



César Landa Arroyo^(*)

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina

Social rights in constitutional jurisprudence in Latin America

“ESTE MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL CONSTITUYE UN DESAFÍO COMÚN PARA LA REGIÓN LATINOAMERICANA (...) POR LA NECESIDAD DE LLEVAR A CABO REFORMAS ESTRUCTURALES QUE DEMOCRATICEN EL PODER Y DISTRIBUYAN EQUITATIVAMENTE LA RIQUEZA ENTRE TODOS LOS CIUDADANOS”.

Resumen: En este artículo, César Landa da cuenta del proceso de constitucionalización de los derechos sociales, su exigibilidad y su judicialización en América Latina. Para ello el autor hace referencia a la situación económica y política actual de los países latinoamericanos, que es la que ha marcado el derrotero de los derechos sociales en la región, en el presente, y es producto de un pasado dictatorial de reciente data.

En el documento se hace especial referencia a los derechos a la salud, al trabajo y el derecho a la educación, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y chileno, así como de la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de Costa Rica, entre otros. En ese sentido, el artículo tiene un cariz comparativo que resalta el rol de las cortes constitucionales en la protección y desarrollo de los contenidos de los derechos sociales.

Palabras clave: Derechos sociales - Desigualdad social - Judicialización - Jueces Constitucionales - Política - Economía

Abstract: In this article, César Landa realizes the process of constitutionalization of social rights, their enforcement and prosecution in Latin America. For this, the author refers to the economic and political situation in Latin American countries, which is what has marked the track of social rights in the region, in the present, and is the result of a fairly recent dictatorial past.

The document makes specific reference to the rights to health, work and the right to education, from the jurisprudence of the Constitutional Court of Peru and Chile, as well as Colombia's Constitutional Court, the Supreme Court of Costa Rica, among others. In that sense, the article has a comparative aspect that highlights the role of constitutional courts in the protection and development of the content of social rights.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina Social rights in constitutional jurisprudence in Latin America



Keywords: Social rights - Social inequality - Judicialization - Constitutional Court - Policy - Economy

Desde finales del siglo XX, la historia política y social en América Latina se ha caracterizado por la despolitización y *desparlamentarización* de los asuntos de interés público y, simultáneamente, por la *economización* del interés general. Proceso que ha conducido a la transferencia de la economía pública a los grupos privados y las cargas públicas a los ciudadanos⁽¹⁾.

No obstante, el constante crecimiento económico de la región, debido en buena medida al largo período de la subida de los precios de los recursos naturales renovables y no renovables que es la fuente principal de la riqueza, en algunos países, ello ha generado un incremento permanente del Producto Bruto Interno pero también inestabilidad social y económica; dada la falta de redistribución de dicha riqueza.

“TODOS LOS DERECHOS SOCIALES SE FUNDAMENTAN EN LA DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO AL BIENESTAR”.

Motivo por el cual desde hace unas décadas en América Latina han surgido: por un lado, los nuevos gobiernos de Bolivia, Ecuador y Venezuela, que cuestionan el clásico modelo económico y político internacional, en base a un presidencialismo caudillista y; por otro lado, los gobiernos de Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, que buscan conciliar sus programas nacionalistas con los estándares internacionales, sin resolver sus históricos problemas de desigualdad social. Mientras que países como México, Colombia, Perú y Chile, se han allanado ideológicamente al nuevo modelo económico, generando convulsiones sociales como el desempleo, a partir de las privatizaciones y la flexibilización laboral, y, en el caso de los tres primeros, con el incremento del narcotráfico, asociado en algunos casos con organizaciones terroristas.

El afianzamiento y desarrollo de este modelo de Estado Constitucional constituye un desafío común para la región latinoamericana, que ha estado caracterizada por históricos problemas de inestabilidad jurídica y política, y por la necesidad de llevar a cabo reformas estructurales que democratizen el poder y distribuyan equitativamente la riqueza entre todos los ciudadanos⁽²⁾.

1. Constitucionalización de los derechos sociales

La recepción del Estado Social en América Latina data de comienzos del siglo XX,

- (1) DE VEGA, Pedro. *Neoliberalismo y Estado*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año IV. No. 4. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; pp. 31-36.
- (2) LANDA, César. *La vigencia de la Constitución en América Latina*. En: LANDA, César y FAÚNDEZ, Julio. *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996; pp. 13-23.



César Landa Arroyo

cuando la cuestión social se hace lugar en el Estado liberal y su Constitución nominal, para transformarlos en un Estado de bienestar con su constitucionalismo social. Proceso que se llevó a cabo mediante revoluciones como la mexicana de 1911 y su Constitución de Querétaro, hasta reformas constitucionales parciales o totales, como la Constitución del Uruguay de 1917, del Perú de 1920, o del Brasil de 1934.

Todo ello de la mano del ascenso del caudillismo reformista que canalizó los procesos sociales desde el Estado, mediante gobiernos surgidos de elecciones democráticas, como el de Rigoyen en Argentina en 1928 y posteriormente Perón en 1946 y 1951, el del General Ibáñez en Chile de 1927 a 1931 y 1952 1958 o el de los Battle en Uruguay el primero de 1903 a 1907 y de 1911 a 1915, y, el segundo de 1947 a 1951. Pero, también el populismo se implementó por gobiernos de facto con el del General Pérez Jiménez en Venezuela de 1952 a 1958, o insurreccionales, como la llamada revolución del Movimiento Nacionalista Revolucionario en Bolivia de 1952 a 1964⁽³⁾.

En esa línea reformista desde finales del siglo XX se han producido reformas constitucionales en México y Argentina; así como, también, se han promulgado nuevas constituciones mediante procesos constituyentes en Brasil, Chile y Perú o; se han aprobado por referéndum popular constituciones con un nuevo modelo político y económico en Venezuela, Ecuador y Bolivia⁽⁴⁾. En casi todas estas constituciones presidencialistas se han incorporado o profundizado los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), así como también, se han creado tribunales o cortes constitucionales, salas constitucionales o, concentrado las competencias constitucionales en las cortes supremas, para tutelar los derechos fundamentales y controlar los excesos del poder.

