

Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales*

GERARDO ETO CRUZ**

Sumario

- I. Los derechos sociales y su reconocimiento constitucional y jurisprudencial en el Perú
 1. Reconocimiento constitucional
 2. Reconocimiento jurisprudencial
 - 2.1. El derecho a la salud
 - 2.2. Los derechos sexuales y reproductivos
 - 2.3. El derecho a la seguridad social y el libre acceso a las pensiones
 - 2.4. El derecho a la educación
 - 2.5. El derecho al trabajo
 - 2.6. La protección de la familia y las uniones de hecho
- II. Una tipología de sentencias para los derechos sociales
 1. Sentencias restitutorias en casos de protección individual
 2. Sentencias en casos de protección colectiva y control de políticas públicas
 - 2.1. Sentencias declarativas
 - 2.2. Sentencias de condena con órdenes específicas
 - 2.3. Sentencias de condena con orden de implementación posterior: la jurisprudencia dialógica
 - 2.4. El empleo de las sentencias manipulativas

Bibliografía

* El presente artículo se presentó en las ponencias oficiales de la VIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en la ciudad de Managua (Nicaragua), el 08 de julio de 2010; y fue escrito con la colaboración del Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Felipe Johan León Florián.

** Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela – España. Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú y Director General del Centro de Estudios Constitucionales. Profesor de Derecho Procesal Constitucional y Teoría General de los Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Trujillo.

I. Los derechos sociales y su reconocimiento constitucional y jurisprudencial en el Perú

1. Reconocimiento constitucional

En nuestro país, puede plantearse como hipótesis de evaluación preliminar un déficit marcado en la protección jurídica de los derechos sociales. Y ello, además, siendo estrictos en los términos, pues no hablaremos aquí de la protección fáctica, material de estos derechos, es decir, de la medida en que la población de nuestro país disfruta efectivamente de los derechos sociales reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales o las leyes que, como es harto conocido en nuestras realidades latinoamericanas, dista mucho de ser la más óptima.¹ Nos referiremos pues, solo al ámbito donde estos derechos hallan su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, a la protección jurídica que los tribunales han podido brindarles de cara a remediar, de algún modo, el a veces elevado nivel de insatisfacción material en el que estos se encuentran.

En primer lugar, puede observarse que el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución de 1993 es menor que el que proporcionaba la Carta de 1979. Así por ejemplo, mientras en la Constitución de 1979 se recogía expresamente los derechos sociales a la «alimentación» y la «vivienda», en el documento constitucional de 1993 dichos derechos no aparecen reconocidos ni mencionados en el articulado correspondientes a los derechos sociales y económicos.² En efecto, el artículo 18 de la Constitución de 1979 prescribía que: «El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de

¹ Al respecto puede verse el último Informe del PNUD: Informe sobre Desarrollo Humano Perú 2009. Por una densidad al servicio de la gente, el cual está dividido en dos secciones: Parte I: las brechas en el territorio; Parte II: una visión desde las cuencas; y donde se muestra las grandes brechas de desigualdad que existen en nuestro país en el acceso a los recursos básicos, según el área geográfica territorial de algunas ciudades. Igualmente, este estudio centra la atención en el problema de la sostenibilidad del recurso hídrico en nuestro país y de su manejo y sostenibilidad sobre todo en las zonas de la sierra.

² Es significativo a este respecto la observación hecha por el Relator Especial para el derecho a la vivienda de la ONU, Sr. Miloon Kothari, en su Misión al Perú de 2004, quien señaló que «la falta de una política de vivienda durante el último decenio está simbolizada en la revisión constitucional de 1993 que suprimió la referencia al derecho a una vivienda adecuada» (Vid. Resolución del Consejo Económico y Social de la ONU, E/CN.4/2004/48/Add.1, párrafo 7). Aún cuando dicho Relator Especial recomendó al Gobierno peruano la reincorporación del derecho a una vivienda adecuada en la Constitución (párrafo 50 de la citada resolución), puede verse como en el Reporte Especial sobre el derecho a la vivienda elaborado por la nueva relatora, Sra. Raquel Rolnik, en febrero de 2009, esta señaló que en este punto no se había suscitado ningún avance (Vid. Resolución de la Asamblea General de la ONU A/HRC/10/7/Add.2, párrafo 253).

alimentación, vivienda y recreación». Además de ello, esta Carta Política recogió en el mismo precepto constitucional directrices específicas en lo atinente al «derecho a la vivienda». Así, estableció:

El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler-venta. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo interés.

Por otro lado, en lo que corresponde al derecho al trabajo, la Carta Política de 1979 brindó una protección mucho más amplia que la que otorgó la Constitución de 1993. Así, no solo recogió expresamente como derechos constitucionales del trabajador el descanso semanal remunerado, las vacaciones anuales pagadas, la compensación por tiempo de servicios, las gratificaciones, bonificaciones u otros beneficios señalados en la ley o el convenio colectivo (artículo 44), sino que estableció un régimen de estabilidad laboral para el trabajador que sería abandonado en la Constitución de 1993. Así, el artículo 48 de la Constitución de 1979 estableció: «El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada». Por su parte, el artículo 27 de la Constitución de 1993, escuetamente señala: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario».

