 2008.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-760-2008, de fecha 31 de julio de 2008.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-025-2004, de fecha 22 de enero del 2004.

Court Constitutional of South Africa. Sentencia N° CCT 11/00, del 4 de octubre de 2000.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (Observación General N° 3 índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1, artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990).

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (Observación General N° 7 sobre el derecho a la vivienda).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Observación General N° 12 adoptada en el 20 periodo de sesiones (1999) sobre el derecho a una alimentación adecuada).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Observación General N° 13 adoptada en el 20 periodo de sesiones (1999), sobre el derecho a la educación).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 14 relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párrafo 9).



Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 15, sobre el derecho al agua).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 18, sobre el derecho al trabajo).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 19, sobre el derecho a la seguridad social).

Convención Americana sobre Derecho Humanos (Pacto de San José) de 1969.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “Panorama Social de América Latina”, Ob. Cit. p. 41. Vid. este reciente informe en <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37626-panorama-social-de-america-latina-2014>.

Defensoría del Pueblo del Perú.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Informe sobre Desarrollo Humano 2013 - El Ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso.

PIDESC, adoptado el 16 de diciembre de 1966 en el seno de Naciones Unidas. Este tratado fue ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico peruano el 28 de abril de 1978.

Protocolo Facultativo del PIDESC, adoptado mediante Resolución A/RES/63/117 de fecha el 10 de diciembre de 2008. El protocolo entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1988. “Protocolo de San Salvador”.

Tribunal Constitucional de Perú. STC 1417-2005-AA/TC, 08 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional de Perú. STC 011-2002-AI/TC, 10 de junio de 2002.

Tribunal Constitucional de Perú. STC 976-2001-AA/TC, 13 de marzo de 2003

Tribunal Constitucional de Perú. STC 2945-2003-AA/TC, 20 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú. STC 0050-2004-AI/TC, 03 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional de Perú. STC 008-2003-AI/TC, 11 de noviembre 2003.

Tribunal Constitucional de Perú. STC 0014-2002-AI/TC, 21 de enero de 2003.

Tribunal Constitucional de Perú. STC1420-2009-PA/TC, 20 de agosto de 2009.

Tribunal Constitucional de Perú. STC N° 1124-2001-AA/TC, 11 de julio de 2002.

Tribunal Constitucional de Perú. STC 2016-2004-AA/TC, 5 de octubre de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú. STC 0033-2010-PI/TC, 10 de abril de 2012.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia STC: 213/2005, de 21 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia STC: 77/1985, de 25 de junio.

Tribunal Constitucional de España STC 15/1982, 23 de abril.

Tribunal Constitucional de España. STC 33/2011, 28 de marzo.

Tribunal Constitucional de España. STC 247/2007, de 12 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional de España. STC 33/2011, de fecha 28 de marzo

Tribunal Constitucional de España. STC 119/2001, de fecha 24 de mayo.

Tribunal Constitucional de España. STC 113/1989, de 22 de junio.

## **2. LIBROS Y ARTÍCULOS**

ATRIA, Fernando. ¿Existen los derechos sociales? Revista Discusiones. Derechos Sociales. N° 4. 2004. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007.

ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional. En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. 2003.

ALDUNATE BULNES, Luz. La inconstitucionalidad por omisión. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 4 N° 1 Universidad de Talca. Julio-2006. p. 251-264.

AÑÓN ROIG, María José: El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada, dos caras de una misma moneda. En Derechos Sociales. Instrucciones de usos, V. Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis (Compiladores), Fontamarrá, México, 2006.

AÑÓN ROIG, María José. Derechos Sociales: Cuestiones de legalidad y legitimidad. Revista: Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de Anales de la cátedra Francisco Suárez. 2010.

AÑÓN ROIG, María José. Derechos Sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada. En Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos II de Madrid. Editorial Dykinson. Madrid. 2008.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta. Madrid. 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Traducción de Juan Luis Requejo e I. Villaverde. Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden. 1993.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Tercera Edición. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria. Revista Discusiones. Núm. 4, 2004. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcd50z4>

BUSTOS BOTTAI, Rodrigo Guillermo. Derechos Sociales: Exigibilidad y Justicia Constitucional. Editorial Librotecnia. Chile. 2014.