En ese proceso ha surgido el denominado neo constitucionalismo andino, básicamente en Venezuela, Ecuador y Bolivia, como una forma distinta de concebir a la justicia constitucional; caracterizada porque busca superar el conflicto entre el principio democrático del cual emana la legitimidad de las nuevas asambleas o congresos con el principio de supremacía

constitucional; por cuanto la legitimidad de los jueces constitucionales no es suficiente para convertirse en árbitros que decidan las cuestiones centrales en estos países que atraviesan procesos políticos de refundación del Estado.

No obstante se formulan también críticas acerca que se pueda estar construyendo jurídicamente un modelo de Estado y sociedad andino, pero a la vez medrando los valores y principios de la democracia, sin los cuales el constitucionalismo queda reducido a una fórmula vacía⁽⁵⁾.

Por ello, cabe señalar que en líneas generales en América Latina se observan distintas realidades y desafíos a los derechos sociales incorporados en la Constitución y al rol de los jueces en la protección de los DESC en la región. Ello a raíz de la reformulación autoritaria de instituciones de la democracia representativa como en Venezuela, Bolivia y Ecuador; así como en función de la mayor estabilidad institucional, pero con problemas de falta de transparencia gubernamental y corrupción como en Brasil, Argentina, Chile o menor institucionalidad y falta de autonomía frente a los poderes privados como en el Perú y Colombia.

Estas experiencias están vinculadas con la implementación de modelos político y económico, desde un horizonte neoliberal hasta uno alternativo u otro liberal social, con mayores o menores grado de soberanía nacional, que impactan sobre la Constitución y llegan a colocar a los derechos económicos, sociales y culturales en el centro del debate económico, jurídico y político.

-
- (3) LANDA, César. *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994; p. 9.
- (4) NEGRETTO, Gabriel. *Paradojas de la reforma constitucional en América Latina*. (referencia de en enero de 2010). Disponible en web: <http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf>
- (5) ANDRADE, Pedro y Aldo OLANO. *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la región Andina*. Quito: Corporación Editora Nacional Centro Andino de Estudios Internacionales Universidad Andina Simón Bolívar, 2005; p. 198.

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina *Social rights in constitutional jurisprudence in Latin America*

No obstante, solo a finales del siglo XX luego de la caída de las dictaduras militares y a comienzos del siglo XXI con el restablecimiento de la democracia, Latinoamérica ha comenzado a dar respuestas a dichos desafíos dentro de procesos constituyentes democráticos. Que en particular incorporan a la justicia constitucional para resolver procesos de amparo ante la violación de los derechos fundamentales y declarar si las normas legales son constitucionales, a través de los procesos de inconstitucionalidad.

Estos procesos constitucionales, por su naturaleza en última instancia jurídica y política, se constituyen en uno de los indicadores de la afirmación o debilitamiento de los derechos sociales propios del Estado Social de Derecho en América Latina; sobre todo ante la necesidad de luchar constitucionalmente contra la pobreza y la desigualdad social⁽⁶⁾; antes que las normas legales del Congreso y del Poder Ejecutivo, que ahora pueden ser materia precisamente de control por una sentencia judicial.

Pero, debido a la impronta positivista del Derecho, se ha concebido tradicionalmente que los derechos sociales son normas programáticas o intereses legítimos antes que derechos subjetivos, en la medida que la noción de derechos constitucionales se reducía aquellos que el Poder Judicial podía restituir al haber sido violados, como los derechos de libertad, en la medida que en ese entonces se negaba que los derechos pudieran ser entendidos como derechos prestacionales, sino solo reparadores o restitutivos; es decir que el Estado o un particular no estaba obligado a brindar tutela o una satisfacción concreta de carácter económico y/o social.

Sin embargo, modernamente se concibe que todos los derechos fundamentales, civiles, políticos y sociales, consagrados en la Constitución constituyen derechos subjetivos, y; por tanto

gozan de la fuerza normativa proveniente de su configuración más general o específica establecida por el propio poder constituyente en el texto constitucional. Lo cual las hace de obligatorio cumplimiento para el Estado⁽⁷⁾.

Ahora bien, la eficacia en el cumplimiento de los mismos plantea dos cuestiones:

Primera, si bien todo derecho subjetivo es exigible de protección por parte del Estado y subsidiariamente es oponible frente a terceros particulares; en el caso de los derechos fundamentales civiles y políticos la exigibilidad de su tutela judicial es directa e inmediata, sin mediar norma legal previa; mientras que en el caso de los derechos fundamentales sociales su exigibilidad requeriría de una norma legal complementaria o intermedia que precise los alcances secundarios del mismo.

Segunda, en el caso que la Constitución prevea un derecho social o económico pero que no ha sido desarrollado por el legislador, se discute si el juez puede llenar esa laguna o vacío de la norma. Al respecto, se ha señalado que la pretensión constitucional de los derechos sociales es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas por vía de la interpretación judicial; sino más bien, se dirigen a la aplicación inmediata del legislador y subsecuentemente de la administración pública⁽⁸⁾.

Sin embargo, cabe señalar que los derechos fundamentales no pueden ser manipulados;

(6) ALEX, Robert. *Derechos sociales fundamentales*. En CARBONELL, Miguel y otros. *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: UNAM, 2000; p. 80. Asimismo, revisar a GRANDEZ CASTRO, Pedro (editor). *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*. Lima: Palestra, 2011; p. 307.

(7) ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En Roberto Gargarella (coordinador) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. Derechos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009; p.977.

(8) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993; pp. 76-78.