Aun cuando la Constitución de 1979 peca de reglamentarismo en lo referente a la regulación de los derechos sociales³ e incorpora cláusulas que parecen excesivas de cara a la fundamentalidad de una Carta Constitucional,⁴ lo cual también puede generar desazón producto de promesas constitucionales incumplidas, lo cierto es que esta Carta, gestada bajo la égida del Estado de Bienestar aún presente en el mundo en los años ochenta, brindaba una protección mucho más amplia y generosa que la Constitución de 1993 en materia de derechos sociales, tanto en lo referente a los derechos en ella reconocidos, como en lo atinente al contenido mucho más protector de algunas de sus cláusulas, como sucedió en el caso del derecho al trabajo por ejemplo.

³ En total el guarismo de artículos dedicados a los derechos sociales en la Carta de 1979 asciende a 58, mientras que en la Constitución de 1993 solo se dedicaron 25 artículos a esta clase de derechos.

⁴ Un buen ejemplo de ello es el artículo 11 que dispone: «La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos».

Con todo, en la Constitución de 1993 se han reconocido explícitamente los siguientes derechos fundamentales sociales:

- a. El derecho a la salud, reconocido en los artículos 7 y 9.
- b. Los derechos sexuales y reproductivos, reconocidos en el artículo 6.
- c. El derecho a la seguridad social y libre acceso a las pensiones, recogido en los artículos 10 y 11.
- d. El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13, 17 y 18.
- e. El derecho al trabajo, recogido en el artículo 22.
- f. Los derechos laborales a la remuneración, la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal y anual remunerados, la protección legal contra el despido arbitrario, la sindicación, la negociación colectiva, la huelga y el derecho a la participación en las utilidades, prescrito en los artículos 24, 25, 26, 27, 28 y 29.
- g. El derecho a la protección de la familia y de las uniones de hecho, recogido en los artículos 4 y 5.
- h. El derecho a la protección constitucional especial de grupos vulnerables: niños, adolescentes, madres, ancianos y discapacitados, recogido en los artículos 4 y 7.

A esta lista habría que agregar el «derecho al agua potable» que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (TC) peruano en el «caso César Augusto Zúñiga López», donde ha reconocido la presencia autónoma de este derecho fundamental, inscrito en la cláusula de los derechos innominados del artículo 3 y cuya fundamentalidad la ha derivado de la dignidad de la persona y de la cláusula del Estado Social de Derecho.⁵ En dicho caso y atendiendo a circunstancias especiales, el TC determinó la imposibilidad de cortar el servicio de agua potable por falta de pago. Asimismo, reconoció que este derecho fundamental se halla circunscrito por tres ámbitos o contenidos específicos: «El acceso, la calidad y la suficiencia [...] No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario».⁶ En síntesis, el derecho al agua puede expresarse como el derecho de toda persona a disponer de agua potable suficiente y de calidad.

Habría que reconocer, no obstante esta cerrada lista de derechos sociales dispuestos en la Constitución de 1993, que, por disposición de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú;

⁵ STC 6546-2006-AA/TC.

⁶ STC 6546-2006-AA/TC, FJ 10-12.

con lo cual habría que precisar que los derechos sociales reconocidos en el ámbito internacional, especialmente los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) forman parte del Derecho Nacional y complementan, en el ámbito constitucional, los demás derechos reconocidos expresamente por la Carta Magna. A efectos de comparar el reconocimiento internacional de los derechos sociales, con la protección brindada por nuestra Constitución, los derechos consagrados en el PIDESC son, enunciativamente los siguientes:

- a. El derecho a la alimentación, la seguridad alimentaria y la protección contra el hambre (artículo 11).
- b. El derecho a la vivienda, el vestido y un nivel adecuado de vida (artículo 11).
- c. El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental (artículo 12).
- d. El derecho a la seguridad social y el seguro social (artículo 9).
- e. El derecho a la educación (artículo 13).
- f. El derecho al trabajo (artículo 6).
- g. Los derechos laborales a la remuneración justa y digna, la seguridad e higiene en el trabajo, la igualdad de oportunidades, el descanso, el horario máximo de trabajo, las vacaciones periódicas pagadas, la sindicación y la huelga (artículos 7 y 8).
- h. El derecho a la protección de la familia (artículo 10).
- i. El derecho a la protección constitucional especial de grupos vulnerables: niños, adolescentes y madres (artículo 10).
- j. El derecho a la cultura y a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones (artículo 15).

Como puede apreciarse, el PIDESC complementa nuestro ordenamiento constitucional, integrando a este los derechos a la alimentación, la vivienda y la cultura que no aparecen registrados por nuestra Carta de 1993. A esto cabe añadir, el rol de intérprete que le corresponde al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha recibido el encargo del Consejo Económico y Social de la ONU, de ser el órgano técnico especializado en desarrollar dogmáticamente estos derechos, así como la índole de las obligaciones que les corresponde a los Estados y de supervisar su cumplimiento a través de los informes periódicos y, mucho más recientemente, la posibilidad de recibir denuncias individuales de violación de derechos sociales, facultad implementada por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 10 de diciembre de 2008 mediante Resolución A/RES/63/117 (que aún no se encuentra en vigor). Las Observaciones Generales emanadas de este Comité constituyen pues la pauta más importante respecto a la definición de los alcances

de los derechos sociales y ostentan la naturaleza de jurisprudencia internacional, seguida muy a menudo por las cortes y tribunales constitucionales en la solución de las controversias sobre derechos sociales.⁷

Dichas Observaciones Generales hasta el momento han abordado los siguientes temas:

OG 1 - Presentación de informes por los Estados Partes

OG 2 - Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto)

OG 3 - La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)

OG 4 - El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)

