



VIII Jornada del Aula de Derecho Parlamentario

Seminario
internacional sobre
Derechos sociales:
aplicación
y eficacia.

*Una perspectiva
comparada España-
Latinoamérica.*

Pamplona,
viernes 25 de
noviembre de 2011

Sala de profesores
(Rectorado).
Edificio Central

La situación en Perú Documento de trabajo-Working Paper

Prof. Dr. D. Carlos Hakansson Nieto

*Profesor de Derecho Constitucional
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Piura*



Universidad
de Navarra



PARLAMENTO DE NAVARRA
NAFARROAKO PARLAMENTUA

A. Introducción

El texto de la Constitución peruana de 1993 se nos presenta como una típica carta magna dotada de todos los contenidos formales: separación de poderes, normas relativas al Estado de Derecho, derechos fundamentales y procedimiento de reforma. Es una carta político-organizativa, norma fundamental del ordenamiento jurídico, con lo necesario para tener una pequeña dosis liberal y los rasgos típicos del constitucionalismo contemporáneo: reconocimiento de derechos sociales, tribunal constitucional, régimen económico, defensor del pueblo, instituciones públicas con rango constitucional, etc. De esta manera, luego de presentar brevemente su contenido, nos ocuparemos de abordar el reconocimiento, desarrollo jurisprudencial y discusión teórica jurídica de los derechos sociales en la Constitución de 1993¹.

B. El reconocimiento constitucional de los derechos sociales en la Carta de 1993

1. ¿Cómo se regulan los derechos sociales en la Constitución de su país? ¿Se regulan como los demás derechos fundamentales o poseen características propias? ¿Se configuran como derechos subjetivos o más bien como normas de principio, mandatos al legislador, normas programáticas, etc?

Las normas relativas al reconocimiento de los derechos sociales pueden clasificarse en cuatro grupos. El primero comprende las disposiciones constitucionales relativas al régimen familiar (artículos 4 al 6), el régimen de salud (artículos 7 al 12), el régimen de educación y cultura (artículos 13 al 21) y el laboral (22 al 29). Las normas sobre derechos sociales se formulan, en algunos casos, como derechos subjetivos de los ciudadanos. El artículo 6 de la Constitución peruana, por ejemplo, cuando en su primera parte establece “el derecho de las familias y de las personas a decidir”, en lo que respecta a la paternidad y maternidad responsables”. El artículo 7, cuando en su primera parte reconoce que “[t]odos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad”. En la segunda parte del artículo 7, al reconocer que toda persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental “tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. El artículo 10 que reconoce el “derecho universal y progresivo a toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

¹ HAKANSSON NIETO, Carlos: *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra Editores, Universidad de Piura (colección jurídica), Lima, 2009, págs. 160-161.

El artículo 13 que reconoce la libertad de enseñanza. El tercer párrafo del artículo 14, que recoge el derecho de los estudiantes a que la educación religiosa se imparta con respeto a la libertad de las conciencias. El artículo 15, segundo párrafo, que reconoce al educando el “derecho a una formación que respete su identidad, así como el buen trato psicológico y físico”. El tercer párrafo del artículo 15, que reconoce a [t]oda persona, natural o jurídica, (...) el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley”. La libertad de cátedra del artículo 18. El artículo 25 que recoge el derecho a la jornada ordinaria máxima tanto diaria como semanal; así como el derecho al descanso semanal y anual, remunerados. El artículo 28, al prever al trabajador los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

Con relación a las disposiciones constitucionales sobre los derechos sociales, se formulan como normas de carácter programático, de organización, de promoción y fomento, incluso como mecanismos de garantía y deberes del Estado. A continuación unos ejemplos obtenidos de la propia Carta de 1993:

1) Las normas programáticas

Entre las normas de carácter programático, de la Constitución peruana destacamos el artículo 4 al establecer que “[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio”.

Siguiendo con los ejemplos de normas programáticas en la Constitución de 1993, el artículo 6 dispone que “[l]a política nacional de población tiene como objeto difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”. El artículo 14 nos dice en su primera parte que “[l]a educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”. Finalmente, el artículo 18 menciona que “[l]a educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica.

2) Las normas de organización

El artículo 9 de la Carta de 1993 establece que “[e]l Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”. El artículo 16 dispone que “[t]anto el sistema como el régimen educativo son descentralizados. El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudio así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos”.

3) Las normas de promoción y fomento

El tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución peruana dispone que “[e]l Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los

requiera”. El cuarto párrafo del artículo 17 cuando dice que el Estado “fomenta la educación bilingüe, según las características de cada zona (...). Promueve la integración del país”. La última parte del artículo 21 cuando dispone que el Estado “[f]omenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiera sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional”. El primer párrafo del artículo 23 al establecer que “[e]l trabajo en todas sus modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado”; el segundo párrafo del mismo artículo cuando dispone que [e]l Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”.