CÁMARA VILLAR, Gregorio. El sistema de los Derechos y Libertades fundamentales en la Constitución Española. En Manual de Derecho Constitucional. Edición de Francisco Balaguer Callejón y otros. Séptima edición. Tecnos. Madrid. 2012.

CASCAJO CASTRO, José Luis. La tutela constitucional de los derechos sociales. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988.

CASCAJO CASTRO, José Luis. Los Derechos Sociales. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de Españoles. Derechos Sociales y Principios Rectores. Editorial Tirant lo Blanch. España. Valencia. 2012.

CASAL, Jesús M. La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión. Editores Víctor Bazán y otros: Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. N° 5 “La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales”. Fundación Konrad Adenauer. Colombia. Bogotá. 2015.

CARRILLO, Marc. La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley. JplD, N° 36. 1999.

CARMONA CUENCA, Encarnación. Las normas Constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica. Revista de Estudios Políticos. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 76. 1992.

CARMONA CUENCA, Encarnación. Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas. N° 2. 2006.

CORCHETE MARTÍN, María José. Los nuevos derechos. Revista Teoría y Realidad. Núm. 20. 2007. p. 535-556.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. Formación y Evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 25. Enero-Abril / 1989.

DIEZ PICAZO, Luis-María. Sistema de Derechos Fundamentales. Tercera Edición. Editorial Civitas. Navarra. 2008.

DÍAZ GRECO, María. El Tribunal Constitucional Español y la Protección indirecta de los derechos sociales. Revista de los Derechos Social. LEX SOCIAL. Núm. 1/2012. Enero-Junio 2012.

FRANCISCO J. BASTIDA. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una Concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. En Derechos Sociales y Ponderación. Edición a cargo de Ricardo García Manrique. Segunda Edición. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid. 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. 2003.

FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia Constitucional y Democracia. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2012, Pág. 42

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979. En Derecho. N° 35. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1981.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Los derechos sociales como derechos subjetivos. Derechos y Libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos, junio 2010. N° 23.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Segunda Edición. Editorial Alianza. Madrid. 1985.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Cinco consideraciones acerca de la concepción de los Derechos Sociales de Robert Alexy. Edición a cargo de Ricardo García Manrique. Segunda Edición. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.

GOMES CANOTILHO. J.J. Direito Constitucional e Teoría da Constituição. Quinta Edición. Editorial Almedina. Coimbra-Portugal. 2002.

GONZALO MORENO, B. El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los derechos sociales. Madrid. Editorial. Civitas. 2002.

GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano. En Edición de Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. 2003.

HAKANSON, Nieto. Los derechos sociales en la Constitución peruana. Elementos para aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano. Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. Universidad de Piura. 66/67 – 2012.

HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Vol. LV Revista Diáonia. N° 64 (mayo de 2010).

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

HÄBERLE, Peter. La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Traducción de Joaquín Brade Camazano. Editorial Dykinson. Madrid. 2003.

HERRERA PEREZ, Jairo Enrique. Tutela Judicial de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y la sostenibilidad Fiscal de los Estados. Coordinador Gerardo Eto Cruz. Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú – Tomo II. Centro de Estudios Constitucionales. Perú. 2014.

HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. El costo de los derechos. Traducción de Stella Mastrangelo. Editorial Siglo veintiuno editores. Buenos Aires - Argentina. 2012.

HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura? Editorial Alianza Universidad. Escritos Políticos. Madrid. 1985.

HIERRO, LIBORIO L. Los Derechos Económicos-Sociales y el Principio de Igualdad en la Teoría de los Derechos de Robert Alexy. Edición a cargo de Ricardo García Manrique. Segunda Edición. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Editorial Trota. Madrid. 1999.

JIMENA QUESADA, Luis. La Europa Social y Democrática de Derecho. Editorial Dykinson. Madrid. 1997.

LANDA ARROYO, César. Los derechos sociales en la jurisprudencia de América Latina. Revista: Ius et veritas; No. 45 (Dic. 2012).

LANDA ARROYO, César. Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia. Publicada en el libro homenaje al Doctor Héctor Cornejo Chávez. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 1990.