OG 5 - Las personas con discapacidad

OG 6 - Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores

OG 7 - El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11): los desalojos forzosos

OG 8 - Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales

OG 9 - La aplicación interna del Pacto

OG 10 - La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales

OG 11 - Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14)

OG 12 - El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)

OG 13 - El derecho a la educación (artículo 13)

OG 14 - El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)

OG 15 - El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)

⁷ Por ejemplo en nuestro país, el Tribunal Constitucional ha utilizado ampliamente la Observación General N° 14 sobre el derecho a la salud, para resolver controversias que tienen que ver sobre todo con el derecho a la salud mental. Así, ha empleado este instrumento en la STC 3081-2007-PA/TC (FJ. 28), en el caso Ramón Medina Villafuerte (STC 2480-2008-PA/TC, FJ. 10) y en el caso del Instituto Nacional de Salud Mental «Honorio Delgado-Hideyo Noguchi» (STC 5842-2006-PHC/TC, FJ. 45).

2. Reconocimiento jurisprudencial

2.1. El derecho a la salud

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha ido concretizando y definiendo, de modo progresivo, el marco de los contenidos de estos derechos, aun cuando su desarrollo y profundización resulta ser todavía incipiente. Sin duda, entre los derechos sociales reconocidos en la Constitución el que más atención ha merecido del Colegiado es el derecho a la salud⁸. Tempranamente, en los casos *Azanca Alhelí Meza García*⁹ y *José Luis Correa Condori*,¹⁰ el Tribunal decidió la entrega del tratamiento antirretroviral para dos pacientes con la enfermedad del VIH, aun cuando no se había implementado la entrega dispuesta en la ley. Luego, en el caso *Pablo Fabián Miguel Martínez*,¹¹ el Tribunal declaró la insuficiencia de las acciones estatales de recuperación de la calidad ambiental del Distrito de La Oroya, que afectaban gravemente la salud de la población y ordenó la implementación urgente de las medidas adecuadas. Posteriormente, en los casos *Ramón Medina Villafuerte*¹² y en la *STC 3081-2007-PA/TC*, el Tribunal tuvo la oportunidad de desarrollar ampliamente el derecho a la salud mental y abordar distintos problemas en la política pública de este sector. En dichos casos finalmente determinó que debía seguir brindándose tratamiento médico hospitalario a dos pacientes con enfermedades mentales complejas, que requerían cuidados especiales y que carecían de familiares que se los brinden. Luego, en la misma temática del derecho a la salud mental en el caso del Instituto Nacional de Salud Mental «Honorio Delgado-Hideyo Noguchi», el Tribunal estableció los parámetros del consentimiento informado para el ingreso de pacientes psiquiátricos al centro de salud y verificó la adecuación

⁸ La jurisprudencia del TC peruano ha evolucionado en cuanto a la interpretación del carácter fundamental del derecho a la salud, a través de cuatro estadios: a) en primer lugar, en el caso *Juan Islas Trinidad y otros o caso del Penal de Challapalca*, este derecho se ubica en la cláusula de los derechos innominados, merced a su vinculación con el derecho a la vida, la integridad y la dignidad de la persona (*STC 1429-2002-HC/TC*, FJ. 14); b) en segundo lugar, en el caso *Azanca Alhelí Meza García* la salud es apreciada desde la óptica de los derechos sociales y se considera que su carácter de fundamental solo se adquiere cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida (*STC 2945-2003-AA/TC*, FJ. 6); b) luego, en el caso *José Luis Correa Condori*, se dijo que dicha relación con otros derechos no era el que le otorgaba el carácter de fundamental, pero sí lo acentuaba (*STC 2016-2004-AA/TC*, FJ. 5); y d) finalmente, en el caso *Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi*, se ha decantado por considerar que es necesario brindar un mayor grado de autonomía a este derecho (*STC 5842-2006-PHC/TC*, FJ. 48).

⁹ *STC 2945-2003-AA/TC*.

¹⁰ *STC 2016-2004-AA/TC*.

¹¹ *STC 2002-2006-AC/TC*.

¹² *STC 2480-2008-PA/TC*.

de las instalaciones de este centro médico para atender este tipo de enfermedades, en especial en lo referente al espacio separado para la atención de adolescentes, ordenando la modificación de ciertas áreas e infraestructura para la mejor atención en salud mental.¹³ Por último, en el caso Andrea Cristina Dongo Coronado, el Tribunal estableció la imposibilidad de suspender un tratamiento médico, basado en la mera presunción de afiliación irregular de un afiliado a Essalud.¹⁴

2.2. Los derechos sexuales y reproductivos

Con relación a los derechos sexuales y reproductivos, el Colegiado Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse en dos casos respecto a la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia (AOE). Si bien en un primer momento el Tribunal se mostró mucho más activista en la defensa de estos derechos y en el caso Susana Chávez Alvarado, ordenó la distribución gratuita de la píldora por parte del Estado, basado en el mandato legal que establecía dicha distribución;¹⁵ en un segundo momento se mostró mucho más cauteloso, y en el caso ONG «Acción de Lucha Anticorrupción», el Tribunal decidió prohibir la distribución gratuita que llevaba a cabo el Ministerio de Salud por considerar que existían dudas respecto al carácter abortivo del tercer efecto de la AOE.¹⁶