4) *Las normas que contienen mecanismos de garantía*

El final del artículo 6 de la Constitución peruana, luego de tratar de la política nacional de población y de la paternidad y maternidad responsables, nos dice que “el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o a la salud. El artículo 11 al disponer que “[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas”. El artículo 13 en que “[e]l Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza”. El tercer párrafo del artículo 16, cuando menciona como deber del Estado “asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”. El artículo 17 al establecer que “[e]n las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de la educación”.

5) *Las normas que establecen deberes del Estado*

El artículo 8 de la Constitución de 1993 que atribuye al Estado el deber de “combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas”. El artículo 14, segundo párrafo, al darle al Estado peruano el deber de “promover el desarrollo científico y tecnológico del país”. El cuarto párrafo del artículo 16, que recoge como deber del Estado “dar prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República”².

2. ¿Incluye su Constitución un catálogo específico de derechos sociales? ¿Se refiere sólo a los derechos económicos o incluye también derechos de tercera generación?

El Capítulo segundo del Título primero de la Constitución peruana se titula “[d]e los derechos sociales y económicos”; si bien se tratan los derechos sociales, la razón de aparecer acompañados junto con el concepto de “económicos” se justifica

² Véase, CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales*, Palestra Editores, Lima, 2007, págs. 134-137.

porque su realización dependerá de los recursos financieros que disponga el Estado. El régimen económico de la Constitución y las libertades reconocidas (libre iniciativa privada, pluralismo económico, libre competencia, libertad de empresa, libertad de contratar, etc) se encuentra en el Título III, regulados entre los artículos 58 a 65. Los llamados derechos de la tercera generación, o difusos, se encuentran en distintos apartados; el derecho a la paz y al desarrollo en el artículo 2, inciso 22, en el Capítulo I del Título I que reconoce los derechos fundamentales de la persona, y en el capítulo II del Título III dedicado al medio ambiente y recursos naturales (entre los artículos 66 al 69).

Cabe decir que el catálogo de derechos de la Constitución peruana no hace distinción entre humanos, fundamentales y constitucionales³. En efecto, revisando el articulado de la Constitución observamos que las distintas denominaciones (derechos constitucionales, fundamentales y humanos) son utilizadas casi indistintamente por la Carta de 1993. En efecto, revisando el articulado de la Constitución observamos que las mencionadas denominaciones son utilizadas casi indistintamente:

1) El concepto de derechos humanos se emplea al establecer que la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo⁴; para señalar que entre los deberes primordiales del Estado se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos⁵; cuando establece la obligación del Presidente de la República para enviar los tratados para su aprobación en el Congreso cuando estos versen sobre derechos humanos⁶; y la cuarta disposición final y transitoria que nos dice que el catálogo de derechos debe ser interpretado conforme a los tratados sobre derechos humanos que son parte del derecho interno.

2) La primera alusión al concepto de derechos constitucionales se encuentra en el artículo 23, el cual reconoce que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de dichos derechos al trabajador. Con relación a los regímenes de excepción establecidos en la Carta de 1993, se establece que en el caso del estado de emergencia puede restringirse o suspenderse los derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión y tránsito⁷. Asimismo, esta misma denominación es empleada cuando se reconoce el proceso de habeas corpus que también protege los derechos constitucionales conexos con la libertad individual⁸.

3) El concepto de derechos fundamentales no sólo aparece en el título primero de la Constitución de 1993, sino además cuando dispone que no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la

³ En el mismo sentido, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: "Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico" en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Nro. 50, 2005, pág. 15.

⁴ Véase el artículo 14 de la Constitución de 1993.

⁵ Véase el artículo 44 de la Constitución de 1993.

⁶ Véase el artículo 56, inciso I, de la Constitución de 1993.

⁷ Véase el artículo 137, inciso I, de la Constitución de 1993.

⁸ Véase el artículo 200, inciso I, de la Constitución de 1993.

persona⁹; cuando se reconoce a los derechos fundamentales como un principio de la potestad tributaria¹⁰; también cuando se prohíbe su suspensión o restricción durante un estado de sitio¹¹; al reconocerse la garantía de publicidad en los procesos cuando estos se refieran a derechos fundamentales¹²; finalmente, como un límite al derecho de las comunidades campesinas para ejercer funciones jurisdiccionales¹³.

* * *

Luego de esta revisión consideramos que es indistinto nombrar a los derechos en la Constitución peruana como humanos, fundamentales o constitucionales, pese a que sus diferencias podrían ser muy objetivas para un especialista en derecho internacional público, que se inclinaría más por la primera, un filósofo del derecho por la segunda y, finalmente, como era de esperar, un profesor de derecho constitucional por la tercera. Repetimos, la Carta de 1993 no hace distinciones terminológicas y las tres denominaciones aluden al ser humano como titular de unos derechos que les son reconocidos por el Estado peruano en razón a su dignidad.