LANDA ARROYO, César. Comentarios sobre el texto “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión, de Jesús Casal. Editores Víctor Bazán y otros: Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. N° 5 “La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales”. Fundación Konrad Adenauer. Colombia. Bogotá. 2015.

LEMA AÑÓN, Carlos. Derechos Sociales ¿Para quién? Sobre la Universalidad de los derechos sociales. Universidad Carlos III de Madrid; Dykinson. Revista de Filosofía del derecho y derechos humanos enero. N° 22. 2010.

LINARES, Sebastián. La (I)legitimidad Democrática del Control Judicial de las Leyes. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2008.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y José Miguel ROJAS BERNAL. Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales. En Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés, Gerardo Eto Cruz (Coordinador). Centro de Estudios Constitucionales – Editorial Adrus, Arequipa. 2011.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. Políticas Públicas y Derechos Fundamentales. El caso del aseguramiento universal en salud y su examen por el Tribunal Constitucional. Coordinador Gerardo Eto Cruz. Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú – Tomo II. Centro de Estudios Constitucionales. Perú. 2014.

MARTIN MATEO, Ramón. La Calidad de vida como valor jurídico. Revista de Administración Pública. N° 117. 1988.

MARTIN DE LA VEGA, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.

NASH ROJAS, Claudio. Tutela judicial y protección de grupos. Comentarios al Texto de Néstor Osuna. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales N° 5. Fundación Konrad Adenauer. Colombia. Bogotá. 2015.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales N° 5. Fundación Konrad Adenauer. Colombia. Bogotá. 2015.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Los derechos económicos, sociales y culturales: Su Génesis y su Concepto. Universidad Carlos III de Madrid. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de la Casas. Madrid. III (6) (feb 1998).

PECES-BARBA, MARTINEZ, Gregorio. Lecciones de Derechos Fundamentales. Editorial Dykinson. Madrid. 2004.

PECES-BARBA, MARTINEZ, Gregorio. Reflexiones sobre los derechos sociales. En Derechos Sociales y Ponderación. Edición a cargo de Ricardo García Manrique. Segunda Edición. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Décima Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los Derechos Fundamentales. Décima Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 2011.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Editorial Trota. Madrid. 2007.

PISARELLO, Gerardo. La Justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos. Revista Sociedad y Utopía. N° 34. Noviembre 2009. Madrid.

PISARELLO, Gerardo. Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del derecho, núm. 15 (octubre -2001).

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. El contenido mínimo de los derechos sociales de los inmigrantes. Propuestas e indicadores de evaluación. Año 2001. N° 4. Valencia.

PONCE SOLÉ, Juli. El derecho y la (i)rreversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2013.

PRIETO SANCHIS, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N° 22 (Septiembre-diciembre) Madrid.1995.

REVENGA SANCHEZ, Miguel. Los derechos sociales (Instrumentos de garantía en la Constitución española). Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. N° 21. Diciembre. 2009.

REY MARTINEZ, Fernando. Los derechos humanos en España: Un balance crítico. Editorial Tirant lo Blanch. Universidad de Valencia. Valencia. 2015.

RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Editorial Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia. 2010. Colombia.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del



desplazamiento forzado en Colombia”, en La protección judicial de los derechos sociales. Quito – Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2009.

RODRIGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia. 2010. Colombia.

RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno. Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2011.

RUIZ MANERO, Juan: “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 28 (2005).

RUBIO LLORENTE, E. La Constitución como fuente del Derecho. En ID. La forma de poder. Estudios sobre la Constitución. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Segunda Edición. 1997.

RUBIO, Patricio. Los derechos Económicos, Sociales y Culturales en el texto de la Constitución y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 71 – 2013.

WALDRON, Jeremy. Derecho y Desacuerdos. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2005.

### **3. TESIS**

ALVITEZ ALVITEZ, Elena. La Participación de la Jurisdicción Constitucional en la Defensa del Constitucionalismo Social. A propósito de la Protección Jurisdiccional de los Derechos Sociales por el Tribunal Constitucional Peruano. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, España, 2004.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. La Eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades. Tesis para optar el grado académico de Magíster. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013. Perú.