César Landa Arroyo

unos a derechos fundamentales de libertad jurídica y judicialmente exigibles y; otros, a derechos fundamentales sociales reducidos a un deber de las políticas públicas del Estado de discutible estructura normativa, pero de imposible exigibilidad judicial⁽⁹⁾.

En ese sentido los tribunales constitucionales han empezado a dar un impulso sustantivo y procesal a la tutela de los derechos fundamentales sociales, sobre todo a través de los procesos de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes; a fin de tutelar los clásicos derechos sociales, como el trabajo y la seguridad social, como nuevos derechos sociales a la salud, educación y vivienda.

2. Judicialización de los derechos sociales

Uno de los temas más polémicos en el debate sobre los derechos fundamentales en América Latina es el tema de la exigibilidad de los derechos sociales y el papel del Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional en el cumplimiento de estos derechos. Por cuanto, ante el vacío o deficiencia de la norma legal en relación a los mandatos constitucionales, los jueces formados en una tradición jurídica del derecho románico-germánico (*civil law*), en virtud del cual la ley crea el derecho, se plantean dudas razonables, como las siguientes:

Primero, acerca de la exigibilidad de principios o derechos que por lo general no contienen una regla de derecho específica, líquida y concreta, sino un mandamiento abierto a ser interpretado, ¿cómo determinar cuál es la regla jurídica a aplicar, si los métodos de interpretación de la ley gramatical, histórico, sistemático y teleológico resultan insuficientes, debido a que no hay un mandato jurídico del legislador que revelar?

Segundo, si la tradicional labor judicial es impartir justicia en base a la ley entre particulares sobre derechos privados, ante un vacío o deficiencia de la norma legal, ¿la tarea interpretativa del juez se transforma en una tarea de un juez-legislador,

que suple o corrige con una sentencia materias reservadas a ser reguladas por la ley, con la finalidad de delimitar y dar eficacia a los derechos sociales demandados de su cumplimiento?

Tercero, si los jueces no pueden dejar de impartir justicia ante el vacío y deficiencia de la ley, ¿deben remontar estos límites mediante la creación judicial del derecho solo con alcances para las partes en el proceso o, también pueden otorgar a la regla jurídica establecida o deducida de la Constitución, mediante los principios de interpretación constitucional; unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa, una eficacia de carácter general *erga omnes*; estableciendo, en consecuencia, un precedente judicial de carácter obligatorio o *stare decisis* propio del *common law*?

La justicia constitucional Latinoamericana ha dado respuestas a estas interrogantes en distintos grados de intensidad, de manera desigual y combinada, en función de la tutela o no de los siguientes derechos sociales, que a manera de una muestra se analizan⁽¹⁰⁾.

2.1. Derecho a la salud

En Colombia a partir de la sentencia T-016 de 2007 de la Corte Constitucional, los jueces y Salas del Poder Judicial que tramitan la tutela del derecho a la salud, han empezado a concebirlo como un derecho autónomo, susceptible de protección directa a través del proceso de tutela, equivalente al proceso de amparo, sin tener que fundamentarse en derechos conexos. Como sucedía anteriormente en los fallos de tutela del derecho a la salud, cuando se asumía

(9) PISARELLO, Gerardo y DE CABO, Antonio. *¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces y ciudadanos*. En: APARICIO, Miguel Ángel (coordinador). *Derechos constitucionales y formas políticas*. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico. Barcelona: CEDECS Editorial, 2001; pp. 219 y siguientes.

(10) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador). *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina *Social rights in constitutional jurisprudence in Latin America*

tradicionalmente que dado su carácter prestacional, no era concebido como un derecho fundamental autónomo y por lo tanto se tutelaba la salud en conexidad con el derecho a la vida digna, el mínimo vital o la integridad personal.

Ha quedado consolidada la jurisprudencia constitucional en materia de protección del derecho a la salud con carácter general: a) para las personas que requiere especial protección, como los niños, personas de tercera edad y personas con graves enfermedad como el VIH o el cáncer (T-507, T-433); b) en casos de negativa de suministro de prestaciones excluidas de los planes obligatorios de salud (T-506, T-605 y T-636); c) en casos de negativa de atención de salud por problemas de multifiliación (T-380); d) para elegir libremente la entidad promotora de salud (T-497); e) en casos de negativa de servicios médicos para entidades prestadoras de salud debido a carencias económicas del solicitante (T-947)⁽¹¹⁾.

En Chile en materia de prestaciones médicas exigibles al sistema de salud pública, también se ha presentado la controversia acerca de la exigibilidad de un tratamiento médico de alto costo no cubierto por el sistema público. El recurso de protección resuelto por la Corte de Apelaciones obligó al Estado a proporcionar un tratamiento de alto costo a una señora con cáncer de mamas (Patricia Vásquez contra Fondo Nacional de Salud, del 24 de noviembre de 2009). La Corte acogió el recurso invocando los derechos a la vida e integridad física y síquica, salud física y mental en el tratamiento del derecho a la salud, establecido en la Constitución y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Corte Suprema chilena ratificó el fallo (Rol 9317 del 18 de enero de 2008) afirmando la obligación del Estado de avanzar progresivamente en el más pleno reconocimiento de los derechos humanos, en tanto obligaciones jurídicas objetivas⁽¹²⁾. En ese sentido, estableció en su *ratio decidendi*, un test para el otorgamiento de nuevas prestaciones por Estado que resuelvan los tribunales no afecte la igualdad: a) Atender a la gravedad de la amenaza de afectación de los

derechos fundamentales en cada caso; b) La irreversibilidad de dicha afectación; c) La existencia de alternativas que garanticen los derechos; d) La urgencia de una solución, y; e) La proporcionalidad y razonabilidad de la prestación solicitada⁽¹³⁾.

