

APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES EN EL PERÚ Y LOS ALCANCES DE SU JUDICIABILIDAD

COMMENTS ON THE EVOLUTION OF SOCIAL, ECONOMIC AND CULTURAL RIGHTS IN PERU AND THE SCOPE OF ITS JUDICIABILITY

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera*

Pontificia Universidad Católica del Perú y
Tribunal Constitucional del Perú

Alberto Cruces Burga**

Pontificia Universidad Católica del Perú

Are social, economic and cultural rights really enforceable rights? Is their nature different from those of the civil and political rights? What does our Constitution state on the matter? What is the posture that national and international jurisprudence have adopted regarding the issue?

In the article at hand, the authors challenge the common conception about those rights, and analyze the work done by the Peruvian Constitutional Court on the matter.

KEY WORDS: *Social, economic and cultural rights; Peruvian Constitutional Court; programmatic rules; enforceable rights.*

¿Son los derechos económicos, sociales y culturales exigibles realmente? ¿Su naturaleza es distinta a la de los derechos civiles y políticos? ¿Qué establece nuestra Constitución al respecto? ¿Cuál ha sido la postura de la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia?

En el presente artículo, los autores cuestionan la concepción que normalmente se tiene de dichos derechos, y analizan la labor que ha desarrollado el Tribunal Constitucional peruano al respecto.

PALABRAS CLAVE: *Derechos económicos, sociales y culturales; Tribunal Constitucional peruano; normas programáticas; derechos exigibles.*

* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Fue Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex Director General de la Academia de la Magistratura. Ex Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros. Ex Presidente de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN). Ex Vicepresidente de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Ex integrante del Comité Consultivo de la Comisión de Justicia del Congreso de la República. Ex integrante del Consejo Consultivo de la Presidencia del Poder Judicial. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), así como en otras universidades peruanas. Profesor visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck de Alemania, así como en universidades de Italia, Francia, España, Latinoamérica, entre otros. Magistrado del Tribunal Constitucional. Miembro e integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, del Consejo Directivo de la Red peruana de Docentes de Derecho Constitucional, así como de las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Presidente Honorario del Comité Académico del próximo Congreso Mundial de Justicia Constitucional. Contacto: eaespino@pucp.edu.pe.

** Abogado. Ex asesor legal del Poder Judicial. Adjunto de docencia en el área Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Contacto: alberto.crucesb@pucp.pe.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Mucho es lo que se ha dicho y escrito sobre el ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en adelante, DESC] y, además, sobre temas como los de su efectividad y judiciabilidad. En este escenario, la experiencia peruana tiene algunos interesantes aspectos que conviene reseñar y analizar para así —de un lado— desarrollar algunas líneas acerca de lo que puede ocurrir en el Perú al respecto; y —junto a ello— poder efectuar reflexiones más generales sobre la posible evolución de esta materia.

Y es que —dentro de las particularidades del caso peruano— se puede señalar que, luego de un reconocimiento puntual de algunos de estos derechos en nuestras Constituciones anteriores al constitucionalismo social, se procede a una incorporación de aquellos, lo cual tiene su plasmación más desarrollada en la Constitución Política del Perú de 1979. Ahora bien, frente al tratamiento —que muchas personas califican de incompleto— de los DESC en la carta peruana vigente, puede además constatarse cómo —con marchas y contramarchas— el Tribunal Constitucional [en adelante, TC] peruano, en una dinámica de “constitucionalización del Derecho” y de desarrollo de funciones que hoy le son reconocidas como propias, ha ido incorporando más elementos al respecto que los específicamente recogidos en 1993, o ha ido potenciando los alcances de estos últimos.

Justo es anotar que lo hasta hoy realizado en el Perú —si bien no exento de cuestionamientos— también demuestra cómo ello implica hacer frente a algunos retos, algunos de los cuales aquí siquiera trataré de enunciar.

Entonces, el desarrollo a seguir en el presente texto será el siguiente: (i) en primer lugar, se presentará a grandes rasgos la evolución del caso peruano hasta la aprobación del texto de la Carta de 1993; esta evolución del escenario, sin duda con muchos puntos de contacto con lo ocurrido en varios países de América Latina, dejaba una situación frente a la cual la labor jurisprudencial estaba llamada a cumplir un rol muy relevante; (ii) en segundo término, y de la mano con el nuevo rol que hoy se otorga a la judicatura constitucional, así como con los aportes que —en la lógica de construir un Derecho común— ha hecho sobre todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al respecto, pasaremos a señalar cuáles han sido los principa-

les aportes jurisprudenciales del TC peruano con respecto a los DESC; y, (iii) finalmente, y a modo de una puntual reflexión en función a lo descrito en los puntos anteriores, buscaremos efectuar una referencia a los retos actuales del escenario peruano al respecto, con algunas ideas que incluso pueden proyectarse más allá de lo previsto y discutido en nuestro país.

II. APUNTES ACERCA DE LA EVOLUCIÓN DEL CASO PERUANO AL RESPECTO HASTA LA APROBACIÓN DEL TEXTO DE LA CARTA DE 1993

A. El escenario previo a la Constitución de 1979

La preocupación por materias vinculadas a lo social o económico se aprecia desde los primeros textos constitucionales peruanos. Así, por ejemplo, ya los artículos 182 y 184 de la Constitución de 1823 reconocían a la instrucción y al acceso a centros educativos como derechos. Pautas de reconocimiento con similar tenor encontramos en las Constituciones de 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867, ya no sólo frente a la instrucción, sino también frente a derechos como los relativos a la propiedad y a la libertad de trabajo, industria o comercio.

Lo expuesto —que, por cierto, también se presentó en otros Estados latinoamericanos— merece siquiera una puntual reflexión. Como bien anotan muchos autores¹, tradicionalmente la fundamentación teórica de los derechos sociales había sido configurada tomando en cuenta criterios: (i) históricos (los derechos sociales constituyen una segunda generación de derechos, tras la de los derechos civiles y políticos); (ii) filosóficos (los derechos sociales sólo guardan una relación indirecta con la dignidad humana, de manera que, axiológicamente, se subordinan a los derechos civiles y políticos); (iii) teóricos (los derechos sociales se presentan estructuralmente como derechos distintos a los civiles y políticos); y, (iv) dogmáticos (los derechos sociales no gozan del mismo nivel de tutela que los derechos civiles y políticos). Sin embargo, y como también se verá a lo largo del presente trabajo, hoy estos criterios son puestos en entredicho y son revisados atendiendo a la génesis, evolución y proyección actual no sólo de los derechos sociales, sino también de los derechos económicos o culturales.

Hay quienes incluso hablan de la necesidad de reconstruir el criterio histórico antes utilizado, pues

¹ Una buena síntesis de esta postura la encontramos en: ANGUITA SUSI, Alberto. “La problemática de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales en España”. En: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy; RUIZ-RICO, Gerardo y Alberto DEL REAL (Coordinadores). “Tutela de derechos en sede jurisdiccional”. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial. 2012. pp.33-42.

se alega que los DESC no aparecen siempre durante el denominado “constitucionalismo social”, sino que existía ya un reconocimiento a los mismos en textos como la Constitución de Filadelfia de 1787 o la Constitución francesa de 1793, línea también seguida por textos contruidos de la mano de las revoluciones generadas durante el siglo XIX.

Ahora bien –ciñéndonos a lo previsto en el caso peruano–, la mención de algunos DESC en todas nuestras Constituciones promulgadas a lo largo del siglo XIX, más que ir de la mano con lo que hoy entendemos como derechos (potestades de hacer o no hacer exigibles al Estado y particulares, que a su vez inspiran la comprensión de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto), constituía más bien afirmaciones de corte declarativo (muchas veces redactadas en tónica de obligaciones que debe atender el Estado) recogidas en textos constitucionales sin el carácter normativo que hoy éstos reclaman, y que –además– solían ser producto de consensos políticos muy fugaces, por no decir inexistentes.