3. ¿Son todos los derechos sociales plenamente justiciables en su Constitución? ¿Hay algún tipo de gradación en cuanto a la justiciabilidad según el tipo de derechos? ¿Existe alguna clasificación al respecto?

Los derechos sociales, como la libertad de enseñanza (artículo 13) o la libertad de Cátedra (artículo 18), son exigibles constitucionalmente. La atribución de las facultades que ambas libertades significan depende sólo del texto constitucional y de ninguna circunstancia externa como puede ser la concreta situación financiera del Estado peruano. Como sabemos, existen otros derechos sociales como el niño adolescente, la madre o el anciano en situación de abandono, que demandan una protección especial por parte del Estado (artículo 4), a que se fomente la educación bilingüe (artículo 17); o a que nadie se vea impedido de recibir una educación adecuada (artículo 16), o a que se promueva el desarrollo científico y tecnológico del país (artículo 14), o a la protección de la salud (artículo 7), sobre los cuales no sólo no hay seguridad que puedan ser tratados en estricto como derechos, sino que aún en el supuesto que se admita que son derechos no está claro que posean un contenido jurídico que sea exigible.

4. ¿Qué recursos existen en su país para defender los derechos sociales? ¿En qué medida pueden ser invocados en un proceso?

⁹ Véase el artículo 32 de la Constitución de 1993.

¹⁰ Véase el artículo 74 de la Constitución de 1993.

¹¹ Véase el artículo 137, inciso 2, de la Constitución de 1993.

¹² Véase el artículo 138, inciso 4, de la Constitución de 1993.

¹³ Véase el artículo 149 de la Constitución de 1993.

La Legislación peruana cuenta con un código procesal constitucional (en adelante CPC) que regula el ejercicio de las garantías constitucionales que reconoce la Carta de 1993 en su artículo 200; con relación a los derechos sociales, el proceso idóneo para su protección jurisdiccional es el amparo, y el artículo 37 del CPC establece una lista de derechos que son protección de esta institución de garantía. Si bien es cierto que la lista es larga y no cerrada, pues, su inciso 25 nos dice que el amparo procede en defensa de “los demás que la Constitución reconoce”, el CPC señala expresamente que el amparo protege el derecho al trabajo (inciso 10), sindicación, negociación colectiva y huelga (inciso 11), a la educación (inciso 17), a la seguridad social (inciso 19), a la remuneración y pensión (inciso 20), a la libertad de cátedra (inciso 21), y a la salud (inciso 24). Cabe añadir que la lista incluye expresamente la protección a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida” (inciso 23).

La protección a los derechos sociales también puede ejercerse a través de la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y, en ciertos casos, por el habeas corpus¹⁴. La primera interpuesta ante el Tribunal Constitucional peruano (la Carta de 1993 establece las instituciones competentes para interponerla, véase el artículo 203) cuando una ley, o norma con rango legal, afectara el contenido constitucionalmente protegido de un derecho humano; la segunda institución, en cambio, realizaría la misma protección cuando las normas infra legales afectaran el mismo contenido en la ley o la Constitución, un proceso que el Poder Judicial es competente para conocer.

5. ¿Hay alguna vía de control ante la falta de regulación legislativa de las previsiones constitucionales?

A falta de regulación normativa del Capítulo II del Título I de la Constitución de 1993, si partimos de la vinculación del poder público a la Constitución (artículo 45) y del principio de normatividad de la Carta de 1993, no cabe otra respuesta que la “vinculación plena del poder político a todas las disposiciones de la Constitución y, entre ellas, a los derechos sociales. Por tanto, todas las disposiciones obligan efectivamente a sus destinatarios y serán los jueces ordinarios, magistrados del Tribunal Constitucional y, finalmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos los encargados de garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel

¹⁴ El Tribunal Constitucional peruano dice al respecto que “(...) el propósito garantista del hábeas corpus trasciende a la protección de la libertad para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio. Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, impide el vínculo afectivo que todo nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal (física, psíquica y moral), protegida por el artículo 2°.I de la Constitución y el artículo 25°.I del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional, a tenor del artículo 4° de la Constitución”; Cfr. Exp. Nro. 01317-2008-HC (Fundamento jurídico 45).

social, y el deber de neutralizar toda situación discriminatoria y violatoria de derechos que afecten la dignidad de persona humana. De esta manera, el llamado constitucionalismo social pretende ser reparador y vincula al Estado como promotor del desarrollo y bienestar general de la persona.

III. Desarrollo legal, jurisprudencial e institucional

6. ¿Cuentan los derechos sociales en su país con leyes específicas que los desarrollen? ¿Qué tipo de regulación y de garantías establecen dichas leyes?