Por su parte el Tribunal Constitucional de Chile, en un asunto referido también al derecho a la salud que regenta la institución de salud previsual -ISAPRE- (Rol No. 976-07 del 2208), reconoció a la salud como un derecho social que emana de la dignidad humana y que su exigibilidad no puede depender de las disponibilidades presupuestarias del Estado, en la medida que son derechos y no meras expectativas o declaraciones. Con lo cual el derecho a la salud resultaba exigible directamente, más aún, si está vinculado a la vida e integridad, tanto al Estado como a los particulares; con lo cual los derechos sociales eventualmente en caso de controversia gozan de una posición preferente a los derechos civiles y políticos.

Más aún, el Tribunal Constitucional señaló que los contratos no podían incorporar cláusulas que desconocieran o aminoraran los derechos fundamentales, como la salud; no obstante, rechazó que sea discriminatorio que las ISAPRES incrementen los costos de los planes de salud privados, por razones de edad y de sexo, porque estaba establecido en la ley. Con lo cual el Tribunal Constitucional asumió un rol de garante de la ley antes que de la Constitución. Esta polémica decisión fue muy criticada y tuvo que ser revertida por el propio Tribunal Constitucional, quien asumió en casos posteriores idénticos que existía una

(11) JULIO ESTRADA, Alexei. *Corte Constitucional (Colombia)*. Óp. cit.; pp. 125 siguientes.

(12) CASCAJO CASTRO, José Luis. *Recientes anotaciones conceptuales sobre los derechos sociales*. En: Revista Oficial del Poder Judicial 1/1. Madrid: 2007; pp. 351-369. Asimismo, GONZALES MORENO, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002; p. 153.

(13) BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005; p. 873.



César Landa Arroyo

discriminación arbitraria de la ley, al permitir que por el hecho que una persona cumpla una edad determinada se aumente el precio de su plan de salud. (Rol No. 1287-2008 del 2009)⁽¹⁴⁾.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional tuteló el derecho a la salud de una persona a raíz que una persona interpuso una demanda de amparo contra el Estado peruano, solicitando que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, la que debía consistir en la provisión constante de los medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral⁽¹⁵⁾.

El abogado del Estado contestó la demanda y solicitó que sea declarada improcedente, argumentando que no se había constatado la violación o amenaza concreta de ningún derecho; además, señaló que si bien los derechos consagrados en el artículo 1° e inciso 1), artículo 2, de la Constitución, referentes al respeto de la dignidad de la persona, así como a la vida e integridad física, constituyen derechos fundamentales de observancia obligatoria, ello no implica una obligación por parte del Estado de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a la demandante ni a otra persona.

El Tribunal Constitucional amparó la demanda, precisando que si bien los derechos sociales no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, ello no justifica la inacción estatal, ya que ello devendría en una omisión inconstitucional. En tal sentido, ordenó que se considere a la demandante en el grupo de pacientes que reciben tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que debía incluir la provisión de medicamentos y análisis correspondientes gratuitos⁽¹⁶⁾.

En otro caso sobre el derecho social a la salud pública y planificación familiar, el Tribunal Constitucional del Perú, al pronunciarse sobre la anticoncepción oral de emergencia (AOE), realizó una enorme avance al exigir al Estado el acatamiento de las resoluciones ministeriales que disponían que el Ministerio de Salud entregue a las mujeres necesitadas la píldora del día siguiente de manera gratuita en sus instituciones⁽¹⁷⁾. La sentencia se motivó en el reconocimiento de la dignidad y libertad que le son inherentes a la persona, principio y derecho en función de los cuales el Estado debía garantizar los derechos sociales de la salud pública y la autodeterminación reproductiva.

Cabe mencionar que en varios textos se aludía al Perú como ejemplo latinoamericano en materia de avance en derechos de planificación familiar dada la primera sentencia del Tribunal Constitucional. Pero en una segunda sentencia⁽¹⁸⁾, cuyo origen fue un recurso de amparo presentado para que el Ministerio de Salud se abstenga de la repartición gratuita de la AOE, el Tribunal aludió, en contraposición a los derechos sociales referidos, a la protección de la vida como derecho fundamental y se argumentó que el ordenamiento jurídico protege al ser humano desde la concepción.

Resulta de suma importancia la alusión en la segunda sentencia de la AOE a la defensa del principio *pro homini y pro debili*, pues el

(14) NASH, Claudio y Paz IRRABAL. *Justicia constitucional en Chile y protección de los derechos fundamentales*. (V. Bazán-C. Nash, editores) Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, 2009. Uruguay. 2009; pp. 65-67.

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 2945-2003-AA/TC (fundamentos jurídicos 8 y siguientes.).

(16) 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.

(17) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 07435-2006-AC/TC.

(18) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 025005-2009-AA/TC.

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina *Social rights in constitutional jurisprudence in Latin America*

Tribunal Constitucional se apoyó subjetivamente en estos, para pronunciarse en contra del repartimiento gratuito de las píldoras anticonceptivas del día siguiente, pese a la información científica nacional e internacional especializada sobre su carácter no abortivo.

Además, debe observarse que se prohibió la repartición gratuita de la AOE, mas no su venta privada, generando este acto mayor desigualdad, cuando el derecho a la salud pública lo que busca es justamente garantizarle a los sectores socioeconómicos más bajos una condición de vida digna. Esta decisión generó una violación del derecho al tratamiento igualitario.

Si el Tribunal Constitucional consideraba que la AOE posiblemente tenía un efecto abortivo y se atuvo al principio de precaución, debió ser consistente en su decisión y no solo afectar a los sectores pobres del país. Esto es de relevancia mayor si tenemos en cuenta que la discusión versa sobre el derecho social de la salud pública, que busca garantizar una condición de vida digna especialmente a las personas de menores recursos, como ha sido un eje de la jurisprudencia constitucional⁽¹⁹⁾.

De otro lado, se puede señalar la el amparo constitucional que resolvió el Tribunal Constitucional de Bolivia⁽²⁰⁾ con el cual se dispuso que el Estado continuara suministrando el tratamiento de hemodiálisis, a raíz de un trasplante de riñón, a costa del presupuesto del Ministerio de Salud y Previsión Social.