En cualquier caso, en el Perú bien puede decirse que es de la mano con el discurso y la prédica del constitucionalismo social que a los derechos sociales se les reconoce un verdadero carácter de derechos. Además, el reconocimiento de una mayor preocupación constitucional por la actuación del Estado y los particulares en la economía permitió hablar de derechos económicos.

Los textos de las Constituciones peruanas de 1920 y 1933 iban en ese sentido. Ambos textos tenían algunas disposiciones que bien convendría reseñar, siquiera a modo de ejemplo. Así, la Carta de 1920 ya hablaba de “garantías sociales”, siguiendo la línea establecida en Francia, donde se consideraba a los derechos y garantías como sinónimos ya que el mero reconocimiento de una situación como derecho implicaba que este se encontrara debidamente garantizado. En otras palabras, ya se recogía en el Perú a los DESC, sin mucha distancia en el tiempo con Querétaro (1917) o Weimar (1919), con una entidad y tratamiento propio.

La Constitución de 1920 cuenta, además, con un desarrollo muy prolijo de algunos derechos –como el relativo a la educación–, y establece una participación más directa del Estado en la regulación de otros, como el relativo a la propiedad, a la libertad de comercio o industria, o al trabajo. Frente a lo expuesto, también conviene resaltar algunas novedades recogidas en la Carta de 1933. Allí, por ejemplo, se otorgan nuevas competencias al Estado, como la relativa al fortalecimiento de la conservación y difusión de la pequeña y mediana propiedad rural, a la promoción de la participación de

los trabajadores en los beneficios de las empresas, o a la instauración de un sistema previsional. Se señala, además, que la propiedad debe manejarse en armonía con el interés social.

Sin embargo, lo recientemente mostrado debe ser leído con beneficio de inventario. Y es que, en puridad, las Cartas de 1920 y 1933 no gozaban del carácter normativo ni del de referente para la comprensión y aplicación del resto del ordenamiento jurídico, actualmente invocado como propio de toda Constitución. Y por si ello no fuese considerado suficiente, el carácter claramente semántico del texto de 1920 y las múltiples interrupciones introducidas por gobiernos militares o por regímenes que asumieron plenos poderes al funcionamiento democrático de nuestros gobiernos durante la (más formal que real) vigencia de la Constitución de 1933 restaron efectiva relevancia tuitiva a dichas Constituciones.

Es recién con la aprobación y entrada en vigencia de la Constitución de 1979 que podemos hablar de significativos cambios al respecto, materia que de inmediato se pasará a analizar.

B. Lo sucedido de acuerdo con lo previsto en la Constitución de 1979

La Constitución peruana de 1979 tiene muchas virtudes cuya relevancia no puede ser soslayada. La más importante de ellas, sin duda alguna, es que fue la primera en tener realmente vocación normativa. Además, y muy a despecho de algunas limitaciones o dificultades, fue la primera que de cierta manera cumplió esa labor. Es, pues, en ese contexto que posee un mérito adicional: es la primera que, en rigor, otorga un tratamiento sistemático a los DESC.

Procede, entonces, explicar con mayor detalle lo que acaba de sostenerse. Y es que, luego de una enumeración en su artículo 2 de –básicamente– derechos civiles y políticos (aunque allí también se menciona a DESC como los relativos a la propiedad, libertad de contratar, libertad de trabajo, los cuales luego desarrolla) y una cláusula de derechos implícitos (artículo 4), dedica capítulos completos a: (i) la seguridad social; (ii) la salud y el bienestar; (iii) la educación, la ciencia y la cultura; o, (iv) el trabajo. De otro lado, se reconoce rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos (artículo 105), lo cual, en la lógica de promover una comprensión en óptica del desarrollo de un Derecho común, facilitaba un mayor margen de protección a los DESC. Finalmente, incluye todo un título sobre régimen económico, con capítulos sobre la actuación del Estado en la economía, sobre regulación de propiedad, etcétera.

Ahora bien, la Constitución de 1979 –incorporación históricamente tardía en el Perú de elementos del Estado de Bienestar, así como intento de inclusión o reconocimiento de aquellos aspectos considerados como logros del autodenominado “Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas” que manejó el país entre 1968 y 1980– no tuvo un escenario favorable para mantener lo que había planteado a nivel de los DESC.

Y es que, además de recurrirse a argumentos –que podríamos considerar como “clásicos”– para poner en entredicho la plena vigencia y el carácter fundamental de los DESC, tales como: (i) reconocimiento en ellos de una mayor libertad de configuración al legislador; (ii) la necesidad de una mayor disposición de recursos; o, finalmente, (iii) la adopción de ciertas fórmulas como la de la distinción entre normas operativas y normas programáticas, utilizada por la Corte Constitucional italiana, o, tal como lo señala el TC español, la del reconocimiento de estos derechos como “principios rectores” que no admiten tutela mediante Amparo directo. Sin embargo, también se presentaron otros factores.

Uno de estos factores fue –qué duda cabe– los efectos –en primer lugar– de la llamada “crisis del petróleo”; y, luego, los cambios a nivel mundial en la hegemonía política (caída de la bipolaridad) y en la economía política (consenso de Washington). En el Perú, además, tuvo enorme relevancia el fenómeno subversivo, que perjudicó tanto a nuestro país durante la década de los ochenta y buena parte de los noventa.

Se llegó, entonces, a un escenario de concentración del poder público y de liberalización en lo económico; liberalización, a la vez, acompañada de un escenario que muchos consideran menos tuitivo en lo social. Es en ese contexto en que se elaboró la Carta de 1993.

C. Lo recogido en el texto de la Carta de 1993

Si analizamos lo previsto con respecto a los DESC en la Carta de 1993, se puede constatar cómo allí, en comparación con lo dispuesto en la Constitución de 1979, se hace un desarrollo menos detallado de los derechos en general, y de los DESC en particular. Sin corresponder aquí hacer un juicio de valor sobre las virtudes o los defectos que ello implica, fácilmente puede anotarse cómo, por ejemplo, en el capítulo denominado «De los derechos sociales y económicos» se reúnen varios derechos que antes se abordaban en detalle en capítulos distintos (educación, salud, seguridad social, trabajo).

Además, el tratamiento dado a algunas materias, siempre en comparación con lo previsto en la Cons-

titución de 1979 al respecto, no incluye algunos aspectos que sí estaban presentes en su antecesora. De otro lado, el énfasis otorgado al tratamiento de determinados derechos varía drásticamente. Por citar un caso bastante notorio, ahora en la Carta de 1993 se dice que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común; la Constitución de 1979 invocaba que la propiedad debía ejercerse en armonía con el interés social.

Finalmente, y si se revisa la literalidad del texto de lo aprobado en 1993, puede apreciarse cómo allí no se reconoce expresamente rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos. Debe tenerse presente que, en la lógica de lo que muchos han considerado como la configuración de un Derecho común, se ha fortalecido o detallado la comprensión de los derechos fundamentales en general, y la de los DESC en particular. Se llegó, entonces, a una situación que recién a inicios del siglo XXI comenzaría a cambiar, materia que pasaremos a desarrollar de inmediato.