2.3. El derecho a la seguridad social y el libre acceso a las pensiones

En cuanto al derecho a la seguridad social, el Tribunal ha desarrollado este derecho a través de dos *leading cases*. En primer lugar, en el caso de la reforma del régimen pensionario del D.L. 20530, el Tribunal convalidó la citada reforma que establecía una disminución progresiva de las pensiones en este régimen y que prohibía la nivelación de las pensiones y cerraba el citado régimen, con sustento en un principio de justicia distributiva y sostenibilidad del régimen pensionario.¹⁷ Por su parte, en el caso Manuel Anicama Hernández, el Tribunal estableció los ámbitos que corresponden al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, a efectos de exigir su tutela a través del proceso de amparo. Así, estableció que pertenecen a dicho contenido constitucional: el acceso al sistema de seguridad social, el acceso a la pensión, la verificación del monto asignado cuando este estuviera por debajo del mínimo vital y la verificación del monto pensionario en situaciones de urgencia, como enfermedad o edad avanzada.¹⁸ Por último, en el caso

¹³ STC 5842-2006-PHC/TC.

¹⁴ STC 2034-2009-PA/TC.

¹⁵ STC 7435-2006-AC/TC.

¹⁶ STC 2005-2009-AA/TC.

¹⁷ STC 0050-2004-AI/TC.

¹⁸ STC 1417-2005-PA/TC.

de la desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y retorno al Sistema Público de Pensiones, el Tribunal estableció que el derecho a la libertad en la elección del sistema pensionario suponía que la información otorgada para la afiliación debía ser oportuna y suficiente, por lo que debía incluirse como causal de nulidad de la afiliación este requisito.¹⁹

2.4. El derecho a la educación

En lo que respecta al derecho a la educación, el Tribunal ha cuidado especialmente de preservar tanto la continuidad del servicio educativo, así como la calidad del servicio, como contenidos básicos de este derecho. Así, en el caso Feliciano Contreras Arana, el Tribunal dispuso la reincorporación de dos alumnos de educación primaria que fueron arbitrariamente suspendidos por falta de pago de su pensión de estudios.²⁰ Igualmente, en el caso Flavio Roberto Jhon Lojas, el Colegiado determinó que la exigencia de continuidad en los estudios también era exigible a una universidad privada cuando esta disponía de otros medios efectivos para realizar el cobro.²¹ Finalmente, en el caso de las filiales universitarias, el Tribunal ha establecido la suspensión de creación de nuevas filiales universitarias hasta que el Estado no garantice la creación de un organismo autónomo y suficientemente capacitado para llevar a cabo esta labor, vigilando así el sostenimiento de la calidad de la educación universitaria.²²

2.5. El derecho al trabajo

En lo que toca al derecho al trabajo, el Tribunal estableció en el caso del Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú que la protección brindada por el segundo párrafo del artículo 34 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. 003-97-TR, esto es, la indemnización como única forma de reparación, era una protección insuficiente y por tanto inconstitucional, y que cabía por, ende, en el caso concreto la reposición de los trabajadores de Telefónica que habían sido separados de sus puestos de trabajo.²³ Esta postura altamente protectora del derecho al trabajo se vio, sin embargo, morigerada en el caso Llanos Huasco, donde no se llegó a afirmar la inconstitucionalidad de dicha ley, pero se amplió la protección del proceso de amparo para dilucidar pretensiones de reparación en el trabajo cuando los despidos hayan sido incausados, fraudulentos o nulos.²⁴

¹⁹ STC 0014-2007-PI/TC.

²⁰ STC 4646-2007-PA/TC.

²¹ STC 0607-2009-PA/TC.

²² STC 0017-2008-PI/TC.

²³ STC 1124-2001-AA/TC.

²⁴ STC 0976-2001-AA/TC.

2.6. La protección de la familia y las uniones de hecho

En cuanto a la protección de la familia, en el caso Reynaldo Armando Shols Pérez el Tribunal ha empezado a tomar en cuenta nuevas realidades sociales y ha considerado dentro de un concepto amplio de familia, a las familias ensambladas, reconstituidas o reconstruidas, ampliando el margen de tutela constitucional también a estas. Así, en este caso el Tribunal ordenó al Centro Naval del Perú la entrega del respectivo carnet a la hija del demandante que era fruto del anterior compromiso de su esposa.²⁵ Del mismo modo, en el caso Janet Rosas Domínguez el Tribunal ha brindado una protección cualificada a las uniones de hecho reconocidas en la Constitución y ha ordenado que el o la conviviente supérstite tenga acceso a la pensión de viudez otorgada por el Estado.²⁶

II. Una tipología de sentencias para los derechos sociales

En los últimos tiempos ha venido desarrollándose en la doctrina comparada un amplio debate en torno a la eficacia que pueden tener los fallos judiciales que ordenan la protección de los derechos sociales. Esta discusión ha estado centrada en el hecho de que el activismo judicial que se refleja en muchos tribunales o cortes constitucionales al momento de otorgar tutela o amparo a los derechos fundamentales sociales, contrasta duramente con las posibilidades de actuación real de las sentencias que ordenan dicha protección. En otros términos, la polémica se ha suscitado en torno a la ejecución de las sentencias que declaran la violación de un derecho social y que ordenan, en consecuencia, un accionar positivo de parte del Estado para remediar dicha vulneración. Dado que dicha ejecución resulta muchas veces onerosa y depende del accionar político de las entidades estatales, lo decidido por los tribunales en la sentencia muchas veces queda solo en el plano de las buenas intenciones, ocasionando con ello —según los críticos— el descrédito de la justicia constitucional.