Por su parte, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, resolvió entre febrero y mayo de 2007 tres casos sobre el derecho a la salud de manera diferente. Así, en dos primeras resoluciones (SS 307 y STA 91) asumieron una postura restrictiva en relación a la concesión de medicamentos por medio de resoluciones judiciales; pero, posteriormente resolvieron en el sentido opuesto (SS 3158 y 3205).

Las decisiones judiciales limitativas se fundaban en que en las políticas públicas sobre salud y medicamentos no preveían otorgar a los ciudadanos gratuitamente remedios de alto costo. Ello generó un gran rechazo y una fuerte presión social de las organizaciones defensoras de los derechos humanos; de modo que, aun cuando determinado medicamentos costosos no estuviera en la lista oficial de medicamentos a otorgar a los pacientes, en las sentencias posteriores el STF cambio su jurisprudencia.

2.2. Derecho al trabajo y a la seguridad social

En relación a otro derecho social como el trabajo y la seguridad social, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la exigibilidad de estos derechos sociales⁽²¹⁾. Sin embargo, este no ha sido un tema que el Tribunal haya emprendido con claridad en sus primeras sentencias en las que tuvo oportunidad de pronunciarse. En efecto, en una de las primeras sentencias en las que se manifiesta sobre la naturaleza de los derechos sociales, el Tribunal afirmó que:

“(…) aunque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden. La heterogeneidad que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas disimilitudes, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones

(19) LANDA, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2010; pp. 13-17.

(20) Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano. SC 687/2000-R del 14 de julio. Defensora del Pueblo vs. Ministro de Salud y Presidente de la Caja Nacional de Salud.

(21) LANDA, César. *Rights to social security in constitutional peruvian case-law*. En *Study on the Worldwide Constitutional Law*. Volumen III (Mo Jihong editor). China: China Chapter, International Association of Constitutional Law. 2011; pp. 306-319. Asimismo, NEVES, Javier. *Pensiones. Reforma y jurisprudencia. El D.L. 20530 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú Lima: 2009; pp. 25-41.



César Landa Arroyo

prácticas. Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos (...). La *ratio* de dichas denominaciones estriba en que no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo⁽²²⁾.

Al respecto, es del caso resaltar como el Tribunal aludía, indistintamente, a los derechos sociales ya sea como derechos progresivos o ya como derechos programáticos. Y es que sostener que los derechos sociales son derechos progresivos o decir que constituyen derechos programáticos no es una mera cuestión de términos, pues existe una diferencia y un trasfondo no sólo teórico sino también político que no es para nada irrelevante, lo cual se refleja precisamente en el ámbito de su exigibilidad judicial.

En efecto, mientras que lo programático implica que los derechos sociales no constituyen más que simples declaraciones y, por ende, pueden ser respetados o no, el entenderlos como derechos progresivos comporta, ya de por sí, un deber jurídico ineludible para el Estado de proveer las condiciones materiales mínimas para su mayor realización posible.

El Tribunal Constitucional peruano finalmente ha entendido que el reconocimiento de los derechos sociales y económicos implica superar su concepción “programática”, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan objetivos concretos para garantizar la vigencia de los derechos sociales. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de Derecho. En efecto, a juicio del Alto Tribunal:

“(...) el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde

con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un ‘mínimo vital’, es decir, aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana (...)”⁽²³⁾.

Así, se hace exigible judicialmente mediante el amparo, en tanto proceso constitucional de tutela urgente de los derechos fundamentales, demandar la protección del contenido esencial a la pensión, es decir el libre acceso a un sistema pensionario y a una pensión, a la no privación arbitraria de los mismos y, a un monto mínimo vital pensionario de jubilación mínima vital; los demás aspectos propios de un contenido no esencial, como la nivelación o el contenido adicional como la pensión de viudez u orfandad son materia en principio de protección en la vía contenciosa administrativa, que es competencia del Poder Judicial⁽²⁴⁾.

Asimismo, un trabajador despedido arbitrariamente mediante el proceso de amparo podrá demandar la reposición en su puesto de trabajo frente al despido arbitrario, es decir cuando se ha producido un despido nulo, sin causa o fraudulento⁽²⁵⁾, siempre que no existan hechos controvertidos que

(22) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 0011-2002-AI/TC (fundamentos jurídicos 9 y siguientes.).

(23) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 1417-2005-AA/TC (fundamento jurídico 37.c.).

(24) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 1417-2005-AA/TC. (fundamento jurídico 37).

(25) De acuerdo a esta misma sentencia, el despido nulo se origina cuando el trabajador es despedido por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, cuando la trabajadora es

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina *Social rights in constitutional jurisprudence in Latin America*

requieran de la actuación de medios probatorios, porque el proceso de amparo carece de etapa probatoria; de lo contrario, las demandas deberán ser tramitadas en el proceso laboral ordinario, si se trata de controversias sobre materia laboral de carácter privado; o, en la vía del proceso contencioso administrativo, si se trata de controversias sobre materia laboral de carácter público⁽²⁶⁾.

En México, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) en lo relativo a los derechos de los trabajadores también ha mantenido una postura garantista. En la medida que la Constitución de 1917 reformada ha tutelado en su artículo 123 el derecho de los trabajadores a que se les otorgue una plaza equivalente o una indemnización, cuando se produzca una supresión o reducción de su plaza de trabajo. La Ley Federal de los Trabajadores reconoce que no basta con una plaza, sino también un sueldo equivalente. Pero, la Ley del Servicio Civil del Estado de Sonora reconoció que ante la supresión de una plaza solo cabía la indemnización. A juicio de la segunda sala de la SCJ, la ley estatal vulneró la Constitución por desconocer el derecho a la estabilidad en el empleo (2 a./J. 172/2007).