III. APUNTES SOBRE LOS APORTES JURISPRUDENCIALES DEL TC PERUANO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DESC, BÁSICAMENTE A LO LARGO DEL SIGLO XXI

Basta con efectuar una rápida mirada a lo sucedido en estos últimos años en el Perú para constatar cómo la labor del TC peruano, en una lógica que algunos asumen como propia de la “constitucionalización del Derecho” (y, más propiamente, de una “constitucionalización transformación”), está inspirada por las nuevas funciones que asumen los tribunales constitucionales y por el aporte de la jurisprudencia de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante, CIDH]. Cobra aquí, entonces, especial relevancia el comprender estos diversos factores [constitucionalización del Derecho, rol de los TC, aporte de órganos como la CIDH], puntos a analizar de inmediato.

A. La constitucionalización del Derecho y el actual rol e incidencia de los TC en la materia

En tanto y en cuanto hoy la Constitución no es solamente una norma jurídica (o, en puridad, un conjunto normativo), sino también un parámetro de validez formal y material de todo el ordenamiento jurídico, se genera un fenómeno que Favoreu denominó como “constitucionalización del Derecho”; con efectos directos (“constitucionalización judicialización”, “constitucionalización elevación” y “constitucionalización transformación”) e indirectos (“modernización del Derecho”, “unificación del orden jurídico” y “simplificación del orden público”). Corresponde, entonces, rescatar lo referido a la “constitucionalización transformación”: las

diferentes disciplinas e instituciones jurídicas —entre ellas, los derechos— deben ser comprendidas conforme a lo dispuesto en la Constitución y a la interpretación (vinculante) de ésta.

Esto otorga una importante responsabilidad a intérpretes vinculantes de una Constitución como lo es el TC peruano, que tendrá un rol central en la configuración de los derechos en general. Estamos, pues, ante la habilitación al TC para emprender la tarea interpretativa, cuyos alcances aquí siquiera se van a reseñar.

Y es que hoy los TC no son solamente legisladores negativos; ni siquiera legisladores complementarios. Son o deben ser, ante todo, agentes de integración social en nuestros respectivos Estados. Dicho con otras palabras: deben ser promotores de: (i) cohesión social (buscar la cohesión de todos y de cada uno con su comunidad política en particular); (ii) inclusión (facilitar la incorporación de todos al circuito político, económico y social existente, con pleno respeto de su derecho y cultura); (iii) reconciliación (generar un clima de superación colectiva de coyunturas que fueron muy difíciles para el conjunto); y, (iv) búsqueda de un escenario con ausencia de conflictos, labor preventiva de innegable relevancia.

Es más, estamos en un escenario en donde, en mérito a lo expuesto, se reivindica para los TC funciones: (i) republicanas (afirman valores constitucionales y potencian aquellos principios o valores que se desprenden de la Constitución); (ii) reconciliadoras (trabajan para, sobre la base de parámetros constitucionales, superar difíciles coyunturas del pasado); (iii) moderadoras (cumplen un rol de mediación para, así, buscar evitar la generación de conflictos y propiciar consensos); y, (iv) racionalizadoras (buscan generar respuestas razonables y predecibles), sin que ello —por cierto— implique que no exista un cuestionamiento a la legitimidad con la cual se asumen esas tareas y una preocupación por los límites dentro de los cuales debe entenderse esta labor².

Es, pues, en este escenario que —no sin algún cuestionamiento— se entiende la labor de jueces y juezas constitucionales de especificar los alcances de las diferentes instituciones jurídicas, en general, y de las propias de los DESC, en particular. Ello, máxime si, lejos de lo planteado por la hermenéutica

clásica, se entiende que las labores de interpretación constitucional implican una tarea de concreción, o —dicho con otras palabras— donde justamente la responsabilidad de un intérprete vinculante de la Constitución tiene un sentido creativo (donde la actividad interpretativa completa el contenido de la norma que interpreta)³.

Ahora bien, esta explicación sobre las nuevas competencias —o la nueva manera de concebir las competencias de los jueces y las juezas constitucionales— resultaría incompleta si no se tomara en cuenta otro factor, máxime si se está hablando de la comprensión de los alcances de los derechos: el de los aportes de la jurisprudencia de órganos, como los tribunales dedicados a la protección internacional de los derechos.

B. Los DESC como derechos

Luego de la Segunda Guerra Mundial, va progresivamente apareciendo una nueva comprensión de la fundamentación teórica de los derechos. Y es que, si se entiende a la dignidad como valor y principio fundamental de todos los derechos, tiende a debilitarse la distinción entre los derechos civiles y políticos y los DESC.

Cierto es que, en un primer momento, más bien aparecen Constituciones bastante comprensivas de derechos y garantías sociales, como la italiana de 1947, en contraposición al fascismo precedente; o la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que, sin recoger el detalle de otros textos, permite —a raíz de la cláusula del Estado Social y de la dignidad humana— la construcción en el ámbito jurisprudencial de las obligaciones del Estado.

Es más: en ese contexto es que aparecen algunos instrumentos internacionales al respecto. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos [en adelante, DUDH] incluía el derecho al trabajo, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, a la vivienda, a la salud, a tomar parte de la vida cultural, entre otros. Sin embargo, dado el singular carácter de *soft law* de la Declaración, pronto se buscó también codificar estos acuerdos mínimos, promoviéndose así la suscripción de tratados que vincularan efectivamente a los Estados. Así, se formulan el Pacto de Derechos Civiles y Políticos —de un lado— y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, por el otro.

² Encontramos un desarrollo de estos conceptos en: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “¿Son los jueces y los tribunales constitucionales agentes de la integración social en nuestros países?” En: “El Derecho Constitucional del siglo veintiuno. Libro homenaje a Rubén Hernández Valle”. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas. 2015.

³ HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional” (Selección). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983. Ver, sobre todo, la p. 63.

Cabe resaltar que la separación en dos instrumentos internacionales distintos era singular pues en la propia DUDH los derechos recibían un trato conjunto que no establecía distinciones. Esta separación entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales sería, según algunos, “producto de los intereses políticos marcados en el contexto de la guerra fría, en donde se reflejaron los puntos de vista de los distintos bloques”⁴.

Coincidimos con Courtis en que esta distinción llevaba a ciertas situaciones que minimizarían el impacto del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales frente al Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

- a) En primer lugar –y a diferencia de lo prescrito en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos– aquí se hablará de “desarrollo progresivo” y del “máximo de los recursos disponibles”, así como de la cooperación y asistencia internacional como medio de realización de los derechos.
- b) De otro lado, el órgano de control no es creado por el pacto –como sí sucedió en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– sino que se encarga las labores contraloras a un órgano de Naciones Unidas.
- c) Finalmente, no se prevé para los DESC un mecanismo para presentar comunicaciones ante posibles incumplimientos de las obligaciones, ni se prevé un recurso para reclamar ello⁵.

Aun cuando muchos de estos problemas fueron abordados en los años siguientes, lo cierto es que la regulación existente en nuestras Constituciones e instrumentos internacionales vigentes hasta aquel momento llevó a que se dieran definiciones sobre los DESC que hoy son –por lo menos– puestas en entredicho.

En esa línea, se dijo que los derechos sociales eran intrínsecamente incompatibles con los derechos “liberales”, o que eran medios para la protección de estos últimos, estableciéndose así, implícita-

mente, una relación de jerarquía entre los derechos. También se dijo que: (i) sólo implicaban obligaciones positivas (en otras palabras, que no cabría afectación de los mismos por omisión); (ii) que tendrían eficacia diferida; o, (iii) que sólo podrían ser tutelables con intervención del legislador pues se encontraban contenidos en normas programáticas⁶.

Todas estas concepciones sobre los DESC llevaron a que estos –para muchos– en puridad no sean considerados derechos. Así –abundando en lo dicho anteriormente– se sostuvo que contienen obligaciones de prestación positiva antes que de prohibición de lesión, que su satisfacción implica “hacer” en vez de “no hacer”, que su violación no resulta de actos sancionables sino de omisiones no justiciables, y que son inviables como derechos por ser derechos caros⁷.

Ahora bien, sobre el carácter prestacional –el cual suele esgrimirse como principal condicionante para la falta de concreción de los DESC– es preciso anotar que tanto los derechos civiles y políticos cuanto los económicos, sociales y culturales requieren algún contenido prestacional para su satisfacción. Un claro ejemplo de esto sería el de la necesidad de generar condiciones desde el Estado para la celebración de elecciones, realizando complejas actuaciones –muchas veces muy costosas– sin las cuales el derecho a la participación política no podría verse satisfecho. De igual modo, el derecho a la propiedad –aun desde las perspectivas más liberales– requiere del Estado un sistema que garantice titularidades, desde el registro hasta la protección jurisdiccional⁸.

Queda así visto que, más allá de las distinciones teóricas entre unos y otros derechos, en la práctica se requieren actuaciones por parte de los Estados que vayan más allá de la mera abstención. El estándar propuesto por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales al respecto contiene tres tipos de obligaciones para los Estados: (i) las obligaciones de respetar, identificadas con las clásicas obligaciones de no interferir; (ii) las obligaciones de proteger, que com-

⁴ RUBIO, Patricio. “Los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Revista Derecho PUCP 71. 2013. pp. 201-230.

⁵ Ver: COURTIS, Christian. “Los derechos económicos, sociales y culturales”. En: PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Carlos; FERNÁNDEZ, Eusebio; DE ASÍS, Rafael y Francisco Javier ANSUÁTEGUI (Directores). “Historia de los Derechos Fundamentales”. Tomo IV. Volumen VI. Libro III. Madrid: Dykinson. 2014. Ver, sobre todo, la página 1598.

⁶ CHÁVEZ RABANAL, Mario. “Los derechos sociales y su configuración en el ordenamiento constitucional peruano”. En: “Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Asociación Peruana de Derecho Constitucional. UNAM: PUCP: IDEMSA. 2009. p. 199.

⁷ MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando. “Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Distrito Federal de México: Ubijus. 2015. p. 49.

⁸ Ibid. p. 77.

prenden la prevención de amenazas; y, (iii) las obligaciones de satisfacer, que llevan a tomar medidas concretas para permitir el goce de los derechos⁹.

En definitiva, hoy se puede afirmar que “[...] todos los derechos humanos necesitan de: (a) condiciones regulatorias que definan las circunstancias y consecuencias de su ejercicio, sin las cuales su propia existencia sería ininteligible, y (b) condiciones institucionales, como la creación de oficinas públicas, registros, etcétera, que son indispensables para otorgar certeza a los derechos; y todo ello requiere la acción positiva del Estado”¹⁰.

Apostándose, entonces, a dejar de lado una distinción entre derechos en función a estas consideraciones, se tendrá como consecuencia que la pertinencia de las demás objeciones planteadas a los DESC deba ser evaluada desde otra perspectiva. Así, ante la crítica sobre las limitaciones presupuestales para la satisfacción de los DESC (razón esgrimida para, en los hechos, negarles la condición de derechos), se observa que todo derecho humano va a requerir acciones del Estado que generen costos. Entonces, aun cuando se reconozcan limitaciones presupuestarias, los Estados pueden adoptar medidas para respetar, proteger y satisfacer los derechos.

Es en este escenario que debe comprenderse el relevante papel que cumplen los órganos de los sistemas internacionales de protección de derechos, máxime si ahora se está apuntando a la construcción de un Derecho común¹¹. Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha cumplido un rol en el desarrollo de estos derechos, muy a despecho de la limitación que le impone la propia naturaleza del Convenio Europeo de Derechos Humanos, centrado sobre todo en derechos civiles y políticos. Será con el *Caso Airey v. Irlanda (6289/73)*—decidido en 1979— que se reconocerán extremos económicos y sociales a los derechos reconocidos por dicho convenio.

En esa línea, el Tribunal Europeo ha ido pronunciándose sobre los alcances de los DESC, construyendo su argumentación sobre la base de la igualdad, como sucede en el caso *Muñoz Díaz v. España (49151/07)*—de 2009— donde concede pensión de viudez en razón de un rito no reconocido por el ordenamiento interno¹². De igual manera, el derecho a la salud obtiene un desarrollo sobre la base de una serie de casos sobre condiciones carcelarias; entre ellos: *Soering v. Reino Unido (no. 14038/88)*, *N. v. Reino Unido (26565/05)*, *Orchowski v. Polonia (17885/04)*, *Norbert Sikorski v. Poland (17599/05)*, y *Peers v. Grecia (28524/95)*¹³. El esfuerzo por abordar el tema de los DESC e ir otorgando mayores elementos para su configuración es, a todas luces, evidente.

De otro lado, la protección de los DESC en el sistema americano recorre un camino paralelo, con una cada vez mayor interacción con la protección de los derechos sociales en las Constituciones americanas¹⁴.

Pasando en un primer momento a revisar lo consignado en el mismo texto de la Convención Americana, destacan allí los artículos llamados “de frontera”, los cuales consagran principios o derechos que, no estando en rigor dentro de los que se consideran DESC, mantienen estrecha relación con los mismos. Entre ellos: (i) no discriminación; (ii) asociación para fines económicos, laborales, sociales, culturales; (iii) protección de la familia; y, (iv) prohibición de la usura y la explotación del hombre por el hombre¹⁵. Esto va a tener una gran utilidad para la labor interpretativa que se planteará continuación.

Ahora bien, la norma de la Convención que ha merecido mayor análisis y a la cual se recurre hoy como parámetro para la concretización de los DESC, es el artículo 26; bajo el inequívoco título de “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, señala los compromisos que asumen los Estados. Allí

⁹ Ibid. p. 81.

¹⁰ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. “Los derechos sociales en el debate democrático”. Madrid: Bomarzo. 2006. pp. 11-12. Citado por: MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando. Óp. cit. p. 83.

¹¹ Con esta expresión, me refiero al esfuerzo que, buscando terminar con las diferencias entre Derecho interno y Derecho Internacional, promueve una única comprensión del Derecho en función a los derechos y a la comprensión que hacen de los mismos los organismos con interpretación vinculante de los tratados sobre Derechos Humanos. Una estupenda síntesis de lo que implica este planteamiento la encontramos en: VON BOGDANDY, Armin. “*Ius constitutionale communale latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”. En: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego (Coordinadores). “El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo”. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2013. pp.39-66.

¹² PÉREZ ALBERDI, María Reyes. “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: Lex Social. Revista de los Derechos Sociales 1/2011 (julio-diciembre). 2011. p. 99.

¹³ Ibid. p. 100.

¹⁴ Ver: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos sociales y culturales”. En: Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional 9 (julio-diciembre). 2003. p.128.

¹⁵ Ibid. p.139.

se consagra la obligación de adoptar providencias para la efectividad de derechos sociales, obligación sujeta al principio de progresividad y que se efectúa de acuerdo a los recursos disponibles. Estas obligaciones se refuerzan en el Protocolo de San Salvador, que también exige explícitamente adoptar medidas internas —sean legislativas o no— para la protección de los DESC.

Sin embargo, debe mencionarse que el artículo 19.4 del Protocolo, referido a los medios de protección, señala que serán los derechos contenidos en el artículo 8.a (sindicalización) y 13 (educación) del Protocolo los que, mediante el procedimiento de petición individual, pueden llegar a la CIDH. Esto lleva a que —por un lado— el preámbulo del Protocolo reclame que “las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en su reconocimiento de la dignidad de la persona humana”; mientras que —por el otro lado—, citándonos a la literalidad de lo que se dice en el resto del texto del Protocolo, en realidad los derechos no tengan la misma oportunidad de protección.

Esta situación, además de constituir una crítica constante a lo previsto en el Protocolo, ha significado un límite importante para la labor de la CIDH en cuanto a los DESC. No es esta, lamentablemente, la única limitación del Protocolo; también cabe hacer mención a su omisión frente al tratamiento de temas que resultan de interés para nuestros países y que no fueron tomados en cuenta en el texto, como son los derechos de los pueblos indígenas o los derechos de los migrantes¹⁶.

Sin embargo, y muy a despecho de todas las dificultades, ya en su labor jurisprudencial la CIDH ha podido pronunciarse sobre su competencia para conocer casos relativos, cuando menos indirectamente, a DESC. Así, en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú*, relativo al pago de pensiones, si bien es planteado como un caso de protección judicial y de propiedad, el Estado peruano cuestiona que se vaya a tocar un tema pensionario que excede la competencia de la CIDH. Aunque, en el caso concreto, el incumplimiento del Estado ya estaba acreditado, la CIDH hace mención al artículo 26 (al cual, por cierto, la Comisión no había aludido en su planteamiento) para referirse a la obligación de tomar medidas para la satisfacción de los DESC, partiendo del hecho de que el derecho ya había sido reconocido por el TC peruano.

Como bien puede apreciarse, es así como la CIDH supera las restricciones de una lectura restrictiva de la Convención y el Protocolo para poder pronunciarse en materia relativa a los DESC. Sin embargo, justo es reconocer que también ha cuidado de no pronunciarse expresamente en casos de DESC, sino que —en ocasiones— se ha pronunciado incidentalmente, a propósito de casos referidos a otros derechos. En otros supuestos ha recurrido a mecanismos no contenciosos, como el de las opiniones consultivas, para emitir su punto de vista al respecto.

Esto se puede evidenciar en los pronunciamientos de la CIDH sobre la base de la existencia de deberes especiales del Estado frente a grupos vulnerables: (i) niñez (*Caso hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú* y *Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay*); (ii) personas desplazadas (*Caso “Masacre de Mapiripán” v. Colombia* denuncia); (iii) pueblos indígenas (*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*); y, (iv) personas con discapacidad (*Caso Ximenes Lopez v. Brasil*)¹⁷.

Asimismo, también es notable el pronunciamiento sobre aquellas medidas orientadas a regular una materia y prevenir sus posibles afectaciones —lo cual también se relaciona con los DESC— como en el *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, en donde se condiciona la emisión de concesiones madereras y mineras a la conformidad de garantías bastante concretas:

“[...] primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, con relación a todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante «plan de desarrollo o inversión») que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”¹⁸.

¹⁶ MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando. Óp. cit. p. 259.

¹⁷ Ibid. p. 283.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “*Caso Saramaka v. Surinam*”. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Fojas 129.

En cuanto al derecho a la salud, debe destacarse el Caso Instituto de Reeducación del *Menor v. Paraguay*, en el cual, en un análisis de condiciones de privación de la libertad, se encuentra al Estado responsable por violación de integridad personal, sobre la base de la falta de atención del ya mencionado derecho a la salud. Otros casos que se fundamentan de forma indirecta en violaciones al derecho a la salud son: (i) *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela*; (ii) *Caso del Penal Miguel Castro v. Perú*; o, (iii) el *Caso Cesti Hurtado v. Perú*¹⁹. Ahora bien, en particular, llama la atención el *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*, que, sin ser resuelto sobre la base del derecho a la salud, impone una reparación que obliga a crear un fondo destinado a programas de salud, vivienda y educación²⁰.

Finalmente, y acerca del derecho a la educación, destaca el *Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana* –planteado como un caso relativo a nacionalidad– en donde la afectación había consistido en la negatoria a estudiar en la escuela diurna. De igual manera, en varios casos la CIDH ha dispuesto como medida de reparación alguna referida a la educación, sea mediante becas, creación de fundaciones educativas, o directamente la creación de programas sociales, como sucede en el *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*²¹.

Es en este nuevo contexto, de redimensionamiento de las labores de los TC y de fortalecimiento de una dinámica de Derecho común destinada a fortalecer la defensa de los derechos sin generar distinciones entre ellos, que puede entenderse el importante cambio de perspectiva del TC peruano y su labor de desarrollo de los alcances de la Carta de 1993 –y de los DESC en particular–, tarea que de inmediato se pasará a reseñar.

C. Los DESC en la jurisprudencia del TC peruano

Para nadie es un secreto que la Carta de 1993 apareció en un contexto marcado por la controversia, y que –además– durante mucho tiempo se le acusó (con razón o sin ella) de ser un texto meramente semántico. No correspondiendo aquí pronunciarse sobre ese tema (acerca del cual, por cierto, ya se

han hecho múltiples pronunciamientos en anteriores oportunidades), toca más bien ahora referirse a una constatación a todas luces evidente: con relativamente pocas reformas formales (básicamente a todo el capítulo sobre descentralización), el texto de 1993 va a cumplir veinte años de haber sido aprobado, aun cuando subsisten voces que reclaman volver a la plena vigencia de la Constitución de 1979 o pasar a tener una nueva Carta en un futuro cercano.

Consideramos que una de las posibles explicaciones a lo constatado se encuentra en la labor realizada, sobre todo a partir del año 2000, por el TC peruano, y en su relevante participación en fenómenos como el de la “constitucionalización del Derecho”, el esfuerzo por la “constitucionalización de la política”, e –incluso– en la “convencionalización del Derecho”²². La labor del TC, en este sentido (justo es señalar que no exenta de cuestionamientos, marchas y contramarchas), ha sido vital para que la Carta de 1993, según la perspectiva que se quiera manejar, se consolide o convierta en un elemento que progresivamente permita justificar mejor la configuración de las relaciones de poder, la conformación del sistema de fuentes, y la modificación de la comprensión de diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones en el ordenamiento jurídico peruano. Sin ello no hubiese sido posible efectuar la labor jurisprudencial vinculada a los DESC que aquí siquiera procederá a reseñarse.

Puntos clave de la materialización de esta línea jurisprudencial fueron, sin duda alguna, las sentencias mediante las cuales se rescató el rango constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos y se determinó el alcance de la cláusula del Estado Social contenida en la Carta de 1993.

En los últimos años –qué duda cabe– se ha avanzado mucho en el respeto a los Derechos Humanos. En ello ha cumplido un papel muy importante el mayor acercamiento a la dinámica de un Estado abierto a las instituciones internacionales, que no se queda en una interesante pero insuficiente interacción, sino que se plantea en una lógica de verdadero diálogo, en la búsqueda de la construcción

¹⁹ MEJÍA RIVERA, Joaquín Armando. Óp. cit. pp. 387-390.

²⁰ Ibid. p. 387.

²¹ Ibid. p. 402.

²² Nombre que se le da al proceso por el cual comienzan a comprenderse nuestros distintos ordenamientos jurídicos estatales de acuerdo con los parámetros establecidos en los tratados sobre Derechos Humanos o por organismos con interpretación vinculante de los mismos. Los alcances de este fenómeno se encuentran desarrollados con mayor detalle, entre otros textos, en: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “Sobre la “convencionalización” del Derecho y de los derechos en el Perú: ¿alternativa posible y conveniente, o aspiración inalcanzable o incluso discutible?” En: NOGUEIRA, Humberto (Coordinador). “La protección de los Derechos Humanos y Fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Librotecnia. 2014.

de un Derecho común basado en una interpretación conforme a los derechos, y en la comprensión que de éstos hacen los tratados y los órganos con una interpretación vinculante de los mismos.

Para ello era especialmente relevante absolver un problema que podía deducirse de la lectura literal del texto de la Carta de 1993: allí solamente se reconocía expresamente la necesidad de una interpretación de los derechos conforme con los tratados de Derechos Humanos que hayan sido suscritos por el Perú. Ahora bien, si no se fijaba una postura sobre el rango constitucional de dichos tratados, esa pauta interpretativa quedaba debilitada. De allí la importancia de lo resuelto en el Caso “Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura”²³, en donde, luego de efectuar una interpretación sistemática de la Carta de 1993, se rescata para el ordenamiento jurídico peruano el rango constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos.

Allí ya se cuenta con un elemento interpretativo para enriquecer los alcances de una serie de derechos y bienes constitucionalmente protegidos (y, entre ellos, los de los DESC). Sin embargo, y como ya se había adelantado, también hay otro elemento a tomar en cuenta. Como es de conocimiento general, la Carta peruana de 1993 recoge en su artículo 43 la fórmula del Estado Social, la cual ha sido desarrollada por el TC:

“[d]e un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental, el Estado Peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, es un Estado que se ubica como opción intermedia entre los fines que por su propia naturaleza buscan el Estado Liberal y el Estado Social, lo que implica que nuestro Estado Constitucional de acuerdo con tales características, no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca”²⁴.

Sobre la base de esa comprensión de las cosas, y aunque no exenta de ciertas marchas y contramarchas, el TC peruano ha emitido reiterada jurisprudencia referida al reconocimiento de –cuando menos– dos aspectos de los DESC: (i) por un lado, la superación de una estricta concepción programática de los mismos; y, (ii) de otro, frente a la obligación del Estado, se ha dicho que se hace necesaria la imposición de metas cuantificables para la satisfacción de estos derechos²⁵.

Esta formulación del Estado Social ha servido de base para todos los pronunciamientos sobre DESC y –en líneas generales– también ha sido utilizada para la reestructuración de la Economía Social de Mercado y los derechos económicos en la Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI, de fecha 11 de noviembre de 2003, en la que el TC desarrolla los temas de la Constitución Económica.

Justo es anotar que el problema sobre la real o aparente contraposición de los DESC con los derechos civiles y políticos no siempre fue afrontado por el TC peruano de la misma manera. Es más, en un primer momento, en la sentencia sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley de Reestructuración Integral de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador²⁶, recaída en el Expediente 011-2002-AI, se señaló lo siguiente:

“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 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, positivizados orgánicamente por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919. 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”²⁷.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes 0025-2005-PI y 0026-2005-PI (acumulados), de fecha 25 de abril de 2006. Fundamentos Jurídicos 25 a 34.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 04870-2007-PA, de fecha 12 de marzo de 2010. Fundamento Jurídico 41.

²⁵ Ver, entre otros, la sentencia del TC peruano recaída en el Expediente 2016-2004-AA, de fecha 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 13.

²⁶ Ley 27766.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 011-2002-AI, de fecha 10 de junio de 2002. Fundamento Jurídico 9.

El TC aquí asumía una postura sobre el tema según la cual, aunque formalmente sin llegar a plantear una división entre los derechos, parece manejar una distinción para relativizar en exceso la posibilidad de exigir el cumplimiento de los DESC. Sin embargo, no por ello desestima la protección de esos derechos sociales, sino que asume que para ello se debe recurrir al uso de las garantías institucionales:

“Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que la labor que queda reservada al Estado responde, antes que a una teoría jurídico-social de los derechos fundamentales, a una teoría institucional de los mismos. En efecto, la clásica polémica planteada entre los férreos postulados del Estado liberal y el Estado social hoy debe concebirse como superada. Ninguna de las dos posturas, consideradas por separado, permiten una cabal comprensión y protección de los derechos fundamentales. De un lado, la rígida concepción individualista del hombre frente al Estado, en donde todos los factores de ligazón entre estas dos entidades aparecían como peligrosos, pues podían significar inaceptables incidencias en la esfera subjetiva de los individuos, no es más una filosofía que maximice el rol de los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno. De otro lado, la hermética doctrina que propugna como elemento medular el necesario sacrificio de los derechos subjetivos ante la supuesta primacía de los principios constitucionales de connotación social como la seguridad ciudadana o el orden público, tampoco satisface los cánones de una apropiada labor tuitiva de los derechos constitucionales. La persona humana, como titular de derechos, no tiene por qué ser entendida de modo excluyente, o como individuo o como miembro de una comunidad, pues ambas concepciones confluyen en ella.

La justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido la defensa de los derechos fundamentales supone a su vez la defensa de la institu-

cionalidad del Estado. En tal sentido, muchos derechos fundamentales trascienden tal condición, para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente abstencionista”²⁸.

A partir de ello, el Caso “Meza García” se convertirá en el caso referente para el tratamiento de los DESC. Allí se abordará, en primer lugar, la fundamentación de los derechos sociales en el principio-valor dignidad, cerrando así el debate sobre la fundamentación indirecta de los DESC en ella, y apuntando a dejar de lado las consecuencias de esa formulación. No se podrá —entonces— sostener a partir de esto que, por ejemplo, exista alguna relación de jerarquía entre derechos. En ese sentido, se señala que:

“Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares”²⁹.

A continuación, en “Meza García” se recoge la idea de que se está ante un derecho y no frente a una norma programática. Dejando de lado la precisión en los términos usados, queda clara la intención del TC de apartarse de una concepción rígida de los DESC como derechos contenidos en normas que no son de aplicación inmediata. Este criterio es concurrente con otros pronunciamientos del TC, en los cuales rechazaba expresamente la distinción entre normas de eficacia mediata e inmediata para la distinción de derechos sociales³⁰.

²⁸ Ibid. Fundamentos Jurídicos 12 y 13.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2945-2003-AA, de fecha 20 de abril de 2004. Fundamento Jurídico 17.

³⁰ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2016-2004-AA, de fecha 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 10. En ella, se señala que: “No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de **eficacia mediata**, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de **eficacia inmediata**, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente” [el énfasis es nuestro].

“Este Tribunal considera erróneo el argumento de la defensa del Estado que señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, mas no un derecho concreto. Debe recordarse, [entonces,] que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, ésta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social”³¹ “[el agregado es nuestro].

Llegado a este punto, el TC peruano se enfrenta a la necesidad de establecer algún parámetro para dar contenido a la exigibilidad de los DESC, tarea que aborda en la misma sentencia sobre el caso “Meza García” sobre la base del análisis de lo que venía ocurriendo en la sociedad peruana:

“La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó (de manera indirecta) la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. Por ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”³².

Así, se afirma indubitadamente el carácter de derechos fundamentales de los DESC, se ataca la concepción de estar frente a meros acuerdos programáticos, y se plantean dos estándares para observar la progresividad³³ en su cumplimiento: (i) sujeción a plazos razonables; y, (ii) acciones concretas y constantes.

Ahora bien –no obstante lo hasta aquí expuesto–, en el Caso “Anicama”, conocido adicionalmente

por establecer regulaciones en materia previsional con carácter de precedente, parece retrocederse sobre lo afirmado, haciéndose nuevas referencias a la necesidad de la participación del legislador para la concreción de los DESC. En ese sentido, el TC señala lo siguiente:

“Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean «creación» del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social”³⁴.

Dicho con otras palabras: si bien se reconoce a los DESC efectos positivos que vinculan al Estado y a los particulares en la promoción de condiciones para su eficacia, y efectos negativos en tanto se proscriben las conductas que obstaculicen su goce y ejercicio³⁵, quedaría claro que la afirmación de la necesidad de un desarrollo legislativo condiciona la efectividad de estos derechos. Es, pues, en este escenario que se han dado avances y retrocesos en la discusión de los derechos en general –y de los DESC en particular– en el Perú.

De particular interés, y conforme a la concepción de Constitución que ha manejado el TC, es la idea de que los DESC no solamente obligan al Estado –como suele suceder en el Derecho Internacional– sino que –según se puede observar en pronunciamientos del TC– sobre la base del principio de solidaridad, se señala una obligación por parte de los particulares de participar en la realización de estos derechos sociales. Ello supera, desde lue-

³¹ Ibid. Fundamento Jurídico 17.

³² Ibid. Fundamento Jurídico 35.

³³ En cuanto a la progresividad de los derechos sociales, es de interés lo señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes 001-2004-AI y 002-2004-AI (acumulados), de fecha 27 de setiembre de 2004. Fundamento Jurídico 55: “[...] el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan”.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-AA, de fecha 8 de julio de 2005. Fundamento Jurídico 14.

³⁵ Ibid. Fundamento Jurídico 17.

go, el mero respeto de los mismos e impone una carga que sería interesante explorar a futuro³⁶.

Hasta aquí, entonces, una referencia de lo hecho en términos más bien generales. Conviene pasar a analizar los aportes hechos en algunos derechos en particular. En esa línea de pensamiento, el TC peruano, partiendo de la cláusula del Estado Social, ha sido enfático en señalar la importancia del derecho a la educación como elemento clave para el desarrollo del país, de acuerdo a nuestra tradición constitucional. No obstante, ha ido más allá al señalar su carácter de derecho fundamental junto a su condición de servicio público. En ese sentido, señala en la sentencia recaída en el Expediente 4232-2004-AA que:

“[...] la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana”³⁷.

A continuación, el TC peruano señala principios y objetivos de la educación, pero va un paso más allá al establecer un listado de acciones que deben promover las instituciones educativas, las responsabilidades estatales, las características que considera imprescindibles en todo proceso educativo e incluso las asignaturas obligatorias que se encuentran previstas en la Constitución.

Más allá de la discusión que se pueda realizar sobre lo asumido en dicha sentencia, queda clara la

intención del TC de dotar de contenido a aquellas medidas que debe asumir el Estado –y también los particulares que administran centros educativos– para garantizar el derecho a la educación. Se sientan así las bases para poder contrastar vulneraciones a este derecho que, estando en parte inspiradas por la Ley General de Educación³⁸, se consideran mandatos constitucionales.

Estos criterios fueron reiterados por el TC en el Caso “Feliciano Contreras”³⁹, vinculándolos –a su vez– a instrumentos internacionales, para resolver el caso en concreto. El carácter de servicio público también ha sido un criterio importante para la decisión sobre la reciente demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley de Protección a la Economía Familiar⁴⁰, en la cual se cuestionaba si era posible condicionar la asistencia a clases o las evaluaciones al pago de las pensiones⁴¹.

En cuanto al derecho a la salud, el TC ha reconocido su estrecha vinculación con el derecho a la vida, argumento que –como aquí ya se ha expuesto– ha servido para justificar pronunciamientos sobre el derecho a la salud ante reclamos sobre el derecho a la vida. Su definición ha consistido en: mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física cuanto mental. Consecuentemente, se desprenden de ello obligaciones que el TC considera acciones concretas que garantizan o satisfacen este derecho:

“[...] una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido”⁴².

Es así como en el Caso “Meza García”, el TC pasa a analizar las acciones del Estado conducentes a la satisfacción del derecho a la salud. En dicho análisis, se cuida el TC de no cuestionar la política de

³⁶ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2016-2004-AA, de fecha 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 12. En ella, se señala que: “Entonces, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados, incluso, como deberes de solidaridad que involucran no sólo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad (Adame, Jorge Goddard. *Op. cit.*, pp. 59-85)”.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4232-2004-AA, de fecha 3 de marzo de 2005. Fundamento Jurídico 11.

³⁸ Ley 28044.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4646-2007-PA, de fecha 17 de octubre de 2007.

⁴⁰ Ley 29947.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0011-2013-PI, de fecha 27 de agosto de 2014.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2945-2003-AA, de fecha 20 de abril de 2004. Fundamento Jurídico 28.

salud en sí misma, señalando que aun cuando no se pueda exigir una atención y ejecución inmediata de políticas sociales, sí es posible analizar si el Estado ha venido tomando medidas orientadas a ello. Concluye el TC que de no ser así, se configuraría una situación de inconstitucionalidad por omisión.

De manera análoga, en el Caso “Matilde Villafuerte”, referido a salud mental, el TC peruano parte de reiterar sus consideraciones sobre el derecho a la salud en general para luego identificar una serie de acciones concretas que debe cumplir el Estado, extrayéndolas no de una sola fuente, sino de una lectura sistemática del ordenamiento jurídico. Para ello, toma elementos de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Ley General de Salud⁴³, reglamentos del Ministerio, así como de planes, estrategias e instrumentos sectoriales. Como consecuencia de lo expuesto, dichas obligaciones estatales no quedan sujetas a la arbitrariedad de un tribunal, sino a lo que ya se ha podido encontrar en el ordenamiento jurídico⁴⁴.

Inciendo ahora en los derechos calificados como económicos, pasemos a observar en primer término lo previsto sobre libertad de contratación. La explicación sobre los alcances de este derecho y sus dos componentes –libertad de contratar y libertad contractual– está abordada en la sentencia recaída en el Expediente 2185-2002-AA, de fecha 4 de agosto de 2004, más propiamente en su Fundamento Jurídico 2. Los límites explícitos de este derecho, vinculados a la licitud del contrato y respeto a normas de orden público, están recogidos en el Fundamento Jurídico 3 de la sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA. Los límites implícitos de la libertad de contratación, vinculados con su aplicación con relación a otros derechos fundamentales, también se encuentran desarrollados en el ya mencionado fundamento de dicha sentencia, así como en el Fundamento Jurídico 22 de la sen-

tencia recaída en el Expediente 0858-2003-AA, de fecha 24 de marzo de 2004. Finalmente, la intangibilidad de los términos contractuales también ha merecido pronunciamientos del TC, aunque con argumentaciones contrapuestas⁴⁵.

La delimitación de lo que implica la propiedad como derecho fundamental y como garantía institucional está realizada en la sentencia emitida sobre el Caso “Regalías Mineras”⁴⁶. La protección al consumidor tiene como sentencia central a la recaída en el Expediente 0858-2003-AA. La libertad de empresa, a su vez, ha merecido una serie de pronunciamientos del TC; su contenido constitucionalmente protegido busca ser desarrollado en sentencias como las recaídas en los Expedientes: (i) 3330-2004-AA⁴⁷ (muy a despecho de las discrepancias con lo consignado en su Fundamento Jurídico 13); (ii) 0008-2003-AI; y, (iii) 2802-2005-PA⁴⁸. Su vinculación con el derecho de propiedad, además de lo dispuesto en la ya mencionada sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI, se encuentra recogida en la sentencia recaída en el Expediente 0016-2002-AI⁴⁹, sobre todo en su Fundamento Jurídico 5. Los límites al ejercicio de este derecho están desarrollados en las sentencias recaídas en los Expedientes 007-2006-PI⁵⁰ y 7339-2006-PA⁵¹ (sobre todo en su Fundamento Jurídico 50).

Las relaciones entre la libertad de empresa y el acceso al mercado se desarrollan a partir de casos que merecieron las sentencias recaídas en los Expedientes 1311-2000-AA (“British American Tobacco”)⁵², 01576-2007-PA (“Nippon Auto Parts y otros”)⁵³, 005-2003-AI (donde se debatía un contrato-ley con Telefónica), 0008-2003-AI (sobre la posibilidad de fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre) y 00034-2004-PI (sobre pases libres y pasajes diferenciados en transporte urbano e interurbano de pasajeros)⁵⁴.

⁴³ Ley 26842.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02480-2008-PA. Fundamento Jurídico 16.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, –de un lado– lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 003-2004-AI, de fecha 23 de setiembre de 2004. Fundamento Jurídico 13. Asimismo, lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 005-2003-AI, de fecha 3 de octubre de 2003. Fundamento Jurídico 35. Asimismo, ver –de otro lado– lo señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2670-2002-AA, de fecha 30 de enero de 2004. Fundamento Jurídico 3.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-PI, de fecha 1 de abril de 2005.

⁴⁷ De fecha 11 de julio de 2005.

⁴⁸ De fecha 14 de noviembre de 2005.

⁴⁹ De fecha 30 de abril de 2003.

⁵⁰ De fecha 22 de junio de 2007.

⁵¹ De fecha 13 de abril de 2007.

⁵² De fecha 19 de junio de 2001.

⁵³ De fecha 14 de abril de 2007.

⁵⁴ De fecha 15 de febrero de 2005.

Finalmente, ya existe también alguna jurisprudencia sobre derechos culturales, destacando sin duda lo planteado en la sentencia recaída en el Expediente 0042-2004-AI, de fecha 13 de abril de 2005 (Caso “Luis Alejandro Lobatón Donayre y otros”). Allí, luego de fijar su concepto de Constitución cultural (Fundamentos Jurídicos 1 a 3) y señalar los deberes del Estado Social y Democrático de Derecho para con ella (Fundamentos Jurídicos 4 a 5), consigna cuáles son los criterios constitucionales que debería observar el entonces existente Instituto Nacional de Cultura para la calificación de un espectáculo como cultural (Fundamentos Jurídicos 20 a 22). Finalmente, y sobre la base de consideraciones de suyo polémicas, entra a discutir el carácter cultural de las fiestas taurinas, por considerar que implican actos de crueldad contra los animales (Fundamentos Jurídicos 24 a 28); y, además, si el Estado tiene el deber de promover los espectáculos taurinos y otras manifestaciones similares (Fundamentos Jurídicos 29 y 30). En estos apartados se hacen interesantes precisiones sobre lo que se reputa como cultura y como derechos de naturaleza cultural.

Se trata, entonces, de una labor jurisprudencial muy amplia y que permite efectuar una evaluación, a la cual ingresaremos de inmediato a modo de conclusión.

IV. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LO REALIZADO Y LOS RETOS QUE GENERA, A MODO DE CONCLUSIÓN

Pasando a efectuar una síntesis de lo recientemente reseñado, cabe señalar que –como ya se dijo– con relativamente pocas reformas formales, el texto de 1993 va a cumplir veinte años de haber sido aprobado; en tal sentido, consideramos que una de las posibles explicaciones se encuentra en la labor realizada, sobre todo a partir del año 2000, por el TC peruano, así como en su relevante participación en fenómenos como el de la “constitucionalización del Derecho”, el esfuerzo por la “constitucionalización de la política”, e –incluso– de la “convencionalización del Derecho”. El papel del TC en labores destinadas a un mejor reconocimiento de los DESC, en este contexto, ha sido vital.

Y es que, independientemente de ciertas marchas y contramarchas, así como de ciertos pronunciamientos contradictorios, en líneas generales la jurisprudencia del TC peruano ha apuntalado un escenario más amplio y tuitivo para los DESC, reconociendo –en líneas generales– que la exigibilidad de los mismos (a los cuales, por cierto, se les habilita alcances mayores que los que se entienden como explícitamente previstos si solamente se hace una lectura literal del texto de la Carta de

1993) debe entenderse en los mismos términos de lo prescrito para los derechos civiles y políticos. Ahora bien, conviene aquí determinar qué es lo que finalmente se entiende por la cabal exigibilidad de estos derechos dentro del margen de competencias propias del TC peruano, un organismo de fisonomía jurisdiccional pero con atribuciones que van más allá de aquellas que corresponden a la judicatura ordinaria.

Para ello, debe partirse de algunas constataciones centrales: en primer lugar, conviene tener presente cuál es el margen de acción de un organismo con atribuciones jurisdiccionales, en general, y de un TC, en particular. En principio, no dicta políticas públicas, aquellas que –por cierto– son vitales para facilitar o propiciar el ejercicio de derechos como los DESC. Tampoco es el que las ejecuta directamente. Lo que le compete, entonces, es controlarlas o facilitar insumos para su dictado; es más, incluso debe hacer frente a la reiterada intención de muchos de sustraerse al cumplimiento de sus pronunciamientos.

Ese, por cierto, es un problema central para el TC peruano. El legislador ha previsto unas pautas al respecto, recogidas en los artículos 22 (referido al régimen general aplicable a los procesos de tutela de derechos fundamentales) y 59 (destinado a la regulación del proceso de Amparo) del Código Procesal Constitucional, mediante las cuales es el juez o jueza de primer grado o instancia quien se responsabiliza de la ejecución de lo resuelto. Sin embargo, dichas pautas han mostrado serias fallencias para asegurar un cabal cumplimiento de lo resuelto, máxime si lo que se busca hacer cumplir son ciertos aspectos de algunos DESC.

El TC peruano ha buscado revertir fenómenos como el del incumplimiento de sus pronunciamientos, el del deficiente cumplimiento de los mismos, o el de su desnaturalización en fase de ejecución. En un primer momento, instauró el denominado “recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional”, con carácter de jurisprudencia constitucional vinculante y conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, desde lo dispuesto en la resolución recaída en el Expediente 0168-2007-Q, de fecha 2 de octubre de 2007.

Luego, mediante la resolución recaída en el Expediente 0201-2007-Q/, de fecha 14 de octubre de 2008, el TC peruano amplió la posibilidad de presentar el recurso de agravio a favor de la ejecución de sentencias del Poder Judicial emitidas en segundo grado. Finalmente, como doctrina jurisprudencial vinculante, el pleno del TC creó el “recurso de apelación por salto” como predio para intentar

mejorar la ejecución de sus propias decisiones, participando directamente para hacer cumplir sus pronunciamientos cuando estos no vienen siendo adecuadamente ejecutados por el juez o jueza de ejecución de primer grado, sin necesidad del conocimiento de la sala de la judicatura ordinaria que debería haberse pronunciado en segundo grado.

Debe, entonces, anotarse que en el Perú se discute si ese tipo de mecanismos (recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del TC y recurso de agravio a favor de la ejecución de una sentencia de dicho órgano) cuentan con una cobertura constitucional y legal suficiente, muy independientemente de sus loables intenciones. Conviene también resaltar que por la propia

estructura del TC peruano, por los procesos que allí se atienden, así como por lo que implica materializar sus sentencias ya emitidas, se pone en entredicho su capacidad operativa para atender eficientemente ese tipo de requerimientos. Lo más grave es que el problema de que todavía no se cumple plenamente lo resuelto sigue pendiente en nuestro país.

Como bien puede apreciarse, en el Perú se ha avanzado mucho en la judiciabilidad de los derechos –en general– y de los DESC –en particular–, pero todavía hay mucho por hacer. Ojalá puedan desarrollarse alternativas creativas para enfrentar y superar los retos todavía existentes. La plena vigencia del Estado Constitucional así lo reclama. ■