A efectos de ilustrar esta problemática, nos hemos permitido bosquejar una tipología de sentencias para derechos sociales, que atienda no solo a la forma de determinación de aquello que se decide u ordena en el fallo, sino que tome en cuenta la metodología empleada para el cumplimiento de la decisión emitida. Hemos dividido esta clasificación en dos grandes grupos, pues entendemos que por diversas razones en los casos de protección individual no se producen los complejos y delicados problemas que cuando la justicia se enfrenta a casos de dimensión

²⁵ STC 9332-2006-PA/TC.

²⁶ STC 6572-2006-PA/TC.

colectiva donde está involucrada el control de las políticas públicas. Por otro lado, la clasificación hecha para los casos de protección colectiva resume básicamente la forma cómo los tribunales se han enfrentado a estos casos, tratando de superar no solo el problema del coste económico de implementación de las sentencias, sino el problema de invasión de las competencias de los otros poderes del Estado.

1. Sentencias restitutorias en casos de protección individual

Cuando el caso materia de controversia versa sobre la protección de un derecho subjetivo fundamental de carácter social, la sentencia presenta en su parte dispositiva no solo la declaración de vulneración del derecho social involucrado, sino como resulta obvio, también la orden u órdenes a cumplirse por la parte demandada para restituir a la persona en la goce efectivo de su derecho conculcado. La mayoría de estos casos se producen en el nivel de la protección legal de los derechos sociales, esto es, cuando la ley que implementa el derecho social en cuestión, ha definido claramente los requisitos para el disfrute de los derechos sociales. Ello sucede por ejemplo en la mayoría de los casos sobre acceso a la pensión, donde aquello que se reclama es el otorgamiento de la pensión producto de haber cumplido los requisitos exigidos por la ley. Aquí la sentencia será evidentemente no solo una que declara la vulneración del derecho a la pensión, en el caso de que la Oficina de Normalización Previsional (ONP) haya denegado la misma, sino una de condena que ordena la restitución del derecho a la pensión, otorgando la pensión reclamada por el demandante.

Sin embargo, pueden darse casos donde la protección solicitada no se encuentre claramente definida en la ley o no se esté brindando aún, de modo general, la prestación social exigida. En estos supuestos las cortes hacen derivar dicha exigencia directamente de la Constitución, atendiendo a razones de urgencia y a la vinculación indesligable entre la protección del derecho social en cuestión y la dignidad de la persona. Los casos que pueden ubicarse en esta línea son los ya reseñados Azanca Alhelí Meza García²⁷ y José Luis Correa Condori,²⁸ donde se ordenó la entrega de las antirretrovirales a la parte demandante. Aquí, al igual que en el caso de la protección legal, la sentencia también posee no solo la naturaleza de sentencia declarativa, sino también de sentencia de condena.

El problema con los casos de protección individual de derechos sociales, decididos sobre la base de la Constitución, y sin ninguna implementación legal o institucional

²⁷ STC 2945-2003-AA/TC.

²⁸ STC 2016-2004-AA/TC.

de por medio, viene dado, sin embargo, por las consecuencias de efecto cadena que dichos fallos pueden tener y que pueden llevar a otras personas a solicitar la misma tutela, lo cual puede tener un efecto contraproducente en la sostenibilidad del sistema de prestación de que se trate. Del mismo modo, se ha apuntado que dicha protección individual puede ocasionar situaciones injustas en la prestación de los servicios, dándole preeminencia a quienes obtuvieron una sentencia judicial favorable sobre otros que quizás necesiten una atención más prioritaria. Dicha problemática puede verse en los casos Ramón Medina Villafuerte y en la STC 3081-2007-PA/TC, donde se ordena a los centros de salud respectivos la atención permanente a dos pacientes con problemas de salud mental, cuando los médicos habían decretado regímenes de Hospital de Día, que eran más manejables para la institución sanitaria.

Con todo, es en estos casos donde empieza a vislumbrarse la dimensión colectiva en la protección de los derechos sociales²⁹ y la necesidad de fiscalizar y controlar el adecuado desenvolvimiento de las políticas públicas sectoriales con el fin de superar estructuralmente el problema, llevando incluso al Colegiado Constitucional, en algunos casos, a realizar algunas exhortaciones a los poderes públicos para remediar dicho déficit.

2. Sentencias en casos de protección colectiva y control de políticas públicas

En la experiencia de la jurisprudencia constitucional comparada, dos han sido las formas que se han utilizado para poder dar cuenta en un proceso de tutela de derechos fundamentales de esta dimensión colectiva. La primera de ellas tiene que ver con el empleo de «acciones colectivas, de grupo» o «acciones populares» tendientes a reclamar colectivamente la protección de un derecho social que involucra a varios ciudadanos.³⁰ Víctor Abramovich y Laura Pautasi (2008), por ejemplo, han destacado que la petición colectiva de protección de los derechos sociales resulta beneficiosa en muchos aspectos, pues permite procesos de decisión más abiertos, con participación de actores sociales e institucionales diversos y con espacios de discusión más amplios, donde las cortes pueden evaluar las políticas públicas de acuerdo a estándares constitucionales e internacionales, decidiendo en el marco del consenso y del derecho.

²⁹ Sobre esta problemática puede verse León Florián 2010.

³⁰ Vid. un análisis de resultado de este tipo de acciones en el ordenamiento colombiano en Londoño Toro, González Acosta y Figueredo Medina (2009): 1339-1371.