Junto a ello, la segunda sala se pronunció sobre el salario mínimo; en el sentido que su protección en los términos del texto constitucional no permite que se establezcan gravámenes a quien obtiene como ingreso el salario mínimo, con el cual apenas se puede cubrir las necesidades familiares básicas. Imponer contribuciones al salario mínimo, señaló la Corte sería contrario al artículo 123, apartado A, fracción VIII, y al artículo 25, primer párrafo, de la Constitución, relativos a la libertad y dignidad humana (2 a./J. 172/2007).

En Bolivia, el Tribunal Constitucional estableció como jurisprudencia constitucional los alcances del fuero de

estabilidad laboral⁽²⁷⁾, mediante el amparo de una madre trabajadora de una menor con discapacidad que fue destituida como jardinera en una Municipalidad, sin causa o motivo. Ella demandó su reposición a efecto de gozar del seguro médico de la Caja Nacional de Salud; el TC concedió la tutela señalando que:

“(…) el ámbito de protección de los trabajadores o funcionarios que presten servicios en los sectores públicos o privado, no solo se refiere al trabajador en sí mismo sino que, en prevención a que una ruptura de la relación laboral pueda llegar a afectar a un dependiente discapacitado de ese trabajador o funcionario, garantiza su inamovilidad, instituyendo así una tutela reforzada del derecho al trabajo de las personas, en razón de su discapacidad o de la discapacidad de la persona que tenga bajo su dependencia, excepto que su despido se opere por las causales señaladas por ley previo proceso que determine haberse incurrido en dichas causales”⁽²⁸⁾.

En Panamá, la Corte Suprema de Justicia declaró el 28 de setiembre de 2007, la inconstitucionalidad de la norma del artículo 174 de la Ley 51 de 2005 que reformó la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social, que establecía la obligatoriedad de renunciar al empleo para acogerse a la pensión de retiro

despedida con motivo del embarazo, cuando el trabajador tiene la condición de impedido físico mental. De otro lado, el despido fraudulento se configura cuando se le imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente. Finalmente, los despidos incausados son aquellos despidos en los cuales no existe imputación de causa alguna. (Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 0206-2005-AA/TC. Fundamentos jurídicos 7, 8 y 15).

(26) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 0206-2005-AA/TC (fundamento jurídico 36). ARCE, Elmer. La nulidad del despido lesivo de los derechos constitucionales. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; pp. 337.

(27) RIVERA, José Antonio. *Tribunal Constitucional (Bolivia)*. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; (coordinador). *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009; pp. 72 y 73.

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano. SC 0235/2007-R de 10 de abril de 2007.



César Landa Arroyo

por vejez. La Corte argumentó que la pensión es un derecho adquirido, de modo que si la persona cumple con los requisitos para obtener una pensión de jubilación, no puede exigírsele la renuncia a su puesto de trabajo, como un mecanismo para cobrar su pensión de cese.

2.3. Derecho a la educación

En América Latina el analfabetismo constituye un problema endémico del Estado democrático y social, incluso durante los períodos de incremento de la riqueza; debido a que los derechos sociales inclusivos como la educación, no siempre gozan de una prioridad política presupuestal de los gobiernos. Por eso, muchas veces la ciudadanía y la oposición constituyen esa palanca para exigir la tutela de los derechos como la educación. Así, en el Brasil el Partido de los Trabajadores, el Partido Comunista y el Partido Demócrata de los Trabajadores plantearon una acción directa de inconstitucionalidad por omisión del Presidente de la República de concretizar las normas de educación que la Constitución dispone sobre el combate del analfabetismo.

El Tribunal Supremo Federal declaró la improcedencia de la demanda con el argumento que no obstante las altas tasas de analfabetismo, el Gobierno había adoptado varias políticas sociales orientadas a implementar el derecho social a la educación. Sin embargo, como los derechos sociales exigen organización y procedimientos, además de recursos presupuestales, el primer poder omiso a la Constitución sería el Congreso: lo cual no exime de señalar que para el TSF los derechos sociales son normas programáticas o directrices, antes que derechos fundamentales con fuerza normativa⁽²⁹⁾.

Ello contrasta con la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que es garantista en materia de derecho a la educación; tanto como libertad, como derecho prestacional. Así, cabe resaltar la resolución en la cual la Sala

reafirma que el derecho y libertad de aprender es un derecho fundamental de toda la población, a los cuales hay procurar las garantías y los medios para que sea excelente y accesible, de hecho y derecho⁽³⁰⁾. En ese sentido, recordó que el Estado está obligado a garantizar el acceso oportuno a la educación de las personas, independientemente de su discapacidad, mediante políticas educativas especiales, en el marco del Estado social de Derecho⁽³¹⁾.

Era el supuesto de un grupo de estudiantes especiales que recibían lecciones en un recinto educativo inapropiado, en cuanto a dimensiones, ventilación y luz; de allí que la Sala Constitucional ordenó al Ministerio de Educación Pública tomar las previsiones presupuestarias; porque, el derecho a la educación no se trata solamente de prestar el servicio, sino que debe ser en condiciones que aseguren la dignidad del estudiantado.

En otro caso, la Sala Constitucional rechazó como inconstitucional la prueba "antidoping" en los centros educativos para detectar el consumo temprano de drogas; en la medida que no es una medida desproporcionada, ni vacía de contenido los derechos constitucionales de los alumnos; sino que se realizaba con el propósito de garantizar la salud y seguridad de los estudiantes del centro educativo. Ello en la medida que el interés superior del menor de edad, faculta a los padres y los centros educativos a verificar, cautelar y apoyar a superar la adicción de los alumnos, en caso arrojaran un resultado positivo⁽³²⁾.

(29) MARTINS, Leonardo. *Justicia constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009-2010*. En V. BAZÁN y C. NASH (editores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Fuerza Normativa de la Constitución 2010. Uruguay: KAS, 2010; pp. 142-144.