No existen leyes específicas que desarrollen los derechos sociales que reconoce la Constitución de 1993. El poder constituyente tampoco ha comprometido al poder público a una concreta forma de programación, organización o fomento de los derechos sociales, pues, puede que existan muchas maneras constitucionalmente permitidas para fomentar una determinada realidad para el logro de un determinado objetivo social. No se trata de derechos subjetivos que el individuo pueda hacer valer ante los tribunales ordinarios ante el Tribunal Constitucional. En ese sentido, no se puede aceptar, por ejemplo, que si faltase un centro educativo en una determinada población se pueda demandar judicialmente al Estado para que empiece a construir uno inmediatamente. Debemos tener presente que determinadas prestaciones sociales traen condicionado su cumplimiento a la disponibilidad económica del Estado, la cual se canaliza, en la práctica, a través de los programas sociales pero todavía con un nivel de escaso desarrollo que no se han convertido en verdaderos programas de inclusión social, sino que se tratan de políticas de asistencia social que buscan propiciar el clientelismo.

Las normas que la Constitución establece y que recogen deberes estatales, al igual que las normas programáticas, organizativas y de fomento, constituyen una suerte de principios para la verificación de su efectivo cumplimiento. Como hemos mencionado, no existe una única forma de ser materializados, las disposiciones constitucionales pueden ser cumplidas en intensidades y formas distintas, y no se podrá exigir al poder público el cumplimiento de esas disposiciones constitucionales a través de una sola manera o vía de realización.

Los ciudadanos cuentan, solos o colectivamente, con determinadas garantías constitucionales ante una situación de manifiesta, clara e inobjetable conducta estatal en contra de cualquiera de estas disposiciones de la Carta de 1993. Por eso, pueden ser invocados por el particular ante los tribunales, e incluso demandar su efectivo cumplimiento mediante una acción de amparo. Sin embargo, la undécima disposición final y transitoria de la Carta de 1993 establece que aquellas normas constitucionales, más de una referida a los derechos sociales, que exijan del Estado un mayor gasto público se deberán aplicar progresivamente en la medida que el Estado cuente con más recursos económicos.

7. ¿Existen decisiones del Tribunal Constitucional, u órgano equivalente, que se pronuncien sobre el contenido de los derechos sociales? ¿Puede señalar algún supuesto de particular interés?

El Tribunal Constitucional peruano es el segundo intento de jurisdicción concentrada en la historia de los textos constitucionales peruanos; sus competencias son más amplias que su antecesor en la Carta de 1979 y en la actualidad se aproxima al modelo español de la Constitución de 1978; nos encontramos ante un órgano de control de la constitucionalidad, máximo garante de los derechos y órgano que resuelve los eventuales conflictos de competencia entre los órganos del Estado. Si el Tribunal es el máximo intérprete de la Constitución es evidente que sus funciones no pueden quedar sólo circunscritas al control de constitucionalidad de las leyes, sino más bien al desarrollo y protección de los derechos y libertades mediante el conocimiento, en última y definitiva instancia nacional, de los procesos constitucionales reconocidos en la Carta de 1993.

La resolución del Tribunal Constitucional peruano Nro. 2016-2004-AA/TC es de interés debido a que, por primera vez, el máximo intérprete de los derechos y libertades a nivel nacional, declaró fundada una acción de amparo, ordenando que se considere al agraviado, en su derecho a la vida, “en el grupo de pacientes que recibirían tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, o que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante (...) y bajo su responsabilidad. A su vez, el Tribunal exhorta a los poderes públicos a que cumplan con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Nro. 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA; y ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada seis meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento del recurrente”.

La sentencia referida tiene especial interés dado que el Tribunal Constitucional judicializó con su interpretación el principio de progresividad establecido en la Undécima disposición final y transitoria de la Constitución¹⁵, a favor de la efectiva realización de los derechos sociales. Al respecto, en la misma resolución el Tribunal argumentó que “[l]a Undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas”; más adelante, el máximo intérprete de los derechos sostuvo

¹⁵ La disposición final y transitoria undécima de la Constitución peruana de 1993 establece que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

que “[s]i bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención acarrearía situaciones de inconstitucionalidad por omisión”¹⁶.

8. ¿Tienden los tribunales ordinarios a dotar de eficacia directa a los derechos sociales, con independencia de su desarrollo legal? ¿En qué ámbitos puede apreciarse esta tendencia?

Los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales nos brindan una idea de su progresiva eficacia directa y límites para poder por realizarlos plenamente. En ese sentido, el máximo garante de los derechos a nivel nacional nos dice que “[s]i bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho”¹⁷.

9. ¿Plantea en su país la justiciabilidad de los derechos sociales problemas en cuanto al cumplimiento efectivo de las sentencias?