Estas acciones colectivas, sin embargo, hacen alusión al modo de acceder al tribunal o corte constitucional,³¹ mas no, para lo que interesa en el presente trabajo, a las medidas que la justicia constitucional puede adoptar en la sentencia de cara a brindar dicha protección colectiva. En este contexto, la otra figura que se ha creado para el logro de dicha protección es el «estado de cosas inconstitucional», que si bien fue pergeñado con dicho nombre por la Corte Constitucional de Colombia,³² existía ya en Estados Unidos, de alguna manera a través de la figura de los *structural remedies*.³³

El control intenso de las políticas públicas por parte de la justicia constitucional, con el objeto de remediar situaciones estructurales y sistemáticas de violación de

³¹ No debe subestimarse, sin embargo, el papel del acceso colectivo a los tribunales y del litigio de interés social propugnado por organizaciones de defensa de los derechos humanos. Al respecto es interesante la acotación expuesta por juez Bhagwati sobre la especial significación de la legitimación activa amplia en el caso de la India: «la Suprema Corte de la India encontró que el principal obstáculo que privaba a los pobres y a los desaventajados de un efectivo acceso a la justicia eran las reglas tradicionales sobre legitimación, que insistían en que solo una persona que había sufrido un agravio legal específico en razón de una violación actual o una amenaza de violación sobre sus derechos o intereses jurídicamente protegidos puede iniciar una acción para una reparación judicial». Vid. Gargarella (2008: 317).

³² Esta figura, según la Corte Constitucional de Colombia puede declararse cuando se presenten algunos de los siguientes elementos: a) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; b) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; c) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; d) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; e) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; f) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Corte Constitucional de Colombia T-025/2004).

³³ Como ha destacado Clara Inés Vargas Hernández, en Estados Unidos se inicia a través del caso conocido como *Brown II* un rumbo diferente en la forma de abordar los procesos donde se discute la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, dando pie al examen estructural y colectivo al que aquí se alude. En efecto, a través de la figura de los *structural remedies*, la Suprema Corte enfrentó la situación estructural de discriminación racial en las escuelas públicas americanas a inicios de los años sesenta, rediseñando el proceso a través de estas nuevas características: a) la acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un *statu quo* injusto, b) el proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas, c) los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas, d) la sentencia no tiene solo efectos interpartes, e) la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo, f) el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación, y g) la finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales (Vargas Hernández 2003: 211).

los derechos sociales se ha enfrentado sin embargo a duras críticas. En primer lugar, se ha dicho que las órdenes dictadas por las cortes para corregir o implementar una determinada política invade la competencia de los órganos políticos para fijar las prioridades de la política social y no toma en cuenta la necesidad de definición técnica de estas materias que le corresponde a los órganos de gobierno y no a las cortes. En segundo lugar, se ha criticado que muchas de estas órdenes carecen de la garantía necesaria para su adecuado cumplimiento o implementación, por lo que las sentencias terminan siendo meramente retóricas, lo cual no favorece la autoridad de las cortes y deslegitima a la justicia constitucional.

Para enfrentar dichas críticas la justicia constitucional ha brindado tres soluciones distintas, privilegiando alguno de los factores señalados en el párrafo anterior sobre otro, o tratando de llevar a cabo un adecuado equilibrio de los mismos, de modo que la sentencia que ordena deberes positivos al Estado en el diseño de la política pública, no sea ni invasiva ni carezca de la fuerza suficiente para no ser cumplida por los órganos demandados. En este contexto, las sentencias que protegen derechos sociales, de modo colectivo, pueden clasificarse en:

2.1. Sentencias declarativas

El caso más emblemático en la jurisprudencia comparada sobre este tipo de sentencia es el *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica³⁴. Aquí la Corte no solo asiente en la permanencia de un grupo de personas sin techo en el lugar que habitaban hasta que el Estado no les brindara refugio seguro y adecuado, sino que ingresa a controlar la política de provisión de vivienda llevada a cabo por el Estado sudafricano. En este contexto, luego de aplicar un test de razonabilidad a dicha política, «declara» la inconstitucionalidad de la misma, desde que esta no ofrecía plan alguno de provisión de vivienda a los más pobres, que eran justamente quienes habían sufrido el régimen de discriminación del *apartheid*. Sin embargo, la declaración efectuada por la Corte no aparejaba ninguna orden específica, sino solo declaraba la obligación general del Estado de incluir dentro de la política de vivienda un plan especial para atender a las poblaciones más necesitadas de vivienda.

Esta sentencia si bien ha sido elogiada por no ser invasiva de las competencias del Gobierno para fijar la política de vivienda, dado que no contenía ninguna orden concreta, respetando de ese modo el principio de separación de poderes y la capacidad técnica del Gobierno, también ha sido criticada por no haber establecido

³⁴ Este caso en Brand (2009: 501-502).

ningún sistema de vigilancia y control de la obligación fijada en la sentencia, con lo cual la hizo, según un sector doctrina, inoperativa en la práctica.

2.2. Sentencias de condena con órdenes específicas

La jurisprudencia comparada también ha registrado casos donde, contrariamente al supuesto anterior, las cortes han fijado de modo muy minucioso la conducta que debían seguir las autoridades encargadas de remediar el déficit constitucional presentado. Así por ejemplo, se sitúa en esta perspectiva el caso sobre la reforma del sistema carcelario en Colombia, donde se aplicó la figura del estado de cosas inconstitucional y se dictaron órdenes complejas para superar el problema.³⁵ Del mismo modo, el caso de financiamiento de los créditos para vivienda en Colombia, cuyo parámetro fue fijado por la misma Corte.³⁶ Igualmente, en Estados Unidos también se produjeron fallos donde se ordenaba la reforma estructural del sistema carcelario, de vivienda y educativo, con órdenes tan precisas en el caso del sistema carcelario como el número de guardias que debían ser contratados o los detalles del diseño de las instalaciones carcelarias (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2009: 358).