(30) Sala Constitucional, Resolución número 1991-2007 del 13 de febrero del 2007.

(31) GONZALES MORENO, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 20; p. 153.

(32) Sala Constitucional. Sentencia No. 11399-2007, del 10 de agosto de 2007 y No. 17247-2007, del 27 de noviembre de 2007.

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina *Social rights in constitutional jurisprudence in Latin America*

Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, ya no solo se pronunció sobre la necesaria calidad y condiciones de la educación, sino también la obligación de la regularidad de la enseñanza. Esto a raíz de la demanda de un grupo de estudiantes para no ser examinados sobre una materia que no fue expuesta en clase; más aún, si el docente se había ausentado justificadamente, pero no habría sido reemplazado por personal calificado. En este caso la Sala señaló que el colegio debía hacerse responsable y proceder a subsanar el problema⁽³³⁾.

Por último, a raíz de un proceso de amparo⁽³⁴⁾, la Sala Constitucional ordenó al Rector de la Universidad de Costa Rica no obligar a una alumna a rendir exámenes los días sábados, debido a que ello iba contra su fe religiosa ya que era miembro activo de la Iglesia Adventista; derecho a libertad de culto protegido en el artículo 75 de la Constitución de Costa Rica. La negativa de la universidad ante el pedido de alumna de no ser evaluada los días sábado, había producido su inasistencia y que fue reprobada en la asignatura de Laboratorio de Biología en dos oportunidades.

En el Perú el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre una controversia⁽³⁵⁾ entre el Cardenal Cipriani y la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre la autonomía universitaria administrativa y académica; a raíz de la herencia que dejó Riva-Agüero a la Universidad Católica, para los fines de una educación universitaria cristiana. El Cardenal demandó: por un lado, asumir la administración de la universidad a través de una junta, en la medida que considera que la universidad es propiedad de la Iglesia, y; por otro lado, que los estatutos de la universidad sean sometidos a la aprobación del Vaticano, según la Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae*, lo cual significaría que la universidad se rija por el Derecho Canónico.

La universidad se ha caracterizado por una defensa no solo de su autonomía académica y administrativa, desde que fue fundada en 1917 por cinco seglares y un eclesiástico e inscrita como una asociación civil, sometida a las leyes civiles de la

República. Motivo por el cual durante su vida institucional no ha existido problemas con la Iglesia, salvo cuando Fujimori promueve a Cipriani ante el Vaticano, cabeza visible de Opus Dei, como Cardenal del Perú. Con él se inicia el cuestionamiento y luego enfrentamiento judicial y mediático contra la universidad, que en la transición democrática (con la caída de Fujimori el 2000) ha servido de fuente de aportación a la democracia y los derechos fundamentales, contra la corrupción y la impunidad en la violación de los derechos humanos. Al punto que su ex rector, Salomón Lerner, fue elegido en la transición democrática como Presidente de la Comisión Nacional de la Reconciliación y la Verdad.

El Tribunal Constitucional dictó una sentencia declarando infundado el recurso interpuesto por la PUCP para defender sus derechos fundamentales a la educación y a la propiedad, básicamente⁽³⁶⁾. No obstante, el Cardenal pretende que esa resolución constituya una declaración de derecho para intervenir en la universidad, de modo que ha regresado al TC vía un recurso *per saltum* inventado por el propio TC, a través de una sentencia, no de una ley, para que este se pronuncie sobre la ejecución de sus sentencias.

Cipriani pretende que el Poder Judicial ejecute no el fallo de la sentencia del TC sino algunos considerandos, pese a que el amparo es un proceso restitutivo, antes que declarativo de derechos; es decir el juez constitucional debe reponer el derecho violado, pero si no lo tutela, declara infundado; no emana de ello que le haya otorgado un derecho a la otra parte. Más aún si, hay varios procesos judiciales de

(33) Sala Constitucional. Sentencias Nos. 2005-03880 del 13 de abril de 2005, 2007-015242 del 19 de octubre de 2007 y 2006-008390 del 13 de junio de 2006.

(34) Sala Constitucional. Sentencia No. 2020-03018, del 22 de marzo de 2002.

(35) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 3347-2009-PA/TC (17 de marzo de 2010).

(36) RUBIO, Marcial. *Apostillas a la sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011; p.58.



César Landa Arroyo

naturaleza civil en el Poder Judicial, donde se está dirimiendo acerca de los testamentos de Riva-Agüero y la administración de los bienes de la universidad.

Este caso peruano pone en evidencia que el derecho a la educación en su perspectiva de libertad de pensamiento, autonomía académica, viene siendo gravemente afectado por un Tribunal Constitucional, sometido no a la Constitución, sino a los poderes fácticos de la iglesia más conservadora. Por ello las autoridades de la Universidad Católica han planteado una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se encuentra en trámite.

2.4. Derecho a la vivienda

Uno de los índices de la falta de distribución de la riqueza en América Latina se expresa en el problema de la falta de una vivienda digna para las familias y las personas. En períodos reformistas las Constituciones han incorporado el derecho a la vivienda, como un derecho social; pero, como un derecho subjetivo aunque no genere una obligación del Estado a proveerla gratuitamente; sino a prestar apoyo, mediante instrumentos legales y en todo caso de promoción de sistemas de ayuda social a través del ahorro y crédito.

En ese sentido, en el Perú en 1979, mediante Decreto Ley 22591, se creó en el Banco de Vivienda un Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), a fin de que los trabajadores realizaran aportaciones a al igual que los empleadores, para obtener un ahorro que los habilitara a obtener un crédito hipotecario para una vivienda familiar que el Estado se encargaba de construir con empresas privadas y ofertarlas para los que no la tuvieran. Si bien estos programas de vivienda llegaron a implementarse a comienzos de los años 80 se paralizaron con el nuevo gobierno en 1985, pero los descuentos de los salarios continuaron. Así, en el año 1998, mediante Ley No. 26969, el FONAVI fue transformado, en parte en un Impuesto Extraordinario a la Solidaridad para seguir recaudando y lo acumulado de dicho fondo fue liquidado y transferido para reflotar a las empresas públicas eléctricas antes de su privatización.