Sin desear tomar una postura de carácter estrictamente liberal, o insolidaria, con las evidentes desigualdades sociales, culturales y económicas que existen entre los ciudadanos, debemos recordar los orígenes de nuestra disciplina y objeto de estudio: el constitucionalismo. En primer lugar, debemos tener presente que su origen fue anglosajón y su principal fuente es la jurisprudencia (judicialismo). Si partimos de esa base, nos damos cuenta que sus creadores no la inventaron para resolver la pobreza, sino para limitar el ejercicio arbitrario del poder. Por eso, con relación a su justiciabilidad, la constitucionalización de los derechos sociales carece de efectos prácticos. No supone más que la incorporación de un programa de política social en la Carta Magna que, de no ser dotado de contenido normativo, no daría origen a ningún derecho en sentido jurídico. Si bien esto no está mal, no debe perderse de vista que la decisión de constitucionalizar estos derechos puede volverse contra la propia

¹⁶ Cfr. STC Nro. 2016.2004-AA/TC (Fundamentos jurídicos 36 y 38)

¹⁷ Cfr- Exp. Nro.10063-2006-AA (Fundamentos jurídicos 7 y 8)

Constitución para la percepción del ciudadano común, más cercano a leer su periódico por la mañana del domingo que ha discutir temas de derecho natural, pues, en la práctica, la eficacia de los derechos sociales dependerá de los recursos económicos con que cuente el Estado¹⁸; es más, un país tradicionalmente rico puede verse azotado por una crisis global que le impediría cubrir todas las necesidades sociales, como podría empezar a producirse a consecuencia de la crisis económica que azota Europa. Por eso, no debemos perder de vista que los países paradigma del Estado de Bienestar no han incorporado un catálogo de derechos en sus constituciones (Canadá, Francia, Reino Unido y Suecia).

IV. Conclusión: discusión teórico-jurídica, ideas y propuestas de futuro

10. ¿Hasta qué punto considera que cabe defender la justiciabilidad de los derechos sociales?

Los derechos sociales prestacionales pueden alcanzar cierto grado de justiciabilidad por la vía del principio de igualdad o de la tutela judicial efectiva. Pero ambos supuestos exigen que el derecho social de que se trate haya sido previamente dotado de contenido, y que en esa actividad o en la aplicación de dicho contenido se infrinja el principio de igualdad o la tutela judicial. Es decir, no es el derecho social el justiciable, sino el principio de igualdad o la tutela judicial. En cambio, los derechos colectivos laborales sí pueden ser considerados derechos en sentido jurídico, ya que a diferencia de los derechos de tipo prestacional, aquéllos no exigen prestaciones sino una abstención. Se trata de manifestaciones particulares de derechos o libertades clásicos, que surgen con la finalidad expresa de todo derecho social: eliminar o disminuir la desigualdad material y mejorar las condiciones de vida. Al no consistir en prestaciones que deban ser determinadas por el legislador o la administración, los jueces sí pueden darles protección, sin necesidad de esperar un desarrollo posterior e implementación infraconstitucional¹⁹. Es el caso del derecho de sindicación, que se trata de una manifestación concreta del derecho de asociación, pues cabe en su contenido constitucional; el derecho de huelga, en el que participan las libertades individuales, de tránsito y reunión. Las conquistas laborales dieron lugar a su incorporación en la Constitución, gracias a su dificultad para ser enmendada (rigidez), y se convierte en una garantía que evita su modificación o derogación, gracias a una mayoría en el parlamento.

11. ¿Cuáles son las preocupaciones básicas en materia de derechos sociales que existen en la actualidad en su país? ¿Cómo valora la regulación normativa existente y las decisiones de los órganos jurisdiccionales recaídas hasta el momento?

¹⁸ En el mismo sentido, véase MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, pág. 333.

¹⁹ Véase MARTÍNEZ ESTAY: *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales...*, pág. 336.

La manera escogida para poder absolver esta interrogante será citando textualmente fragmentos escogidos de diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional peruano; de su lectura se desprende el deseo y vocación del máximo garante de los derechos y libertades a nivel nacional para reconocer que los derechos sociales no son derechos de segunda clase, sino que tienen la misma importancia y jerarquía constitucional que los derechos civiles y políticos. A continuación ofrecemos una selección de jurisprudencia para aproximarnos a la judicialización de los derechos sociales en el Perú:

1) La protección del niño, del adolescente, de la madre, del anciano, de la familia y del matrimonio.

a) "Este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia, como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 1) de la Constitución"²⁰.

b) "Se señala en la Constitución, artículo 4, que 'la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente'. El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar"²¹.

c) "(...) el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el "Estado protege a la familia y promueve el matrimonio", reconociéndolos como "institutos naturales y fundamentales de la sociedad", con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional. Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido. Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar,

²⁰ Cfr. STC 1817-2009-HC/TC (Fundamentos jurídicos 14 y 15)

²¹ Cfr. Exp. Nro. 03330-2004-AA (Fundamento jurídico 35).

los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones”²².

2) *El derecho a la salud*

a) "La Constitución en su artículo 7 reconoce el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud, así como el deber del Estado de contribuir a la promoción y defensa de aquella. Si bien es cierto que el derecho a la salud no se encuentra contenido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, también es cierto que su inherente conexión con los derechos a la vida, a la integridad personal y el principio de dignidad de la persona, lo configura como un derecho fundamental innegable y necesario para el propio ejercicio del derecho a la vida toda vez que constituye, como lo señala el artículo I del Título Preliminar de la Ley Nro. 26842 - Ley General de Salud, "condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo". En este sentido, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo, lo que implica que el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, a fin de que las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico y mental, 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"²³.

b) "Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho "programático", vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales. Esta dimensión del derecho se manifiesta con especial énfasis en el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, si bien es cierto que el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, también es cierto que su inescindible conexión con el derecho a la vida, a la integridad y al principio de dignidad, lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues constituye, como dice el artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Salud N° 26842, "condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo". Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida y, en particular, a la vida digna. De otra parte, siempre que el derecho a la integridad resulte lesionado o amenazado, lo estará también el derecho a la salud, en alguna medida. Sin embargo, son también posibles supuestos en que se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y

²² Cfr. Exp. Nro. 02868-2004-AA (Fundamento jurídico 13).

²³ Cfr. STC Nro. 2945-2003-AA/TC (Fundamento jurídico 28).

social en condiciones normales. La salud resulta un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que incide en mayor o menor medida en la vida del individuo, dependiendo de sus condiciones de adaptación. Teniendo como base esta apreciación gradual de la salud, la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta"²⁴.

c) "La protección del derecho a la salud en el artículo 13 de la Constitución se plantea como un principio rector de la política pública, social y económica del Estado, que se ejecuta a través del Poder Ejecutivo, el cual a su vez se encarga de diseñar, normar y supervisar su aplicación en forma plural y descentralizada. En su dimensión de libertad, el derecho a la salud implica la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica y social, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo. Es decir, garantiza el derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado de plenitud física, psíquica y social, razón por la cual el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, con la finalidad de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, para que tengan, cada día, una mejor calidad de vida y ello porque el concepto de persona humana comprende aspectos tanto materiales, físicos y biológicos, como espirituales, mentales y psíquicos"²⁵.

3) *La educación y libertad de enseñanza*

a) "En cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, también llamados derechos prestacionales, este Tribunal ha señalado que los derechos sociales no son 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. De este modo, 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 el reconocimiento de ambos en forma conjunta e interdependiente.

b) "Conforme ya ha sido reconocido por este Tribunal, se considera constitucionalmente protegido el derecho fundamental a la educación tanto en la dimensión de libertad como en la dimensión prestacional, en la que encontramos el derecho a la educación en sentido estricto, dirigido a asegurar que nadie se vea impedido de recibir la educación adecuada; asimismo, se protege el derecho de los padres de escoger el centro educativo y participar en el proceso de educación de sus menores hijos. En lo que respecta a los Centros Educativos Particulares, el artículo 3° de la Ley N° 26549, de Centros Educativos Privados, establece que "[c]orresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea

²⁴ Cfr. Exp. Nro. 05954-2007-HC (Fundamentos jurídicos 9 y 10).

²⁵ Cfr. Exp. Nro. 02480-2008-AA (Fundamentos jurídicos 5 y 6).

axiológica que regirá su centro, dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución; la duración, contenido, metodología y sistema pedagógico del plan curricular de cada año o período de estudios; los sistemas de evaluación y control de los estudiantes; la dirección, organización, administración y funciones del centro; los regímenes económico, disciplinario, de pensiones y de becas; las relaciones con los padres de familia; sin más limitaciones que las que pudieran establecer las leyes, todo lo cual constará en el Reglamento Interno del centro educativo”. De dicha norma se infiere que los Centros Educativos Privados tienen la potestad de establecer los mecanismos de evaluación, control y disciplinario que consideren pertinentes para garantizar un adecuado sistema educativo que permita lograr el desarrollo integral de los educandos, brindando una formación intelectual, moral, física y psicológica siempre que no contravengan a lo establecido en la Constitución”²⁶.

4) La protección estatal del trabajo y contra el despido arbitrario

a) “(...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas) (...) aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”²⁷.

b) "El artículo 27° de la Constitución garantiza que la “ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Así, conforme a lo expuesto por este Tribunal en el Fundamento N.º 109 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 00025-2007-PI/TC, la doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad

²⁶ Cfr. Exp. Nro. 01391-2007-AA (Fundamentos jurídicos 11 a 13).