En nuestro país, puede situarse en esta categoría los casos Ramón Medina Villafuerte y la STC 3081-2007-PA/TC, sobre salud mental y que ya han sido reseñados en este trabajo. En estos casos, justamente el Tribunal al apreciar una amplia problemática en la política pública de salud mental ingresa a examinar diversos aspectos de dicha política y si bien no existe una condena concreta, sí llega a exhortaciones muy concretas: a) Exhortar al Ministerio de Salud y al Seguro Social de Salud (EsSalud) que implementen un organismo público descentralizado, o un órgano de línea, o una unidad rectora, o un órgano de dirección, que conduzca, dirija y supervise exclusivamente la aplicación y cumplimiento de las políticas de salud mental; b) Exhortar al Ministerio de Salud y al Seguro Social de Salud (EsSalud) para que en la mayoría de sus hospitales brinden atención psiquiátrica; c) Exhortar al Ministerio de Economía y Finanzas a que solicite ante el Congreso de la República la aprobación de un crédito suplementario a fin de que el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud (EsSalud) implemente las presentes exhortaciones; y d) Exhortar al Congreso de la República y/o al Ministerio de Salud que amplíen la cobertura del Seguro Integral de Salud para la atención de las enfermedades y/o trastornos mentales o del comportamiento, en cumplimiento del artículo 7 de la Constitución.³⁷

³⁵ Corte Constitucional de Colombia T-153/98.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia C-700/99.

³⁷ STC 2480-2008-PA/TC.

Por su parte, en el caso del Instituto Nacional de Salud Mental «Honorio Delgado-Hideyo Noguchi», el Tribunal Constitucional llega a dictar el siguiente mandato:

Se ordena que, dentro de las previsiones presupuestarias, la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental ‘Honorio Delgado-Hideyo Noguchi’ ejecute las correcciones adecuadas en el espacio destinado a sus pacientes (hábeas corpus correctivo) en el sentido de una mejor separación entre los pacientes hombres y mujeres, y crear un espacio destinado al tratamiento diferenciado de los pacientes adolescentes, sobre la base de la tutela prevista en el artículo 4 de la Constitución.³⁸

Por último, en el caso de la defensa judicial de la ONP, donde el Tribunal declaró el estado de cosas inconstitucional de la defensa efectuada por los estudios jurídicos contratados por el órgano rector de las pensiones, se dictó la orden al Poder Ejecutivo de reordenar el sistema de defensa judicial y contratación de estudios jurídicos que, hasta ese momento, solo ejercían una labor dilatoria en los procesos judiciales sobre derechos pensionarios.

La crítica a este tipo de fallos ha venido pues desde el argumento de la separación de poderes y del contenido altamente político de las sentencias y de la facultad incorrectamente arrogada de las cortes de definir la política estatal en materia social. Pero no solo ello, sino que muchos de estas sentencias han sido criticadas por no haber establecido formas de seguimiento al cumplimiento de las mismas o que la fuerza de las cortes no ha sido la suficiente para llevar adelante su implementación; con lo cual —se ha dicho— el activismo judicial mostrado en dichos casos ha terminado siendo desprestigiado por la realidad de incumplimiento al que se enfrentó. Ello ha ocasionado, en no pocas instancias, el repliegue de los jueces en la protección estructural y compleja de los derechos sociales y en el control de las políticas públicas (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2009: 342).

Por ejemplo en nuestro país, no se conoce ni existen estudios que reflejen la medida en que las órdenes o exhortaciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los casos citados han sido implementadas o llevadas a cabo por las autoridades correspondientes.

³⁸ STC 5842-2006-PHC/TC.

2.3. Sentencias de condena con orden de implementación posterior: la jurisprudencia dialógica

Con el objeto de superar las críticas efectuadas a la jurisprudencia constitucional protectora de los derechos sociales en casos colectivos, la Corte Constitucional de Colombia ha ideado una nueva forma de estructurar los fallos, cuidando no solo la preservación del principio de separación de poderes y el principio democrático, sino también vigilando que se implemente lo decidido en la sentencia.

El prototipo de esta clase de sentencia es la dictada en el caso del Desplazamiento Forzado producto del conflicto armado interno en Colombia,³⁹ donde se declaró el estado de cosas inconstitucional de la política pública que atendía a la población desplazada y se ordenó la implementación de una política acorde con los derechos fundamentales y principios constitucionales exigibles para este grupo que gozaba de especial protección constitucional.

En este caso, sin embargo, las órdenes no son detalladas y solo se señalan los compromisos que debe asumir el Estado de cara al respeto de los derechos fundamentales de la población desplazada; sin embargo introduce la Corte Constitucional una nueva metodología para afrontar el cumplimiento de su sentencia y exigir el cumplimiento de las obligaciones señaladas en la sentencia. Así, la determinación de las medidas a adoptarse será posterior a la sentencia y se irá definiendo en el marco de audiencias participativas donde participen las autoridades estatales implicadas y los beneficiarios y actores sociales involucrados. En dicho contexto, hasta julio de 2009, la Corte Constitucional ha dictado 80 autos de seguimiento de su sentencia, donde se han fijado, cada vez de modo más estricto, las medidas que deben ser implementadas por el Gobierno para satisfacer los derechos fundamentales de la población desplazada. A su vez, dichos autos han sido producto de 12 audiencias participativas, donde se ha discutido la implementación de la sentencia entre las autoridades involucradas y la propia población desplazada, así como de otros actores sociales relevantes.