Con el retorno de la democracia los cientos de miles de aportantes al FONAVI que no llegaron a recibir un crédito

para vivienda plantearon varios procesos de amparo, para que se les devuelva los fondos que desembolsaron durante años. El debate en el Tribunal Constitucional se centró en si dichos aportes tenían la naturaleza de un tributo, en cuyo caso la caja fiscal los destina a los servicios públicos de todas las personas. La sentencia del TC en mayoría⁽³⁷⁾ resolvió que no se trataba de un impuesto, sino una aportación individual para la obtención de una vivienda del trabajador. La resolución suponía la devolución de las aportaciones que se han estimado en alrededor de veinte mil millones de soles (alrededor de 8 mil millones de dólares).

Pero, el peligro de generar un déficit público inmanejable dio lugar que en otro amparo⁽³⁸⁾ sobre el mismo tema del FONAVI, el Tribunal Constitucional señalara que la forma de devolución no era solamente individual, sino también, mediante obras de infraestructura básica para las viviendas. No obstante ello, el gobierno del entonces Presidente Alan García, rechazó y difirió cumplir dichas resoluciones. Motivo por el movimiento de los fonavistas planteó que en las elecciones regionales y locales de octubre de 2010, se llevara a cabo un referéndum sobre si la población nacional estaba de acuerdo o no con la devolución de los aportes del FONAVI.

La Constitución de 1993 incorporó derechos de participación ciudadana directa como el referéndum, en el marco de la ley. De modo que, al amparo de dichas reglas se llevó a cabo la campaña y en la votación el sí obtuvo un 66% a favor de la devolución de los aportes al FONAVI; la misma que se transformó en la Ley N 29625, que dispone la devolución de los aportes de manera individual o colectiva, vía obras de infraestructura. Al momento, el nuevo gobierno del Presidente Humala, se encuentra

(37) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 1078-2007-PA/TC.

(38) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 5180-2007-PA/TC.

Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina *Social rights in constitutional jurisprudence in Latin America*

implementando administrativamente un registro de aportantes que acrediten haber realizado dichos pagos. Sin embargo, intermediarios del poder de turno han presentado una demanda de inconstitucionalidad contra la ley que aprobó la devolución de los aportes en los términos que habrían acordado con el ex titular del propio TC. El tema no ha sido resuelto aún.

3. Conclusiones

Desde comienzos del siglo XX el bienestar y la dignidad humana se han constitucionalizado progresivamente, a través de los derechos sociales, inicialmente como derechos programáticos o intereses legítimos sin eficacia directa o exigibilidad judicial ante el vacío o deficiencia de la ley⁽³⁹⁾. Pero, desde finales del siglo XX, la justicia constitucional en América Latina ha tenido que tomar posición progresivamente a partir de las demandas en los procesos de amparo e inconstitucionalidad de las leyes, sobre la naturaleza, alcances, métodos y principios que protegen los derechos sociales, económicos y culturales.

Si todos los derechos sociales se fundamentan en la dignidad humana y el derecho al bienestar, no obstante su diversa naturaleza, se pueden hacer exigibles judicialmente de forma inmediata o mediata en relación a su contenido. En este escenario, la labor de juez se ha convertido de vital importancia para argumentar razonable y proporcionalmente la plena vigencia de los derechos sociales reconocidos por la Constitución. Por ello, es pertinente mencionar que la jurisprudencia Latinoamericana más avanzada ha utilizado los principios constitucionales de interpretación de la norma suprema, así como las técnicas

de la ponderación; estableciendo precedentes vinculantes sobre la tutela judicial en materia de salud, trabajo, pensiones y educación, con el objeto de delimitar aquello que puede ser válidamente exigido en sede constitucional y aquello que, por el contrario, no correspondería a ser demandado en la vía judicial.

Sin perjuicio de ello, los fallos de la justicia constitucional u ordinaria que demandan *prima facie* previsiones del presupuesto público para atender las demandas sociales amparadas judicialmente plantean el problema de la morosidad o el incumplimiento presupuestal por parte del Estado y, en consecuencia, del incumplimiento de las sentencias en un Estado democrático y social de Derecho; sobre todo en los estados de cosas inconstitucionales.

Pero, no es el caso de todos los derechos sociales, porque unos tienen la naturaleza de libertades y otros prestacionales. Sin embargo, en cualquiera de los dos supuestos, el Estado tiene la obligación de respetarlos, protegerlos, asegurarlos, promoverlos y repararlos económicamente cuando corresponda constitucionalmente; porque la Constitución es una norma jurídica que tiene eficacia vinculante para todos los poderes públicos y privados.

De esta manera, se van asentando, en América Latina, las bases para superar aquella concepción positivista y formal según la cual, los derechos sociales son meras declaraciones programáticas, para concebirlas como derechos fundamentales con eficacia jurídica directa e inmediata. Sin duda, que el aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un catalizador jurídico aún incipiente de las decisiones constitucionales; pero, no se trata de una tarea fácil, puesto que las dificultades de la implementación de los derechos sociales como derechos fundamentales derivan, en último término, de una debilidad política que es también fruto de una debilidad teórica⁽⁴⁰⁾. La misma que, sin embargo, la justicia constitucional más avanzada ha ido revirtiendo a partir de asumir su tarea tutelar de los derechos fundamentales, para lo cual ha sido necesario que ocupe su rol subsidiario como (re)creador de los derechos sociales que la Constitución consagra. 

(39) KRESALJA, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. Lima: Palestra, 2008; pp. 13-50.

(40) FERRAJOLI, Luigi. En el Prólogo de la obra de ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002; p. 9.