²⁷ Cfr. Exp. Nro. 00206-2005-AA (Fundamentos jurídicos 15 y 20).

laboral comprende dos aspectos: por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales únicamente cuando la labor a cumplir sea de tal naturaleza; y, por otro, la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado. Sin embargo, y como lo ha establecido este Colegiado a través de su reiterada jurisprudencia, mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho a no ser despedido arbitrariamente, sino que solo se reconoce el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario. Por ende, el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario no tiene carácter ilimitado, por lo que mediante ley se pueden establecer ciertas modulaciones a su ejercicio. En el presente caso el ejercicio del derecho al trabajo de los trabajadores públicos se encuentra sujeto a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 39° de la Constitución, en tanto dispone que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”. Si ello es así, no parece irrazonable que tales funcionarios deban ser evaluados periódicamente a efectos de alcanzar un servicio de óptima calidad”²⁸.

c) “(...) el derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial. Así, respecto a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral, el Tribunal Constitucional ha determinado que “mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho ‘a no ser despedido arbitrariamente’. Sólo reconoce el derecho del trabajador a la ‘protección adecuada’ contra el despido arbitrario”. Por ende, el derecho a la estabilidad laboral no tiene carácter ilimitado, por lo que mediante ley se pueden establecer ciertas modulaciones a su ejercicio. En el presente caso la estabilidad laboral de los profesores se encuentra sujeta a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 15° de la Carta Magna que dispone que ‘(...) El Estado y la sociedad procuran su [del profesor] evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes, ’”²⁹.

5) *La jornada laboral de ocho horas diarias*

a) “En materia de jornada de trabajo y descanso semanal, el artículo 25° de la Constitución Política ha establecido que “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Constitucionalmente, es válida la existencia de jornadas acumulativas o atípicas, siempre que no excedan los límites establecidos. Este Colegiado ya se ha pronunciado con referencia a las jornadas de

²⁸ Cfr. Exp. Nro. 00010-2010-AI (Fundamentos Jurídicos de 17 a 19).

²⁹ Cfr. Exp. Nro. 00025-2007-AI (Fundamentos Jurídicos 110 y 111).

trabajo atípicas y acumulativas indicando que “(...) De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:

i) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración (...)

ii) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor (...).”

La jornada de trabajo, por definición, es una unidad de tiempo. Se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio, realizando actos o ejecutando obras. Dicho lapso de tiempo no puede ser empleado en beneficio personal. Históricamente, la razón de ser de la jornada de trabajo ha variado con el transcurso del tiempo. Inicialmente “Limitar la jornada de trabajo fue (...) una forma de evitar los abusos del empleador, luego (...) adecuar el tiempo al salario y viceversa; más adelante se convirtió en un modo de mejorar la calidad de vida dentro y fuera del trabajo, y ahora se piensa en la reducción de la jornada como una forma de luchar contra el desempleo”. A nivel del ordenamiento nacional y en materia de jornada de trabajo, la Constitución Política ha establecido una disposición que, por sus características de imperatividad y el espacio que deja a la autonomía privada, constituye un precepto reconocido doctrinariamente como una norma denominada máxima de derecho necesario, es decir, que se trata de un tope máximo hasta donde la autonomía privada puede pactar; por encima de ello opera la prohibición. Así, se permite la existencia de jornadas alternativas, acumulativas y atípicas, siempre que por la naturaleza especial de las actividades que se realizan así lo requieran y en la medida, claro está, que no se superen dichos topes³⁰.

b) "En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, debemos indicar que se trata de un derecho de reconocimiento internacional a nivel de la normativa sobre derechos humanos, y, a nivel constitucional, el artículo 25° ha establecido que “(...) Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio (subrayado agregado). De esta forma se ha optado por una reserva de ley y posibilidades de pacto mediante Convenio (autonomía colectiva) en esta materia, en cuanto a su disfrute y compensación. Con relación al descanso vacacional, este Colegiado ha señalado que “(...) el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. (...), la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. (...), las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea

³⁰ Cfr. Exp. Nro. 00027-2006-AI (Fundamentos jurídicos 18 a 21).

posible". En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, que es el descanso que se regula en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, la normativa infraconstitucional ha establecido que el trabajador tiene -en el régimen común- derecho a treinta días³⁰ calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios; no obstante, el ejercicio de ese derecho está condicionado, además, al cumplimiento de un récord vacacional por parte del trabajador"³¹.

6) Los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga

a) "En cuanto a la afectación del derecho a la libertad sindical reconocido en el artículo 28°, inciso 1) de la Constitución, debe señalarse que este derecho tiene como contenido la libertad de todo trabajador para afiliarse a un sindicato, así como para el desarrollo libre de su actividad, ya sea en el seno de la Administración Pública o de una empresa particular, en defensa y cautela de sus intereses, a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores. Igualmente el derecho a la libertad sindical tiene como contenido que la facultad que tiene el trabajador para afiliarse o ejercer actividad sindical no sufra ningún menoscabo en sus derechos fundamentales, como podría ser la diferencia de trato carente de toda justificación objetiva y razonable entre trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados. Por ello, cuando se alega que un despido encubre una conducta lesiva del derecho a la libertad sindical, incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedece a causas reales y que no constituye un acto de discriminación por motivos sindicales. Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante previamente debe aportar un indicio razonable que indique que su despido se origina a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales"³².

b) "El derecho de sindicación reconocido en el artículo 28°, inciso 1), de la Constitución tiene como contenido esencial un ámbito de facultades que puede ser agrupados de dos formas: la primera, desde una dimensión individual y la segunda, desde una dimensión plural. La dimensión individual o intuitu persona del derecho de sindicación tiene a su vez un doble contenido: por un lado, un aspecto positivo, que comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse libremente a los sindicatos ya constituidos; y, de otro lado, un aspecto negativo, que comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse, y en caso de estar afiliado, a no ser excluido arbitrariamente. Respecto a su dimensión plural, se ha señalado que esta protege la autonomía sindical, a fin de que el sindicato funcione libremente sin injerencias o actos externos que pudiere afectarlo. Protege, asimismo, las actividades que este desarrolla y la de sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos. (Fundamento Jurídico N.º 6, sentencia recaída en el expediente N°3311-2005-PA/TC). Se entiende así que los trabajadores están facultados para ejercer su libre afiliación al tipo de organización que estimen

³¹ Cfr. Exp. Nro. 00027-2006-AI (Fundamentos jurídicos 22 a 24).

³² Cfr. Exp. Nro. 03884-2010-AA (Fundamentos jurídicos 11 a 13).

conveniente, en este caso un sindicato, siguiendo estrictamente con lo señalado a través del artículo 28 de la Constitución, así como con lo regulado en el estatuto correspondiente, el cual tiene como límite no exigir a los trabajadores interesados medidas irrazonables que impidan ejercer su derecho de libre afiliación"³³.

c) "En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28º, inciso I de la Constitución (Exp. N°0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11º del Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1º del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva)"³⁴.

* * *

Luego de leer la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su vocación para reconocer y tratar a los derechos sociales con igual jerarquía que los llamados derechos de la primera generación, sostenemos que la plena realización de la igualdad material y solidaridad nos lleva a referirnos acerca de los derechos sociales en una constitución, la cual es distinta de los derechos clásicos porque los primeros exigen una actuación positiva por parte del Estado, a diferencia de la libertad, la igualdad formal, y la propiedad que demandan una actitud contraria, una abstención a interferir en la esfera de libertad de las personas. La finalidad de una declaración de derechos sociales en una constitución es hacer efectiva la igualdad material del constitucionalismo clásico para así mejorar la calidad de vida de los ciudadanos; en otras palabras, son algo así como los "derechos cenicienta" porque requieren de un hada madrina (el Estado) para poder realizarlos. En el derecho comparado observamos el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978 que encomienda a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impiden la plena y efectiva realización de la igualdad. Una disposición que ha sido reforzada gracias a su Tribunal Constitucional ampliando los alcances del derecho a la igualdad. De esta forma podemos apreciar la protección que han recibido las mujeres por casos de discriminación³⁵. Si bien no

³³ Cfr. Exp. Nro. 02882-2008-AA (Fundamentos jurídicos 3 a 6).

³⁴ Cfr. Exp. Nro. 05028-2008-AA (Fundamento jurídico 3).

³⁵ Se pueden observar en las sentencias del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) números 19/1989, 28/1992 y 3/1993.

existe una expresa referencia en la Constitución peruana sobre la igualdad material se puede inferir de la lectura de algunos de sus artículos; por ejemplo el segundo párrafo del artículo 23 establece que el Estado peruano “promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”. De igual manera, podría entenderse como un reconocimiento a la igualdad material el artículo 59 que dispone que “el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”.

Pese a que la Undécima disposición final y transitoria establece que “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado una interpretación sosteniendo que “(...) se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación”³⁶; y añade además que “(...) [n]o 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. De este modo, 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 el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente”³⁷.

Finalmente, la dimensión que tiene el Estado Social lo hace intervenir en la realización de todos los derechos y prestaciones a los ciudadanos, con igual vinculación jurídica. Lo cual puede poner en riesgo la libertad si no tenemos cierto cuidado con la actuación estatal, ya que, con su nuevo papel también podrían aumentar significativamente los controles públicos³⁸.

³⁶ Cfr. Exp. Nro. 2945-2003-AA/TC (Fundamento jurídico I 0).

³⁷ Cfr. Exp. Nro. 2945-2003-AA/TC (Fundamento jurídico I 1).

³⁸ HAKANSSON NIETO: *Curso de Derecho Constitucional...*, págs.. 422-423.