Las virtudes de esta nueva metodología de implementación dialógica de los fallos han sido anotadas como el carácter fuertemente democrático de las audiencias participativas, donde se da voz a la población afectada y se conjuga junto con el gobierno la solución más óptima posible, produciendo un acercamiento que de otro modo no sería factible. Contrariamente a lo que indican los críticos del activismo de las cortes, la jurisprudencia dialógica no pretende la confrontación con la autoridad política o el menoscabo del principio de separación de poderes

³⁹ Corte Constitucional de Colombia T-025/2004

y, menos aún, del principio democrático; sino que busca justamente activar el sistema democrático por otra vía. Así, el «efecto desbloqueador» del sistema es, según sus defensores, su principal virtud (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2009: 362-365).

Por otro lado, estas sentencias tienen un efecto indirecto en el empoderamiento de los actores sociales que reclaman la protección de sus derechos fundamentales. Así, convierten a estos, luego de la sentencia, en actores legítimos de un reclamo que va a tener cauces institucionales para ser atendido. Deja pues la vigilancia de los fallos a los propios ciudadanos de a pie, quienes serán los que conminen al gobierno a cumplir, pero ya no como un simple reclamo, sino como una exigencia establecida por la propia Corte (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2009: 357-362).

En nuestro país, dado que el Tribunal Constitucional no ha asumido la posibilidad de vigilar el cumplimiento de sus propias decisiones no ha practicado aún esta forma de implementación de las sentencias constitucionales en casos de derechos sociales.

2.4. El empleo de las sentencias manipulativas

Por último destaca también el uso de sentencias interpretativas-manipulativas, que ha servido, en algunos supuestos, para reparar la inconstitucionalidad detectada en materia de derechos sociales. En particular, destacan dos casos relevantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: uno primero referido a la extensión de las pensiones de viudez para las uniones de hecho, y el otro, respecto a una causal no establecida para la libre desafiliación en el sistema de pensiones. A ellas, nos referiremos brevemente.

En primer lugar, podemos reseñar el caso de un proceso de amparo en el cual, el Tribunal Constitucional ordenó incluir a las uniones de hecho dentro de los supuestos establecidos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990, a efectos de que el o la conviviente pueda percibir también una pensión de viudez cuando ello corresponda, al igual que las uniones matrimoniales. De esta forma, el Tribunal equiparó el tratamiento que los sistemas privado y público de pensiones otorgaban a las uniones de hecho en lo relativo a las pensiones de sobrevivencia. Con esta decisión, no cabe duda que el Tribunal emitió una auténtica sentencia manipulativa (aditiva) al interior de un proceso de la libertad, en la medida que estableció un supuesto que la ley no contemplaba expresamente. Esta argumentación le permitió al Tribunal garantizar a plenitud el derecho fundamental a la pensión de los convivientes.⁴⁰

⁴⁰ STC 06572-2006-PA/TC.

Por otro lado, debe mencionarse el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Libre Desafiliación Informada.⁴¹ En esta ocasión, el Tribunal declaró inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la «indebida, insuficiente y/o inoportuna información» como causal de nulidad del acto de afiliación al sistema privado de pensiones. De este modo, el Tribunal suplió a través de una sentencia manipulativa (también aditiva) una omisión inconstitucional imputable al legislador, pero que afectaba directamente los derechos fundamentales a la información y a la pensión. Por lo demás, cabe indicar que ya el Tribunal había establecido, de manera previa a esta decisión, cuáles eran aquellos supuestos habilitantes que, de conformidad con el artículo 11 de la Constitución, justificaban el retorno del pensionista al sistema público de pensiones. Desde esta perspectiva, pues, la sentencia bajo comentario no solo cumplió el papel de proteger los derechos fundamentales de los afiliados, sino que también se encargó de garantizar la eficacia de la interpretación realizada por el propio Tribunal en su anterior jurisprudencia.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y Laura PAUTASI

2008 «El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina». *Salud Colectiva*, N° 4 (3), septiembre-diciembre. Buenos Aires. Disponible en <http://www.unla.edu.ar/public/saludColectivaNuevo/publicacion12/index.php>.

BRAND, Danie

2009 «El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?». En Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría (editores). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

GARGARELLA, Roberto

2008 «Primeros apuntes para un estudio de la legitimación (*standing*)». En Roberto Gargarella (coordinador). *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan

2010 «Dimensión individual y dimensión colectiva en la protección de los derechos sociales. Reflexiones a partir del caso Dongo Coronado». *Actualidad Jurídica*, Tomo 196, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

⁴¹ STC 00014-2007-PI/TC.

LONDOÑO TORO, Beatriz; Angélica González Acosta y Gerardo Figueredo Medina
2009 «Diagnóstico del impacto de la ley colombiana de acciones populares y de grupo en sus primeros diez años de vigencia. Resultados de investigación». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 126, septiembre-diciembre, México.

PNUD

2009 *Informe sobre Desarrollo Humano Perú 2009. Por una densidad al servicio de la gente*. Parte I: las brechas en el territorio; y Parte II: una visión desde las cuencas.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO

2009 «Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia». En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (editores). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés

2003 «La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”». *Estudios Constitucionales*, Año 1/vol. 1, N° 001. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales.