

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



**REIVINDICANDO LOS DERECHOS SOCIALES EN EL PERÚ: LA
APLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES POR EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

Tesis para optar el título profesional de Abogada que presenta

Chuy Colonia, Astrid Lucero

Asesor:

Landa Arroyo, César Rodrigo

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, **César Rodrigo Landa Arroyo**, docente de la **Facultad de Derecho** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada:

Reivindicando los derechos sociales en el Perú: la aplicación de las sentencias estructurales por el Tribunal Constitucional.


De la autora:

- **Astridt Lucero Chuy Colonia**

Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **15%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **07/07/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima 27 de noviembre del 2023.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:	
LANDA ARROYO, CÉSAR RODRIGO	
DNI: 07773307	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0801-8873	

*A la memoria de los asesinados y las asesinadas por el Estado peruano
mientras luchaban por condiciones de vida más dignas.*

A mi madre, mi mayor soporte ante la adversidad.

A mi hermana, mi ejemplo de perseverancia.

A mi padre y hermano, por confiar en mí.

A Moisés, la luz de mi vida.



AGRADECIMIENTO

Esta investigación no hubiera sido posible de concluir sin el apoyo incondicional de mi asesor, el Dr. César Landa Arroyo, quien con su experiencia académica, su pasión por el Derecho Constitucional y su calidad humana me guio en este arduo proceso. Asimismo, agradecer al profesor Juan Carlos Díaz Colchado por sus valiosos consejos y críticas constructivas.

Finalmente, expresar mi gratitud a mi madre Edith Colonia por acompañarme incondicionalmente en la realización de mis metas; a mi hermana Milady Chuy, por acogerme y guiarme en mis años más caóticos; y, a Jordi, por siempre decirme que todo estaría bien.



RESUMEN

El reconocimiento formal de los derechos sociales como derechos fundamentales en el Perú resulta una tarea acabada. Sin embargo, en la actualidad, se presenta un segundo desafío que consiste en asegurar su plena efectividad. Por ello, esta tesis tiene como fin responder a la interrogante de cómo las sentencias estructurales pueden convertirse en una herramienta en manos del Tribunal Constitucional para contribuir con la efectivización de estos derechos.

En ese sentido, a partir de un análisis jurisprudencial comparado y doctrinal interdisciplinario, concluimos que el Tribunal Constitucional al expedir una sentencia estructural asume el rol de decisor dentro del ciclo completo de formación de una política pública. Con lo cual, se le otorga la oportunidad excepcional de crear un plan de acción que coadyuve a efectivizar realmente los derechos sociales en favor, en este caso específico, de grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad.

De esa manera, será oportuno establecer la definición de este tipo de sentencia y la de una política pública, la conexión entre ambas; así como, los principales obstáculos que impiden la concreción de los derechos sociales en Perú. Ello a fin de visibilizar la diferencia entre un proceso tradicional de gestación de una política pública social en la que no interviene el Tribunal Constitucional y otro anclado en el marco de una sentencia estructural.

ÍNDICE DE CONTENIDO

Introducción	6
I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS SOCIALES	
1.1. Hacia la construcción de un Estado Constitucional-Convencional de Derecho	10
1.1.1. El Estado Constitucional de Derecho como paradigma inicial	11
1.1.2. El Estado Constitucional-Convencional de Derecho	17
1.2. La Protección de los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales	22
1.2.1. Los derechos sociales y la gestación del Estado Social Constitucional	22
1.2.2. Los derechos sociales como derechos fundamentales	33
1.2.2.1. Los derechos sociales y el Tribunal Constitucional peruano	43
1.3. El Tribunal Constitucional y las políticas públicas	49
1.3.1. La dimensión política del Tribunal Constitucional	50
1.3.2. El control constitucional de las políticas públicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	57
II. LA EMISIÓN DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
2.1. Aproximación al concepto de sentencia estructural	62
2.1.1. Antecedentes	
A. Estados Unidos	63
B. Colombia	68

2.1.2. Definición	77
2.2. Aspectos integrantes indispensables de una sentencia estructural	80
2.1.1 Detección del problema constitucional	80
2.1.2. Establecimiento de los mandatos de cumplimiento	93
2.2.3. Etapa de seguimiento	103
2.3 Diferencias con otras figuras procesales	113
2.3.1. Las sentencias exhortativas	113
2.3.2. Precedente constitucional	121
III. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES Y SU INCIDENCIA EFECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES	
3.1 Principales obstáculos que impiden la concreción de los derechos sociales en el Perú	126
3.1.1. El proceso de mercantilización de los derechos sociales	126
3.1.2 La desnaturalización del principio de progresividad de los derechos sociales	135
3.1.3 La falta de inclusión política de los grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad como víctimas directas de la no satisfacción plena de los derechos sociales	144
3.2 Una política pública y una sentencia estructural: el Tribunal Constitucional como decisor en la formulación de una política pública en defensa de los derechos sociales	154
3.2.1. Formación de la agenda y el diagnóstico del problema constitucional estructural	156
A. Lo social como parte de la agenda desde un enfoque de los derechos humanos	159
3.2.2. Formulación y decisión sobre la política y el diseño de órdenes estructurales	166

A. El establecimiento de objetivos constitucionales y medios con límites temporales verificables	170
3.2.3. La implementación y evaluación de una política pública y la etapa de seguimiento de una sentencia estructural	175
A. El Tribunal Constitucional como fiscalizador de resultados y mediador del control popular	180
Conclusiones	190
Referencias	199



INTRODUCCIÓN

“Por un mundo donde seamos socialmente iguales, humanamente diferentes y totalmente libres.”

Rosa Luxemburgo

Pisarello (2001) advierte que, si bien hoy los derechos sociales se presentan como resultados adquiridos, lo cierto es que se encuentran en reivindicación permanente. Tener presente ello permite comprender la necesidad de una búsqueda continua por dotar de real efectividad a los derechos sociales, teniendo en cuenta lo frágil que puede ser una concepción teórica si es que no se cuenta con actores ni mecanismos dirigidos a sostenerla permanentemente en el plano pragmático. En ese sentido, pese a que podría parecer suficiente el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, la realidad nos ha demostrado que aún presenta vacíos prácticos que se deben intentar suplir.

En efecto, la pandemia por Covid-19 ha visibilizado la situación precaria en la que viven miles de personas en el Perú. El contagio de esta enfermedad; así como, las medidas adoptadas por el Gobierno para hacer frente a su rápida propagación han afectado de manera diferenciada a los diversos sectores que conforman la sociedad peruana, incrementando las condiciones de desventaja de los grupos más vulnerables.

Es así que la emergencia sanitaria nacional - y a nivel mundial - ha conllevado a que se enfatice no solo la discusión sobre la importancia y relevancia de los derechos sociales en un Estado que se autodenomina como social y democrático, sino también ha revelado, una vez más, la actuación deficiente de los poderes políticos en la protección de dichos derechos a través del tiempo. Esta situación, en una sociedad sumamente desigual, condena a las personas de ingresos económicos mínimos a una calidad de vida que atenta contra su dignidad humana.

Cabe precisar que, aun cuando las estadísticas revelan una reducción de las brechas sociales de la pobreza, estas no muestran la verdadera fotografía de la sociedad peruana. Así, en un estudio realizado por la confederación internacional Oxfam a inicios del año 2019 reveló que el índice de desigualdad en el Perú era el doble de las cifras oficiales. Frente a este panorama, las palabras de Pisarello cobran plena vigencia: el reconocimiento de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales no

debería ser una declaración estéril o meramente doctrinaria, sino que su carácter fundamental trae consigo una serie de consecuencias a fin de dotarlos de efectividad.

En este contexto, es que el Tribunal Constitucional y la justicia constitucional pueden jugar un rol relevante para reivindicar, desde el ámbito de sus competencias, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Resultaría contradictorio que el Tribunal como guardián de la Constitución sea indiferente a hechos que ponen en riesgo las bases de un Estado Constitucional de Derecho, más aún cuando el peligro de que ello suceda deviene de las mismas autoridades públicas encargadas de defender la plena vigencia de los derechos fundamentales para todos y todas.

De esa manera, el estudio de las sentencias estructurales es sumamente interesante, ya que pueden convertirse en una de esas herramientas útiles de transformación que se requieren para reivindicar los derechos sociales al ser un tipo de sentencia que, en términos generales, aborda una vulneración masiva, grave y reiterada de derechos fundamentales a causa de fallas estructurales, en la que se expide una serie de órdenes que guardan relación con una política pública y el órgano emisor preserva una facultad de seguimiento. No obstante, en el caso peruano, se advierte que si bien existe una inclusión tácita de esta clase de sentencias, no hay una uniformidad ni una línea clara de lo que implica emitir una sentencia estructural, sobre todo desde una mirada interdisciplinaria.

Justamente por ello, la presente investigación reviste de una importancia teórica ante la falencia de desarrollo doctrinal de esta figura ya utilizada pero aún no explorada ni detallada jurisprudencialmente. Esta carencia de parámetros y criterios en torno a su expedición puede producir un resultado inverso a lo que se pretende lograr con las sentencias estructurales y vulnerar otros principios constitucionales, como la separación de poderes, o no alcanzar los efectos materiales que se esperan con su utilización.

Teniendo en cuenta el panorama planteado, la presente tesis buscará resolver la interrogante de *cómo la implementación de las sentencias estructurales permite al Tribunal Constitucional efectivizar los derechos sociales en el contexto peruano*. De ese modo, evidenciar su trascendencia no solo a nivel de la doctrina sino también a nivel social. Dado que es indispensable al momento de estudiar las sentencias estructurales y los derechos sociales evocar la dimensión política del Tribunal, específicamente, su rol en la formación de políticas públicas.

En la actualidad, no existe una claridad sobre el papel que asumiría el Tribunal Constitucional al emitir una sentencia estructural en nuestro contexto y el impacto material en la optimización de los derechos sociales. Si bien existe una línea jurisprudencial que acepta el control constitucional sobre las políticas públicas, aún queda pendiente responder de qué manera y hasta qué punto, en su posición de garante máximo de la Constitución, el Tribunal puede intervenir en un procedimiento tradicionalmente reservado para el Poder Ejecutivo y el Parlamento a fin de proteger los derechos fundamentales y, en este caso en particular, los derechos sociales.

En ese sentido, considerar que el Tribunal Constitucional solo puede ordenar la implementación de una política pública con la emisión de una sentencia estructural, sería una visión simplificada de una decisión tan compleja. Precisamente, este tipo de sentencia pone en discusión nuevamente la relación entre la justicia constitucional y el ámbito político; y, más en concreto, el papel de los Tribunales Constitucionales en las políticas públicas.

Siendo ello así, en esta investigación se sostendrá que *las sentencias estructurales son mecanismos que contribuyen al cumplimiento efectivo de los derechos sociales, principalmente en su dimensión prestacional, debido a que a través de las mismas el Tribunal Constitucional se convierte en un decisor atípico en la creación de políticas públicas que coadyuvan al tratamiento de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales*. Por consiguiente, nuestro objetivo general será determinar de qué manera esta clase de sentencia es capaz de contribuir a una protección efectiva de los derechos sociales en el Perú a partir de su incidencia directa en la elaboración de una política pública.

Para lograr dicho objetivo, la presente tesis se dividirá en tres capítulos. En el primer capítulo, se abordará como punto de partida qué significa que el Perú sea un Estado Constitucional y Convencional de Derecho, ya que este será el marco de actuación en el que se anclará toda decisión pública y privada. Seguidamente, se explicará el rol del Tribunal Constitucional peruano en la protección de los derechos sociales, desde la consolidación del Estado Social en el Perú hasta el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales y, posteriormente, se precisarán los alcances del control constitucional de las políticas públicas hasta el momento plena y expresamente establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por su parte, el segundo capítulo se enfocará en el estudio de las sentencias estructurales y su emisión por parte de los Tribunales Constitucionales. En consecuencia, se iniciará con una aproximación al concepto de sentencia estructural con base en sus antecedentes provenientes del constitucionalismo estadounidense y colombiano. Esto, a su vez, permitirá desarrollar los componentes que convierten a una sentencia en una sentencia estructural, logrando distinguirla, claramente, de otras figuras procesales utilizadas por el Tribunal Constitucional peruano como el precedente constitucional, el Estado de Cosas Inconstitucional o las sentencias exhortativas.

Finalmente, en el tercer capítulo se brindará respuesta a la interrogante formulada inicialmente, determinando la incidencia efectiva de las sentencias estructurales en la protección de los derechos sociales. Por tanto, en primer lugar, se establecerán como principales obstáculos que impiden la efectivización de los derechos sociales en el Perú a: i) el proceso de mercantilización de los derechos sociales; ii) la desnaturalización del principio de progresividad; y, iii) la falta de inclusión de los(as) destinatarios(a) de las políticas públicas en la toma de decisiones.

Ante esto, en segundo lugar, se determinará el papel, en el marco de una sentencia estructural, que asume el Tribunal Constitucional en cada una de las fases del ciclo de formación de una política pública, consistentes en la elaboración de la agenda pública, la decisión sobre la política, la implementación y la evaluación. A partir de ello, en tercer lugar, se explicará cómo mediante las decisiones que toma el Tribunal a lo largo de la formación de una política pública conlleva a afrontar los principales obstáculos para la materialización de los derechos sociales en el contexto peruano.

De esa manera, una vez corroborada nuestra hipótesis se podrá evidenciar la utilidad práctica de una sentencia estructural que convierte en imperativo su implementación en una sociedad en la que los derechos sociales tienen un reconocimiento como derechos fundamentales más formal que material. Este panorama nos invita a explorar sobre el papel que realmente puede llegar a ocupar el Tribunal Constitucional en nuestro país en el ámbito de las políticas públicas, teniendo en cuenta las profundas desigualdades sociales que caracterizan al Perú.

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS SOCIALES

La relación entre la justicia constitucional y los derechos sociales no debe ser analizada al margen del tipo de Estado que se ha elegido como paradigma, puesto que este regirá la conducta de los sujetos en una sociedad. Por ello, resulta fundamental iniciar examinando qué implica que el Perú se reconozca como un Estado Constitucional, teniendo en cuenta, además, las mutaciones que ha sufrido como consecuencia de la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de derechos humanos.

Una vez plasmados los valores y principios que inspiran el ordenamiento jurídico actual y sostienen al Estado, nos enfocaremos en el proceso de reivindicación de los derechos sociales como derechos fundamentales en manos de los órganos jurisdiccionales, enfocándonos en los Tribunales Constitucionales. A partir de ello, se procederá a explorar la dimensión política de este órgano, aterrizando en el control que se ha venido ejerciendo sobre las políticas públicas por parte del Tribunal Constitucional peruano, al ser estas piezas importantes en la materialización de los derechos sociales.

En ese sentido, por un lado, se presentará el modelo de Estado que traza el marco de actuación tanto para agentes públicos como privados. Y, por otro lado, se plasmará el *status quo* actual de los derechos sociales en el Perú y el papel que ha ocupado el Tribunal Constitucional, por medio de su jurisprudencia, en relación a su respeto, garantía y protección.

1.2. Hacia la construcción de un Estado Constitucional-Convencional de Derecho

En la actualidad, resulta innegable la interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente, cuando se trata de la protección efectiva de los derechos fundamentales. Es así que, en la lucha por construir una sociedad cuyo fin supremo sea la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, la Constitución como norma suprema en un Estado Constitucional de Derecho no se encuentra sola, sino que se une a ella instrumentos provenientes del ámbito internacional.

Para comprender tal panorama, se convierte en imperativo conocer en qué consiste el Estado Constitucional como paradigma base, en el que se enmarcará aquel proceso de convencionalización que ha venido experimentando el derecho interno. Ello permitirá

comprender los pilares o principios que sostienen el ordenamiento jurídico-social peruano; siendo esto de suma importancia, ya que toda medida o acción debe estar no solo delimitada por los mismos, sino también dirigida a su optimización.

1.1.1. El Estado Constitucional de Derecho como paradigma inicial

Resulta prácticamente incuestionable que el Estado peruano ha optado por ser un Estado Constitucional de Derecho (Tribunal Constitucional del Perú [TC], Exp. 5854-2005-PA/TC, 2005, párr. 3-11); sin embargo, es sumamente difícil establecer con exactitud las implicaciones no solo teóricas sino también prácticas de tal afirmación. Y es que este tipo de Estado termina siendo la "suma parcial de filosofías políticas, textos de los clásicos, programas de partidos políticos, saber derivado de la experiencia, incluso de las 'heridas' de numerosas generaciones, así como de utopías concretas; es también la suma parcial de procesos revolucionarios y evolutivos" (Haberle, 2003, p. 45).

De ese modo, no solo se trata de un mero cambio en la jerarquía normativa que posiciona a la Constitución como norma suprema en lugar de la ley, sino que el Estado Constitucional significa una verdadera transformación en la cultura jurídica y política (Zagrebelsky, 1999). Pese a esta complejidad detrás, a efectos de la presente investigación, se brindará una aproximación de lo que significa ser un Estado Constitucional a partir de sus principales características.

i) Supremacía de la Constitución

El paradigma antecesor al Estado Constitucional viene siendo el Estado Legal de Derecho, esencialmente legislativo, en el que la ley era su norma suprema (Zagrebelsky, 2003). Con la transición a un Estado Constitucional se produjo una inversión de posiciones entre la ley y la Constitución, siendo esta última la que ocupa la cúspide de la jerarquía de las fuentes del derecho. En ese sentido, Laporta (1999) explica que un aspecto clave que permite diferenciar entre la Constitución del Estado Legal con la de los Estados Constitucionales es su calidad de norma jurídica, capaz de vincular no solo a los poderes públicos sino también a los particulares.

Por ende, pese a la existencia de documentos constitucionales en un Estado Legal, se tiene que estos no se encontraban revestidos de fuerza vinculante; mientras que, respecto a las leyes, no había duda alguna sobre su obligatorio cumplimiento. De ese

modo, de documentos constitucionales flexibles sujetos a la voluntad legislativa se pasó a Constituciones concebidas como auténticas normas jurídicas-políticas plenamente vinculantes. Una expresión de ello fue la aparición y consolidación del control de constitucionalidad que los órganos jurisdiccionales podían realizar sobre las leyes y toda decisión pública a fin de remediar cualquier incompatibilidad con la Constitución (Bachof, 1986), aspecto que se explorará más adelante.

En ese sentido, a partir de su tratamiento como normas jurídicas, se configuran determinados rasgos esenciales de las Constituciones de los Estados Constitucionales. Así, siguiendo a Aguiló (2001), se tiene que, en primer lugar, la Constitución deberá estar revestida de rigidez, siendo que todo intento de reforma no se encontrará más a la libre discrecionalidad del legislador. Esto es una consecuencia lógica del hecho consistente en que la construcción de una Constitución implica un “momento decisional” en manos de un poder constituyente (el pueblo), en el que se definen las reglas mínimas de comportamiento para los poderes públicos y los miembros de una sociedad.

Cabe precisar que esta rigidez no debe ser confundida con una inalterabilidad absoluta. El fin de la existencia de candados que impidan reducir a la Constitución a una mera norma política al servicio de intereses particulares, no implica que esta sea incapaz de adaptarse a nuevas necesidades que requieran una respuesta constitucional. Esto en la medida que la “Constitución, como la sociedad en la que rige, tiene su vida propia; no es una estructura rígida, estática, sino un rico entramado elaborado para organizar el complejo proceso del poder y la intensa vida social” (Valadés, 2003, p. XXXIII).

En segundo lugar, la Constitución incorpora, por un lado, el diseño institucional del aparato estatal, estableciendo las pautas de acción institucional de los poderes públicos de conformidad a determinados valores y fines en los que se sostendrá el Estado. Por el otro lado, dichos valores y objetivos se concretan en principios regulativos de la actuación de la autoridad pública, que cobran la forma de derechos orientados a evitar el autoritarismo, la arbitrariedad, garantizar la participación política y eliminar la exclusión social (Aguiló, 2001).

De esa manera, se observa que la Constitución tendrá como objeto no solo a la estructura política del Estado, conocida como la parte orgánica del texto constitucional, sino también a los derechos fundamentales; elementos que determinan la organización básica de una sociedad. Sin embargo, cabe precisar que no existe una estricta división entre uno y otro, sino que ambos interactúan entre sí y forman una sola Constitución (Haberle, 2003).

En tercer lugar, Aguiló (2001) se refiere a la práctica constitucional. En otras palabras, la Constitución debe ser aceptada como norma fundamental de la comunidad política y jurídica; por ende, ser usada como parámetro de validez y regulador de las conductas del Estado y sus miembros. En consecuencia, como afirma Haberle (2003), “la Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida [...], no solo es el Estado el constituido (la Constitución no es solo del Estado)” (p. 3).

Ahora bien, la Constitución no solo se caracteriza por su máximo rango, su fuerza vinculante y su objeto, sino también por la indeterminación de las disposiciones que la integran. Y es que, la premisa de la predeterminación legislativa no resultaba sostenible ante la aparición de nuevas demandas y actores sociales - por ejemplo, los sindicatos - que reclamaban tutela del ordenamiento jurídico. En consecuencia, de una regla clara con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica establecida, se transitó a formulaciones genéricas. Por ejemplo, respecto a la Administración, se pasó de responsabilidades predefinidas exclusivamente por la ley a contar también con fines sustantivos que requerían una determinación propia (Zagrebelsky, 2003).

En consecuencia, el Derecho ya no solo estaba compuesto por *normas reglas*, sino también por *normas principios*, las cuales comienzan a ocupar un rol preponderante y se exige una mayor interpretación por parte de sus destinatarios, debido a su estructura abierta en relación a sus condiciones de aplicación (Alexy, 2009). Ello a fin de encontrar soluciones jurídicas concretas e idóneas, teniendo en cuenta además los valores constitucionales subyacentes al texto jurídico.

(ii) Vigencia efectiva de los derechos fundamentales

Como ya se ha advertido, las Constituciones actuales tienen tanto una dimensión normativa u orgánica como una dimensión valorativa, la cual incluye principios y valores. El catálogo de derechos fundamentales suele ser parte de esta segunda dimensión (Alvites, 2018) y al estar contenidos en la Constitución, ya sea explícita o implícitamente, estos también ocupan el máximo rango en la jerarquía normativa. Así, en su calidad de derechos básicos del ser humano, se configuran como fundamentos del Estado¹ y la sociedad (Landa, 2017), lo cual se condice con la concepción antropocéntrica de la

¹ Cabe recordar el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el cual consagra que: "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución". En la actualidad, dicha prerrogativa mantiene plena vigencia, siendo que la conexidad entre derechos y Constitución resulta incontrovertible en la medida que toda Constitución incluye un catálogo de derechos fundamentales.

Constitución, es decir, las disposiciones constitucionales en su conjunto se encuentran al servicio de la persona (Haberle, 2003).

Por ello, siguiendo la tesis de Alexy (2009), resulta idóneo sostener que los derechos fundamentales en un Estado Constitucional, en su mayoría, poseen una estructura de normas principios, caracterizándose por grados de indeterminación lingüística que conlleva a dotarlos de contenido, a unos más que a otros. De esa manera, se tratan de mandatos de optimización cuyo nivel máximo de satisfacción deberá tener en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas existentes.

Es en este contexto que los derechos de libertad y propiedad ya no serán los únicos que se traten de resguardar tal como sucedía en el Estado Legal, dado que con el cambio hacia un Estado Constitucional, la libertad no solo se leerá en función a la autonomía individual sino también en términos del interés de la colectividad (Zagrebelsky, 2003). A partir de ello, se comienza a posicionar las demandas sociales y la preocupación por bienes escasos, gestando el Estado Social Constitucional que se discutirá en el siguiente acápite.

Finalmente, es importante tener presente que los derechos fundamentales poseen un doble carácter (Haberle, 2003): i) *una dimensión individual*, consistente en que toda persona es titular de posiciones subjetivas, indisponibles e inalienables, por su sola condición de persona humana y, por ende, capaz de exigir su tutela; y, ii) *una dimensión colectiva u objetiva* (Landa, 2019), mediante la cual se concibe a los derechos como principios que integran el ordenamiento jurídico con el fin de guiar la conducta estatal hacia algo o limitarla.

De ese modo, “[...] los derechos fundamentales se presentan como tales, pero también con el ‘ropaje’ de tareas del Estado. Inversamente, estas se manifiestan como contenidos objetivados de los derechos fundamentales” (Haberle, 2003,p.99). Por consiguiente, los mismos no solo dejan de estar sujetos al arbitrio de la creación del legislador, convirtiéndose en verdaderos límites de la actuación legislativa, sino también en mandatos que exigen una actuación positiva por parte del Estado a fin de asegurar su respeto, protección y garantía.

(iii) Control y limitación del poder político

La razón de ser del Estado Legal fue evitar la concentración del poder político, argumento presente hasta la fecha. Sin embargo, la transformación recae en el cómo se viene ejerciendo dicho control y la limitación del poder. En esa línea, cabe recordar que con este nuevo paradigma se extendió el ámbito de actuación de la Administración Pública, dado que se establecieron los fines que se debían alcanzar, pero no el cómo lograrlos. Así, de una conducta meramente abstencionista, salvo que se tratara de asegurar la aplicación de la ley, se pasó a una conducta de gestión que requería velar tanto por el interés individual de las personas como por el interés público (Zagrebel'sky, 2003).

De igual manera, la jurisdicción ya no solo se reducía a la aplicación de la ley, sino que ahora debía controlar la constitucionalidad de la misma. De ese modo, no solo tenía que verificar la validez formal de las leyes sino también analizar su compatibilidad con el sistema de principios y derechos recogidos en la Constitución. Siendo que, ante la indeterminación de las disposiciones constitucionales, su labor interpretativa cobró mayor relevancia y abrió las puertas a nuevas interrogantes sobre los límites de su actuación (Zagrebel'sky, 2003). Aunado a que, como se adelantó anteriormente, no solo las leyes se convirtieron en objeto de control sino toda decisión pública y cualquier acto que atentara contra los derechos fundamentales.

Ante este panorama, se tiene que el principio de separación de poderes bajo el Estado Legal de Derecho, circunscrito a las tres funciones clásicas de los poderes públicos: legislar, ejecutar y administrar justicia (Zagrebel'sky, 2003), dejó de ser suficiente. Esto debido a que en el esquema constitucional aparecen nuevos órganos con competencias determinadas, como las Defensorías del Pueblo o los Tribunales Constitucionales, que juegan igualmente un rol importante en el correcto funcionamiento del Estado.

Además, conforme lo mencionado, los derechos fundamentales exigen no solo que cada poder cumpla con la acción institucional asignada constitucionalmente, sino también que interactúen entre sí para lograr la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. De ese modo, se comienza a construir el principio de colaboración entre poderes; así como, se habilita que ciertas acciones privativas de determinados órganos sean desarrolladas por otros. Por ejemplo, la delegación de facultades del Legislativo al Ejecutivo.

Justamente por ello, el Tribunal Constitucional del Perú, de manera acertada, ha enfatizado en el replanteamiento del principio de separación de poderes en su sentencia recaída en el expediente N° 0006-2018-PI/TC (2018); abandonando la concepción

tradicional para establecer los siguientes significados que componen tal principio en un Estado Constitucional:

(a) *El principio de separación de poderes propiamente dicho* hace referencia, por un lado, a las competencias asignadas a cada poder del Estado y órgano constitucionalmente autónomo; y, por el otro lado, a las funciones sociales y políticas. Se parte de la premisa de una relación horizontal y se reconoce la posibilidad de que ocurran tensiones.

(b) *El principio de balance entre poderes*, o búsqueda de equilibrio (*check and balance*), requiere que existan mecanismos de coordinación, por ejemplo, delegación de facultades al Ejecutivo, iniciativas legislativas, cuestión de confianza sobre el plan de gobierno, etc. Del mismo modo, prevé mecanismos de control de naturaleza política y jurídica; así como, mecanismos de equilibrio entre poderes, respeto a la autonomía funcional, regulación de competencias y funciones, asignación presupuestaria, entre otros. Esto está dirigido a buscar el balance y el logro de los fines del Estado.

(c) *Principio de cooperación*, bajo el cual las competencias y funciones deben estar dirigidas al cumplimiento de los fines del Estado y a la materialización de los valores y bienes constitucionales que inspiran el sistema jurídico y político. Para lo cual, se debe tener en cuenta que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

De ese modo, resulta idóneo que la concepción formal clásica de la separación de poderes haya sido dotada de un contenido material que responde al dinamismo de la sociedad y permite cumplir sus deberes en cuanto a las dimensiones formales y axiológicas que establece la Constitución.

Ahora bien, con base a lo expuesto, se tiene que el Perú reconoce, en el artículo 138 de la Constitución, la supremacía constitucional al establecer que, ante una incompatibilidad con cualquier norma legal, se deberá preferir a las normas constitucionales; así como, el artículo 200 consagra los procesos constitucionales que buscan resguardar la fuerza vinculante de la Constitución (primera característica). Asimismo, el artículo 44 estipula que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (segunda característica). Finalmente, el artículo 43 de la Constitución establece que el Estado se organiza según el principio de separación de poderes (tercera característica).

De esa forma, es indudable la decisión del poder constituyente de adoptar un sistema jurídico-político constitucional, tal como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional; por lo que, corresponde asumir las implicancias de tal adopción.

1.1.2. El Estado Constitucional-Convencional de Derecho

A medida de la interacción entre los Estados, la globalización y el auge de los derechos humanos; así como, la evolución del Derecho Internacional contemporáneo, nos ha puesto frente a un nuevo fenómeno denominado Estado Convencional. Al respecto, Peces Barba (1999) identificó problemáticas generalizadas, como la esclavitud o los conflictos armados, que no solo se limitaban al ámbito interno, sino también a la comunidad internacional, lo que dio origen a un proceso de internacionalización de los derechos fundamentales. De ese modo, los Estados comenzaron a unirse para luchas comunes, que responden a una realidad social cada vez más globalizada.

Seguidamente, episodios como la Segunda Guerra Mundial caracterizados por la conversión de las personas en meros objetos desechables, derivó en que el derecho internacional transite por un proceso de humanización (Peces Barba, 1999) cuyo principal resultado fue colocar a la persona humana como sujeto de protección máxima. Ejemplo claro de dicho posicionamiento fue la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos desde el sistema universal; y, desde el sistema regional interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; ambos del año 1948.

Esto gestó un piso común internacional: la defensa de la persona humana. Justamente por ello, los Estados comienzan a asumir obligaciones jurídicas que no solo derivan de tratados, sino también de principios del derecho internacional general, normas *ius cogens* y demás fuentes del derecho internacional que van posicionándose en los ordenamientos internos. Así, la identificación de intereses esenciales de la comunidad internacional está guiada por la búsqueda de la paz plena, la cual no puede conseguirse sin el respeto, protección y garantía de los derechos humanos (Peces-Barba, 1999).

Aunado a ello, la impregnación del enfoque humanista del derecho internacional de los derechos humanos concedió a los individuos la titularidad subjetiva para reclamar internacionalmente el goce de sus derechos, aunque de manera limitada, contra aquel Estado que no cumpliera con sus responsabilidades internacionales (Peces-Barba,

1999). De esa manera, la soberanía de los Estados y su visión absoluta como argumento para justificar la insuficiente protección estatal de un determinado derecho sucumbe ante sus obligaciones jurídicas provenientes del ámbito internacional.

Frente a esto, surge la interrogante de si aquel proceso de internacionalización ha conllevado a transitar a un nuevo paradigma denominado Estado Convencional, superando al Estado Constitucional de Derecho. Sin duda, este es un debate sumamente amplio² y de reciente data cuya respuesta final escapa de los límites de este trabajo de investigación. No obstante, es posible y resulta necesario plantear algunos aspectos de la interacción entre la jurisdicción nacional e internacional que, si bien no darán la respuesta última, mínimamente evidenciará la coexistencia entre un Estado Constitucional y un Estado Convencional en el Perú.

Luis Vigo (2016) señala como un rasgo distintivo del Estado Convencional la posición de los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía de las fuentes del derecho. Tal y como señala el autor, la mayoría de Constituciones americanas han optado por brindar un reconocimiento constitucional a los tratados, otorgándoles la misma jerarquía que la Constitución como piso mínimo, mientras que otros países le otorgan un nivel superior.

En el caso peruano, cabe recordar que la Constitución de 1979, en su artículo 105, establecía que los tratados internacionales relativos a los derechos humanos tenían una jerarquía constitucional. Sin embargo, la actual Constitución de 1993 eliminó dicho reconocimiento, señalando únicamente que los tratados internacionales, en general, forman parte del derecho nacional (artículo 55), sin asignar explícitamente alguna posición dentro del sistema jurídico.

Ante este silencio del Constituyente, se han planteado diversas tesis³ que buscan definir la posición de los tratados internacionales, específicamente, de derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano. Entre las posturas expuestas, se tenía la que cuestionaba la fuerza constitucional de los tratados de derechos humanos con base a una lectura literal del inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, el cual establece que

² Lovatón, D. (2017) *La gestión del Estado Constitucional Interamericano en el Perú*. [Tesis para optar el título de doctor en Derecho]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

³ Para mayor información léase: Landa, C. (2002) La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, pp. 319-347.

la Acción de Inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley, nombrando genéricamente a los tratados como parte de las mismas (Rodríguez, 1997).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mediante su jurisprudencia, determinó que los tratados de derechos humanos ostentan rango constitucional (TC, Exp. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, 2006). Ello debido a que la cláusula abierta de derechos fundamentales del artículo 3 de la Constitución habilita la protección constitucional de derechos de naturaleza análoga, pese a que no estén expresamente reconocidos; más aún cuando estos están fundados en la dignidad humana, tal como sucede con los derechos humanos. Además, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución también dispone que las normas relacionadas a derechos fundamentales deben ser interpretadas acorde a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados ratificados por el Perú sobre la materia.

Esta afirmación, a su vez, reforzó la noción de eficacia y obligatoriedad de los fallos internacionales y otros instrumentos expedidos por órganos internacionales que desarrollan el contenido de los tratados de derechos humanos, siendo este un indicador más de la gestación de un Estado Convencional (Vigo, 2016). Así, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sea el Estado peruano o no el demandado, han venido formando parte del parámetro de control interno de aquellos actos u omisiones contrarios a los derechos fundamentales.

De igual manera, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las Observaciones Generales del Sistema Universal y demás documentos, más allá del debate en torno a su vinculatoriedad⁴, han demostrado su incidencia no solo en el ámbito jurisdiccional sino en todo el ordenamiento jurídico interno. En efecto, Lovatón (2015) identificó diversos casos de la recepción de los estándares interamericanos en la toma de decisiones públicas en el Perú. Por ejemplo, respecto a la aplicación de la pena de muerte, la no aprobación de proyectos de ley que restringían indebidamente derechos humanos en el afán de luchar contra el terrorismo, replanteamientos en relación a la justicia militar, etc.

⁴ Véase Díaz, J (2019) La fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Alcances y límites. [Tesis para optar el título de Magíster en Investigación Jurídica]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

De manera similar, los tribunales internos, tanto de la justicia ordinaria como constitucional, han fortalecido su relación con los tribunales internacionales invocando disposiciones convencionales para la resolución de controversias o alcanzando interpretaciones acordes a las sentencias de las Corte IDH, Observaciones Generales, entre otros (Landa, 2016). En ese sentido, como un acuerdo mínimo, el Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307), en su artículo VIII, estipula la obligación de que los derechos fundamentales, en el marco de los procesos constitucionales, sean interpretados conforme, además de los tratados, a las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales cuya competencia ha reconocido el Perú.

En consecuencia, se viene construyendo una interacción entre el derecho internacional y derecho constitucional que busca el diálogo jurisprudencial, consistente en que los tribunales nacionales tomen en cuenta las interpretaciones de los tribunales internacionales, pero que dicha acción sea recíproca (Bustos, 2012). Si bien la consolidación de un diálogo es aún incipiente en el Perú, como sostiene Castilla (2009), un aspecto importante para que haya un diálogo es que los jueces y las juezas nacionales, como integrantes del Estado, sean conscientes que su actuación está sometida a los tratados de derechos humanos que se suscriban.

Justamente por ello, en un Estado Constitucional y Convencional no solo se busca resguardar la operatividad de las disposiciones constitucionales, sino también de los tratados internacionales de derechos humanos; en consecuencia, al control constitucional se le suma el control de convencionalidad. En ese sentido, toda decisión de los órganos jurisdiccionales debe estar conforme a los tratados y la jurisprudencia internacional; traduciéndose en una aplicación simultánea de ambas herramientas jurídicas de control, práctica que ha venido consolidándose en la labor del Tribunal Constitucional peruano⁵.

Ahora bien, siguiendo con los rasgos de un Estado Convencional, Vigo (2016) sostiene que tanto en el Estado Legal como en el Estado Constitucional se percibe una "jerarquía apriorística" de las fuentes del Derecho (p. 389); es decir, una jerarquía predeterminada al caso: en el primero primaba la ley, mientras que en el segundo la Constitución. Por el contrario, en el Estado Convencional la jerarquía apriorística se rompe, pues la protección de los derechos humanos dependerá de cada caso en concreto.

⁵ Para mayor detalle, revisar: Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 04617-2012-PA/TC. 12 de marzo de 2014. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 01665-2014-PHC/TC. 25 de agosto de 2015.

Este rasgo no resulta ajeno al sistema jurídico peruano, pues el Tribunal Constitucional ha logrado identificar que tanto el constitucionalismo como el modelo de protección internacional de los derechos humanos comparten una “identidad nuclear sustancial”, consistente en el valor asignado a la dignidad humana como fin último del poder (Exp. N° 2730-2006-PA/TC, 2006, párr. 9; Landa, 2002). Entonces, al tener un mismo punto de encuentro, es posible comprender - de mejor manera - que en determinadas ocasiones prevalecerá ya sea la norma constitucional o la norma convencional, dependiendo de las circunstancias concretas y de cual brinda una máxima protección a la persona sin que ocurra una tensión.

Para concluir, si bien no es posible afirmar la transición completa de un Estado Constitucional a un Estado Convencional, se puede determinar, sin duda alguna, la presencia de determinadas particularidades que permiten advertir su interacción; tales como: la irradiación de los tratados de derechos humanos en el fuero interno, la vinculatoriedad de los pronunciamientos relacionados a ellos y la inclusión de todo estándar internacional que coadyuve a la protección de los derechos fundamentales, lo cual ha dado inicio a un diálogo jurisprudencial. Esta situación exige que los tribunales nacionales asuman también el resguardo de las normas internacionales, por ejemplo, a través del control de convencionalidad.

Ahora bien, recapitulando lo desarrollado hasta este punto, se ha determinado que un primer escalón es haber apostado por un modelo constitucional en el que la supremacía de la Constitución, la vigencia de los derechos fundamentales y el control del poder político marcan la pauta de acción del Estado y sus miembros. Sin embargo, al ritmo en el que la sociedad evoluciona, su sistema jurídico-político que lo organiza también comienza a reformarse a fin de hacer frente a situaciones que ponen en peligro lo hasta ahora logrado o que permitan continuar perfeccionando el estado de cosas conseguido.

De ese modo, se debe tener claro que la consolidación de un Estado al servicio de la persona humana; y, con ello, la construcción de una sociedad libre e igualitaria, constituyen procesos que traspasan los límites internos de cada país. Siendo la convencionalización del derecho un proceso que ha permitido repensar los postulados del modelo actual y perfeccionarlos con el objetivo de brindar una protección más tuitiva a toda persona.

1.2. La Protección de los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales

Detrás de los derechos sociales se encuentran diversas historias de lucha contra un Estado construido para ser indiferente a las demandas de los sectores oprimidos; así como, frente a actores sociales dispuestos a perpetuar una situación injusta para los otros a fin de mantener su posición dentro de la jerarquía social. Debido a ello, llegar a la conclusión de que los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales no ha sido de manera inmediata; y, mucho menos, resulta una tarea acabada.

En ese sentido, en este apartado se abordará como primer punto el proceso evolutivo de la cuestión social de manera general y, de manera específica, de los derechos sociales; analizando el paso del Estado Liberal al Estado Social. Así, teniendo en cuenta el panorama histórico, en un segundo momento, nos enfocaremos en el papel del Tribunal Constitucional peruano en el tratamiento de los derechos sociales como derechos fundamentales.

De esa manera, se plasmará el estado actual de los derechos sociales en el Perú y la participación de la justicia constitucional, representada por el Tribunal Constitucional, como aliada de los derechos sociales para su protección como derechos fundamentales. Esto permitirá recordar que los derechos sociales han sido el resultado de múltiples luchas por la tutela de la persona humana y su dignidad.

1.2.1. Los derechos sociales y la gestación del Estado Social Constitucional

La aparición del Estado Legal de Derecho como reacción al absolutismo, conllevó a consagrar como uno de sus pilares la exaltación de las libertades y la autonomía desde un enfoque individualista; por ende, las personas debían crear sus relaciones jurídicas sin la participación del Estado y en función a sus intereses individuales. De esa manera, en este primer estadio, el sujeto titular de derechos era concebido como un *individuo "pre-social"*, siendo esta una consecuencia concreta de esa mirada individualista y la primacía de las libertades negativas (Mezzetti, 2015, p. 28).

Este pensamiento fue validado por la gran expansión económica a causa del fenómeno de industrialización que derivó en la acumulación de riqueza por parte de los dueños de los medios de producción a partir de la segunda mitad del siglo XIX, consolidándose el denominado sistema económico capitalista; que convirtió al mercado en una zona intangible para el poder público. En esa línea, se configura también un modelo de derecho privado clásico, en el que se transcribe jurídicamente los presupuestos y

prescripciones de la economía política tradicional, distinguido - siguiendo a Abramovich y Courtis (2002) - por :

(i) La unidad de análisis de la acción humana es individual, idea que fundamenta la noción de derechos individuales.

(ii) La racionalidad del sujeto actuante y su capacidad volitiva y cognoscitiva que plantea que él o ella es capaz de decidir lo mejor para él. De esa manera, se puede hablar de sujetos de derechos, igualdad formal, igualdad de las partes contratantes, etc.

(iii) El mercado como mejor mecanismo de creación de riqueza y de asignación de factores económicos, consagrando el principio de autonomía de la voluntad y del contrato como mecanismos válidos para intercambiar bienes y servicios.

(iv) El Estado se limita a crear reglas generales y abstractas (legislación), proteger los bienes jurídicos individuales, establecer las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad, defensa); y, según correspondiera, el restablecimiento de este equilibrio a través de la justicia civil o, en casos graves, la intervención de la justicia penal.

Sin embargo, bajo este esquema liberal, capitalista y privado que, si bien significó un auge en términos económicos, implicó que la clase trabajadora ejecutora del referido proceso entrara en un estado de empobrecimiento continuo. Por ende, se produjo una colisión entre la clase social empobrecida por el capitalismo liberal y la clase social acumuladora de riqueza, en atención a la desproporcionada destrucción social, caracterizada por:

[...] los desequilibrios producidos por parte del libre juego de las fuerzas sociales y de la incertidumbre innata en los mecanismos espontáneos del mercado; las consiguientes crisis cíclicas y el desarrollo de situaciones de enorme y generalizada miseria; la jerarquización universal de las relaciones de trabajo y la reducción de la actividad laboral a mercancía de cambio (Mezzetti, 2015, p. 16)

Ante ello, comienza a germinar con mayor intensidad la cuestión social y los derechos sociales encontrarán terreno para su nacimiento (Pisarello, 2001). Más aún porque, hasta ese momento, el control social fue delegado a círculos familiares, amicales u organizaciones de caridad, beneficencia o religiosas, construyéndose un sistema privado de asistencia social (Mezzetti, 2015).

Efectivamente, con la agudización del empobrecimiento causado por el capitalismo, la visión de la propiedad y libertad como bienes intangibles y absolutos comenzó a atenuarse y se acentuó en la urgencia de que el Estado sea quien asuma la protección social de sus miembros (Pisarello, 2001). Lo cual incluía la exigencia de ingresar al catálogo de derechos a los derechos sociales como expresión de la necesidad de brindar las condiciones materiales básicas para la subsistencia de la persona humana; así como, para su desarrollo dentro de la sociedad de manera digna. Así, los derechos laborales, a la seguridad social, salud, educación, alimentación, entre otros se convirtieron en objetos que buscaban un amparo real y obligatorio.

Posteriormente, en el siglo XX, ocurrieron dos ejemplos evidentes del inicio de un proceso de posicionamiento de la preocupación por el bienestar colectivo, que dio paso a la construcción de un constitucionalismo social. Por un lado, la Constitución de Querétaro de 1917 (México), primera Constitución cuyo carácter social fue su principal característica, consagró no solo libertades y derechos políticos sino también, a raíz de la profunda desigualdad social que estaba padeciendo la sociedad mexicana, se enfatizó, entre otros, en un papel intervencionista del Estado y en la estipulación de derechos, que tenían la cualidad de ser vinculantes, en favor de la clase trabajadora y demás sectores vulnerables (Bonavides, 2018).

Por el otro lado, se encuentra la Constitución de Weimar de 1919, que introdujo explícitamente la cláusula jurídica del "Estado Social" y constitucionalizó el sistema de protección social, basándose en tres principios. El primero de ellos consistió en la subordinación de la actividad individual al interés colectivo cuando ésta sea socialmente relevante; en segundo lugar, la concepción de la igualdad desde una dimensión sustancial y no solo formal circunscrita a la igualdad ante la ley; y, finalmente, la intervención de órganos públicos en la producción de bienes y servicios a fin de promover la justa repartición de la riqueza (Mezzetti, 2015).

La importancia detrás de este texto constitucional es que intentó sentar las bases para derribar el modelo liberal clásico, otorgándole una posición preferente a la justicia social en aquella zona históricamente intangible como lo era el orden económico. Debido a ello, pese a su posterior declinación normativa, sus postulados continúan sirviendo como fuente de inspiración. De ese modo, ocurrió un "proceso de juridificación del bienestar" (Harley Dean citado por Abramovich y Curtis, 2004, p.37), en el que se transitó de la "[...] ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad

pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos” (p.27)

Seguidamente, en 1941, el presidente estadounidense Roosevelt gestó un nuevo modelo social llamado *Welfare State* o Estado de Bienestar. Con ello, se evidenció la interrelación entre la libertad y la igualdad social, rompiendo con la visión de incompatibilidad natural. El eje principal era el principio de la igualdad de oportunidades económicas que derivó en el reconocimiento del "derecho a un trabajo útil y productivo, el derecho a la educación y el derecho a una buena cobertura médica". De otro lado, entre 1942 y 1944, en Inglaterra se implementó la concepción universal de la "necesidad social", que no solo involucró a los sectores empobrecidos sino a la sociedad en general (Mezzetti, 2015, p. 22).

A partir de estos cambios e innovaciones, se comenzó a replantear al titular de derechos, pasando del individuo burgués con una autonomía irrestricta a la *persona relacional*. Al final de la Segunda Guerra Mundial, esta lucha social se intensificó y el poder social y político de la clase trabajadora creció. Sin embargo, estas nuevas condiciones se encontraron con el miedo proveniente de la experiencia vivida en la guerra a cualquier tipo de violencia social o sentimiento revolucionario.

Justamente por ello, la refundación social anhelada se concretó en el “pacto keynesiano”, a través del cual se aceptó la consolidación del Estado Social visto como aquel Estado que tiene una mano izquierda encargada de velar por la cuestión social; pero, también tiene una mano derecha encargada de garantizar los intereses económicos privados (Pisarello, 2001). Aunque claro está que este acuerdo implícito de clase se dio en el marco de una relación asimétrica entre el capital y el trabajo.

Si bien esta transición de la noción del individuo aislado a una persona inserta en una dinámica social constituyó un gran avance, este modelo, denominado como Estado Social tradicional, “[...] no consigue articular una red garantista similar a la diseñada en su momento para la protección de los derechos liberales clásicos” (Pisarello, 2001, pp. 84- 85). Así, con base en Pisarello (2001), se pueden identificar los inconvenientes que a continuación se exponen.

En primer lugar, la persistencia de la lógica legal, pese al cambio hacia un Estado Constitucional. En efecto, la preocupación por la cuestión social permitió que la generalidad y la abstracción de las leyes se fueran perdiendo a raíz de la emisión de

leyes sectoriales enfocadas en determinados grupos en situación de vulnerabilidad, circunscritos principalmente a los derechos laborales, permitiendo que la Administración comenzara a tomar mayores decisiones.

No obstante, el proceso de constitucionalización por el que se estaba atravesando alcanzó de manera débil a los derechos sociales - como se analizará a mayor detalle en el siguiente acápite - primando la concepción de “normas programáticas” para negar su estatus como derechos subjetivos equiparables a los derechos de libertad o civiles y políticos. En consecuencia, la ley encontró en los derechos sociales una oportunidad para no perder de manera absoluta su predominio, puesto que sólo a través de ella, estos derechos podían tomar forma y traducirse en determinadas pretensiones jurídicas, siendo discrecionalidad del legislador sin que haya algún instrumento jurídico que los obligue (Mezzetti, 2015).

Sumado a ello, en esta etapa, se observó una protección “selectiva”, en la que ciertos colectivos continuaron siendo excluidos de la categoría de ciudadanos. Por ejemplo, las personas que no podían acceder a un trabajo formal (mujeres, extranjeros y ciertos grupos étnicos); así como, la desprotección de aquellos recursos naturales como la tierra, el agua y los alimentos que eran considerados como ilimitados y que no generaron mayor atención del Estado.

En segundo lugar, el proceso de despolitización de la ciudadanía y el debilitamiento de los mecanismos de control institucional del poder político y de control social. En otras palabras, al asumir el Estado algunas tareas dentro de lo social, los grupos que alzaron la voz para la consolidación de la cuestión social fueron abandonando la participación directa y la presión sobre el poder político. Dicha situación derivó en la aparición de políticas sociales oportunistas y apaga incendios que debilitaron las bases sociales, conllevando a procesos de oligarquización que continuaron alimentando la jerarquización social; lo cual facilitó la “autoprogramación” del Estado, dejando espacio para los poderes económicos de facto.

Por último, la satisfacción de la cuestión social se comenzó a dar a través de componentes paternalistas y clientelares. De ese modo, para acceder a los derechos sociales la persona debía ser parte del proceso productivo como trabajador. Sin embargo, diversos colectivos, como se ha mencionado anteriormente, eran excluidos de acceder a esa condición que les permitiera “ascender” socialmente.

Y es que, una vez aceptadas las condiciones del mercado de trabajo, la persona podía ser recién integrada socialmente y retribuir con su fuerza de trabajo las prestaciones como sanidad, seguridad social, educación que les eran brindadas. De esa manera, los derechos sociales eran vistos como concesiones institucionales “desde arriba”, transformando al trabajador como consumidor y al ciudadano como un cliente del Estado. Por ende, en los hechos, la desigualdad se mantiene, mientras los privilegios se incrementan.

En la segunda mitad del siglo XX, a partir de la década de los setenta, el pacto keynesiano comenzó a colapsar como consecuencia de las crisis económicas. Como se puede advertir, hay una relación sustancial entre prestaciones laborales y las prestaciones sociales; por lo que, frente al detrimento de las primeras por la búsqueda de reducir costos, comenzaron a decaer las segundas.

En ese contexto, apareció una ola neoconservadora en búsqueda de eliminar cualquier control sobre el mercado. Esto tuvo como consecuencia la precarización de los puestos laborales y la desocupación, revelando la brecha entre los derechos laborales concedidos a los trabajadores formales, que constituían una minoría, y los derechos sociales casi inexistentes para una mayoría (Pisarello, 2001).

En ese sentido, en el marco del Estado Social tradicional se comenzó a introducir políticas asistenciales y precarizadas, desplazando la responsabilidad de la exclusión a los propios grupos oprimidos. Esto generó el tránsito de un Estado Social desarrollista que ofreciera las condiciones materiales para el desarrollo humano a un Estado Social simplemente asistencialista. En consecuencia, se implementó una política social de mínimos, más asistencial que redistributiva.

Frente a esto y con la creciente constitucionalización y convencionalización del Derecho, se emprendió la lucha por la transformación del Estado Social tradicional por un Estado Social Constitucional; es decir, que la Constitución de los Estados Constitucionales dote de su fuerza vinculante a la cuestión social. Así, se fue llegando al consenso por una nueva reglamentación del orden económico social, abriendo paso a la creación de las condiciones ambientales necesarias para el pleno desarrollo de la persona humana, teniendo en cuenta la evolución del contexto político, social y económico (Mezzetti, 2015).

Debido a ello, el *Estado asumió la responsabilidad por la "procuración existencial" de la persona, entendiéndose a ésta como parte de una sociedad* que es percibida como un espacio en el que, ante determinadas circunstancias, la voluntad es vencida y requiere de la función activa del Estado (Mezzetti, 2015). Por ende, se hace referencia al Estado Social y Democrático de Derecho, enfatizando su impacto en la consolidación de la democracia en términos sustanciales; por lo que, su tratamiento debía estar a nivel constitucional.

Asimismo, frente a la despolitización y el tratamiento clientelar de la persona humana, se tiene que el cambio del modelo liberal al modelo social y el perfeccionamiento de este último implicó una ampliación de los diferentes ámbitos de socialización no solamente circunscritos a las personas en sus relaciones laborales, sino también a su actuación como ciudadanos, consumidores o simplemente como seres humanos. En ese sentido, "los custodios constitucionales de los derechos sociales recaen en mecanismos institucionales, pero también sociales, en manos de los mismos colectivos organizados y movilizadas" (Pisarello, 2001, p. 93).

De esa manera, se observa el decaimiento del Estado Social tradicional, netamente legislativo, y la consolidación del Estado Social Constitucional, al insertarse la cuestión social en general y los derechos sociales en específico a la agenda constitucional de los Estados por su importancia en la construcción de una sociedad democrática y realmente libre. Por consiguiente, no se puede afirmar que se está ante un verdadero Estado Constitucional - y, en consecuencia, Convencional - si es que el componente social es sustraído de sus fundamentos.

A partir de ello, las características identificadas por Madriñan (1997) de un Estado Social grafican acertadamente los principales postulados que ahora forman parte plenamente del entramado constitucional: "1. La realización de la igualdad a través de la procura de un mínimo existencial. 2. Igualdad de oportunidades. 3. Procura del orden económico. 4. Procura de un orden social" (p. 50-60). De acuerdo con tales premisas, se advierte que el esquema privado clásico anteriormente mencionado resulta insuficiente y se transforma por un esquema que traduce también jurídicamente los pilares del modelo social (Abramovich y Courtis, 2002).

Así, en primer lugar, de la acción estrictamente individual se sumó la acción colectiva, derivada de la visión de la persona humana como parte de la sociedad. De esa manera, se da la introducción de dimensiones colectivas en el derecho, como la construcción de

sujetos de derecho colectivo, por ejemplo, sindicatos; además, articulaciones colectivas que desplazan a las individuales como la negociación colectiva; y, la construcción de categorías como trabajador-empleador o grupo vulnerable que inciden en el tratamiento jurídico que deben recibir.

En segundo lugar, se comienza a visibilizar los límites a la racionalidad de los sujetos y del principio supremo de la autonomía de la voluntad, debido a que factores como las relaciones de poder, estados de necesidad o presiones de grupos de poder se convierten en variables que se toman en consideración. Aunado a ello, en tercer lugar, el mercado como instrumento creador de riquezas resulta deficiente, puesto que se tiene que el análisis económico comienza a expandirse y a tener en cuenta no solo la etapa inicial de generación de la riqueza, sino también su redistribución con base en otros valores como la igualdad y la equidad.

Finalmente, esto derivó en una ampliación de las funciones del Estado como ente regulador de control y de tutela de bienes colectivos y de solución de conflictos. Por ello, el poder público empieza a tener competencia para “[...] redistribuir o estabilizar ingresos haciendo accesible bienes y servicios a sectores de la población desfavorecidos por el mercado: el Estado pretende así equiparar o compensar desigualdades sociales que se consideren indeseables” (Abramovich y Courtis, 2002, p. 54)

Al respecto, cabe precisar que el Estado Social Constitucional no pierde el enfoque en lo individual, planteándose en el sentido de que “cada persona forma parte de una comunidad de la cual depende para realizar sus anhelos individuales [...]” (Benda, 1996, p. 524). En otras palabras, para proteger los proyectos individuales se requieren garantías sociales.

En el caso peruano, es posible observar que los textos constitucionales, desde su primera Constitución en el año 1823 - después de su independización de España - también presentaban rasgos de la cuestión social, sobre todo, vinculado al derecho a la instrucción y otros como la libertad de trabajo. Sin embargo, los mismos tenían una condición más declarativa, aislada y sin una fuerza vinculante efectiva.

En una segunda etapa, a partir de las Constituciones de 1920 y 1933, se observa un camino hacia la consolidación del modelo social. En efecto, la Constitución de 1920, en su título III, declaró las garantías individuales; así como, en su título IV, reconoció las garantías sociales, tales como restricciones legales por interés nacional (por ejemplo, las condiciones máximas de trabajo), la enseñanza, el establecimiento y fomento de los

servicios sanitarios, el abaratamiento de artículos de consumo de subsistencia de las personas con necesidad social, entre otros.

De manera similar, la Constitución Política de 1933 reconoció las garantías sociales dentro del capítulo de garantías constitucionales. Asimismo, enfatizó la actuación positiva del Estado, asignándole obligaciones frente a la sanidad pública, la promoción no solo de la propiedad privada en los términos clásicos, sino también de la propiedad rural, la seguridad laboral y la educación.

En este estado de cosas, es importante tener en cuenta las convulsiones políticas vividas en el país que restaban la supremacía constitucional estudiada como característica del Estado Constitucional. Así, los reiterados golpes de Estado a partir de 1919, impidieron la consolidación de un Estado Social Constitucional en el Perú.

Con la Constitución de 1979 se da inicio a una tercera etapa, en la que el reconocimiento de los derechos sociales se realizó de manera más sistemática, con una clara vocación normativa, que requirió de un Estado más activo. En ese sentido, en su artículo 4 reconoce la posibilidad de que los derechos fundamentales implícitos se deriven del “Estado Social y democrático de derecho”. De esa manera, se introduce de manera explícita la cláusula social; de otro lado, en su capítulo III se aborda la seguridad social, salud y bienestar; mientras que, en su capítulo IV, garantiza los derechos de la educación, la ciencia y la cultura; y, en su capítulo V, el derecho al trabajo.

En cuanto al Régimen Económico, resulta evidente la irradiación de la cláusula del Estado Social, siendo una expresión clara la consagración de la Economía Social de Mercado (Constitución Política [CP] de 1979, artículo 115). Esto en la medida que el Estado asumió el rol de promover el desarrollo económico y social; y, comenzó a enfatizar en la defensa de los intereses colectivos, como de los consumidores, y la dignificación del trabajo (artículo 110). De igual manera, una pieza clave fue su función de planificación, mediante la cual se le habilitaba a establecer la política económica y social (artículo 111).

Además, el reconocimiento expreso del rango constitucional de los tratados de derechos humanos, impulsó el proceso de convencionalización. Con ello, la inclusión de los derechos sociales y el refuerzo de las obligaciones estatales respecto a los mismos. Teniendo en cuenta que, desde el ámbito universal, el Perú se convirtió en Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) desde 1978; y, específicamente en el ámbito regional, forma parte de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ratificado en 1978, cuyo compromiso con los derechos sociales se enfoca en su artículo 26; además, del protocolo adicional a dicha Convención, conocido como el Pacto de San Salvador.

Pese a estos avances, el escenario político continuó siendo un factor que atentó contra el enraizamiento del Estado Constitucional, alcanzando el máximo clímax con la aparición de grupos subversivos; y, posteriormente, los crímenes de lesa humanidad en manos de la dictadura fujimorista. Aunado a ello, las crisis económicas a nivel regional - sobre todo, a partir de 1982 por las deudas externas - impulsaron políticas neoliberales, como las provenientes del Consenso de Washington que terminaron por preparar un escenario de retroceso del Estado Social desarrollista y su reemplazo por un Estado Social asistencialista.

No obstante, en esta constante evolución e involución, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete y garante de la Constitución, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (2003), reconoció la cláusula social como parte del modelo de Estado que el Perú ha adoptado. Esto con base en una interpretación conjunta del artículo 3 de la Constitución, que consagra el principio de Estado democrático de Derecho y el artículo 43 que, explícitamente, indica que la República peruana es democrática y social.

De esa manera, el Colegiado constitucional ha venido dotando de contenido a esta cláusula, la misma que se presenta como una "fijación teleológica del Estado, como intérprete del resto del ordenamiento y como parámetro de constitucionalidad" (González, 2002, p. 56). Dicho de otro modo, la cuestión social se configura como uno de los fundamentos del Estado; por ende, de las decisiones públicas y actúa como criterio de interpretación y validez del ordenamiento jurídico.

En atención a ello, se verifica que los objetivos de todo Estado Social, según lo expuesto por Madriñan (1997), están presentes en el sistema jurídico-político peruano. Así, respecto a la igualdad mediante la procura de un mínimo existencial y la igualdad de oportunidades, los magistrados constitucionales han enfatizado en el binomio individuo-sociedad, señalando que no es factible concretar la libertad si es que no están presentes condiciones existenciales mínimas que permitan su ejercicio real (TC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003).

De ese modo, se ha precisado que no se trata de una eliminación de los derechos individuales, sino que incorpora un contenido material que permite la consolidación de

la libertad, pero con justicia social. En consecuencia, se sigue la lógica de que el modelo de derecho social “no es un modelo que sustituye completamente al modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones de este último” (Abramovich y Courtis, 2002, p.52).

Esto se encuentra de la mano de la procura del orden social y económico. En efecto, desde el ámbito social, el Tribunal Constitucional ha señalado que se busca la conciliación de los intereses de la sociedad. Por ende, este órgano jurisdiccional ha consignado como concretización de la cláusula social el principio de solidaridad, el cual establece que la sociedad civil en su conjunto se encuentra comprometida con la realización de los fines sociales del Estado (TC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003).

De esa manera, este principio se relaciona con el sentimiento constitucional (*emotio*) y la afirmación de que la Constitución no solo es del Estado sino también de la Sociedad (Haberle, 2003). De otro lado, este principio también impone el deber al Estado de redistribuir adecuadamente los beneficios generados por la colectividad sin perjuicio de su deber de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos fundamentales (TC, Exp. N° 2945-2003-AA/TC, 2004, y Exp. N° 2016-2004-AA/TC, 2004).

Ahora bien, desde el ámbito económico, se tiene el establecimiento de un sistema económico que busca responder a la cuestión social; esto es, la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución). Tal régimen se sostiene, justamente, en el bienestar social, el libre mercado (libertades económicas y respeto a la propiedad privada); y, un Estado subsidiario y solidario⁶, a fin de alcanzar un equilibrio entre la productividad individual y el progreso social.

De igual forma, desde sus efectos en lo jurídico, se percibe la consolidación de la actividad humana colectiva a través de la protección de intereses difusos como el derecho al medio ambiente. Asimismo, se tiene la dimensión social de derechos de libertad como el derecho a la libre expresión o también la noción de la propiedad comunal; así como, la protección de sujetos colectivos tales como los sindicatos y las comunidades indígenas y campesinas.

Del mismo modo, la primacía de la voluntad de cada sujeto y la autonomía individual fueron relativizadas como consecuencia del proceso de concientización de las

⁶ Este principio ha sido sumamente cuestionado en la medida que ha servido de justificación para la inacción del estado y la mercantilización de bienes constitucionalmente protegidos.

desigualdades materiales y de las posiciones de ventaja-desventaja existentes entre los diferentes sujetos de derecho. Debido a ello, dicha situación derivó en la creación de principios y reglas procesales que atendieron las brechas generadas, siendo ejemplos de ello el principio *in dubio pro operario*, basado en el principio *pro persona*, (TC, Exp. N° 0008-2005-PI/TC, 2005) o la presunción de arbitrariedad de la discriminación frente a colectivos históricamente discriminados (TC, Exp. N° 03112-2015-PA/TC, 2020).

Asimismo, al percibir al mercado no solo como un espacio para crear riqueza, sino también que incluye la preocupación por su distribución, se establecieron estándares mínimos de protección del componente social relacionados a temas de educación, salud o mecanismos como la nulidad de cláusulas abusivas que reconocen las limitaciones de la racionalidad de los individuos. Esto, a su vez, permitió que el Estado asuma un rol más activo, por ejemplo, a través de las acciones afirmativas. Cabe recordar que el artículo 103 de la Constitución legitima la emisión de leyes especiales por la naturaleza de las cosas, lo que permite emitir normas y otras medidas en favor de aquellos sectores que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Con base en lo expuesto hasta este momento, se tiene que la jurisdicción constitucional ha facilitado que la cuestión social alcance un reconocimiento constitucional, con diferentes pautas de acción que irradian en todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este análisis no resulta completo si es que no se tiene en cuenta los derechos sociales y su estatus dentro del esquema social como verdaderos derechos fundamentales, ya que ello es lo que permite la consolidación del Estado Social en el paradigma del Estado Constitucional-Convencional.

1.2.2. Los derechos sociales como derechos fundamentales

Como se ha desarrollado precedentemente, en un contexto de empobrecimiento de la clase trabajadora y de quienes no eran considerados (as) productivo (as), los derechos sociales nacen, como *derechos subjetivos*, para incorporar como *objetos de protección a bienes o servicios que cada persona, como miembro de una sociedad, necesita acceder y disfrutar para vivir y subsistir en condiciones dignas*. Por ello, para su satisfacción se convierten en indispensables las *prestaciones materiales*. Lamentablemente, esta característica fue corrompida para reducir erróneamente a los derechos sociales como solo derechos prestacionales o derechos a algo, ya sea a un servicio público, una prestación económica o un subsidio (León, 2013).

Siendo que, a partir de dicha premisa, se tejieron diversos mitos para continuar negando su naturaleza de derechos fundamentales y, en su lugar, catalogarlos como derechos de naturaleza legal insignificante, cuya protección e implementación se trataba de una cuestión política y no de obligaciones. Por ende, en la práctica, eran considerados "derechos sobre el papel" (Guastini, 2001, p. 221).

Esta visión encontró terreno para su proliferación en la distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, que sirvió para rechazar la existencia de obligaciones respecto a la efectivización de estos últimos y la capacidad de sus destinatarios(as) para exigir que los mismos se cumplan. Desde el ámbito internacional, pese a que la entrada en vigor del PIDESC significó un paso importante para el reconocimiento a nivel constitucional y convencional de los derechos sociales, al compararlo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), se visibilizó aún la lógica de jerarquización entre este tipo de derechos.

En efecto, aun cuando los preámbulos de estos tratados reconocían que ambos "tipos de derechos" se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana, el contenido del PIDESC difería de tal afirmación. De ese modo, autores como Vierdag sostenían que cuando se usaba la palabra "derecho" en realidad se estaba utilizando como sinónimo de programa político en un sentido moral y exhortatorio, más no jurídicamente vinculante. En ese orden de ideas, la realización de tales disposiciones dependía de la voluntad política y no se trataba de una cuestión de derechos (Langford, 2009).

Y es que, en relación al PIDCP, se señala que los Estados parte se comprometen a respetar y garantizar los derechos reconocidos en el pacto; la adecuación de su normativa interna; y, su justiciabilidad ante cualquier vulneración, debiendo brindar un recurso efectivo para ello. En contraposición, respecto al PIDESC, se establece que el Estado se compromete a garantizar los derechos establecidos en el Pacto y adoptar medidas hasta "el máximo de recursos que se dispongan" para lograr "progresivamente" la efectividad de los derechos, evidenciándose una flexibilidad respecto a su garantía. En cuanto al tema de su justiciabilidad, resulta un tema ausente.

De ese modo, se fue consolidando la diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, generando una categoría privilegiada de los primeros, que terminó por desarrollar una serie de argumentos para excluir a los derechos sociales como derechos fundamentales. Entre las tesis clásicas, siguiendo a Katherine Young (2012), se encuentran:

i) Los derechos sociales como derechos no subjetivos e inapropiados para la ejecución judicial

Una de las razones para afirmar que los derechos sociales no eran pasibles de ser justiciables o, en caso lo sean, de una forma reducida - “tesis de justiciabilidad deficiente” - consistía en la alegada *indeterminación* que, presuntamente, los caracterizaba de forma exclusiva (Alexy, 2000). En atención a ello, se rechazaba tajantemente que los derechos sociales pudieran ser capaces de presentar la *dimensión subjetiva* propia de los derechos fundamentales.

Para comprender tal aseveración, resulta pertinente profundizar en qué consiste que los derechos fundamentales sean derechos subjetivos. En términos de Arango, citado por Pacheco (2006), un derecho subjetivo es la *posición jurídica* que se le reconoce a una *persona* (titular) mediante una *norma jurídica*, en el caso de los derechos fundamentales constitucional o convencional, a fin de satisfacer determinados intereses a través de *obligaciones a otro de “hacer, permitir u omitir algo”*⁷ (p. s/n).

Sobre esto último, el autor precisa que las posiciones jurídicas pueden ser extraídas tanto de forma directa de la disposición normativa como a través de la interpretación. Asimismo, señala que un aspecto distintivo de los derechos fundamentales como una clase de derechos subjetivos es el *grado de importancia* detrás y el *grave daño* que se generaría si imperara la discrecionalidad política (Arango citado por Pacheco, 2006).

Ahora bien, a partir de esta definición, es posible ir derribando el mito que asegura que los derechos sociales no pueden ser derechos subjetivos y, consecuentemente, no sería factible elevarlos a la categoría de derechos fundamentales. En primer lugar, se ha dicho que en este tipo de derechos no es posible identificar a un titular en concreto a quién asignar las posiciones subjetivas correspondientes debido a su carácter colectivo.

Al respecto, León (2013) enfatiza en iniciar por interpretar el concepto de derecho subjetivo desde el Derecho Constitucional y no del Derecho Privado. Así, se puede hablar no solo de derechos subjetivos privados con un titular individual sino también de derechos subjetivos constitucionales que deben perseguir intereses colectivos cuya titularidad no se agota en un solo individuo por su nivel de significación. Sin perjuicio de

⁷ Al respecto, Arango precisa que si bien la tesis que ha predominado señala que un derecho subjetivo conlleva una obligación, esta debe circunscribirse solo al derecho privado; pues en el derecho público puede haber obligaciones para las autoridades, pero sin que ello signifique la existencia de un derecho subjetivo. Esto demuestra la adaptabilidad del concepto en atención a la naturaleza de las relaciones que se pretenden regular.

ello, como sostiene Arango - citado por Pacheco (2006) - los derechos sociales, al igual que los derechos civiles y políticos, pueden tener como titulares a cada persona, pues los mismos pueden ser disfrutados de manera individual, pese a que su trasfondo sea el bienestar colectivo en su condición de sujeto relacional.

En segundo lugar, se sostiene que el contenido de los derechos sociales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, es impreciso y abierto. Siendo que, esta característica podría habilitar una serie de interpretaciones que obstaculizarían establecer cuál es el objeto de protección del derecho fundamental social que merece respuesta y tutela por el ordenamiento jurídico (Alexy, 2000).

No obstante, la imprecisión semántica y estructural, como se mencionó anteriormente con base en Alexy (2000), no es propia de los derechos fundamentales sociales sino de todos los derechos fundamentales por ser en esencia *mandatos de optimización (normas-principios)*. Para corroborar la postura adoptada, cabe recordar los debates en torno a los límites internos y externos de la libertad de expresión; las controversias respecto al contenido de la libertad religiosa, que terminó abriendo paso a categorías problemáticas como la objeción de conciencia, o el mismo derecho a la vida.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que los derechos son puntos focales de desacuerdo interpretativo y de acuerdo, de agitación y contestación; y, de seguimiento y aplicación de aquellos intereses materiales fundamentales. Así, en lugar de buscar determinar un contenido fijo de derechos para todos los tiempos y lugares, conviene centrarse en los procesos que constituyen los derechos y cómo estos procesos modifican el derecho público, siempre teniendo en consideración la evidencia empírica con base en la situación social y cultural (Young, 2012).

Por ende, se debe buscar establecer pautas o mecanismos jurídicos que permitan aprovechar esta indeterminación y responder a la constante evolución y dinamismo de la sociedad, la cual visibiliza cada vez más la heterogeneidad de las personas. Por ello, la jurisprudencia nacional, sobre todo de los Tribunales Constitucionales, juega un papel importante para delimitar los contenidos constitucionalmente protegidos. De la misma forma, se tienen a los diversos instrumentos internacionales, desde tratados generales y específicos, pasando por la jurisprudencia del sistema interamericano, hasta otros documentos internacionales que, si bien forman parte del *soft law*, terminan por tener un impacto relevante en la interpretación de los derechos.

En tercer lugar, también se alega que los derechos sociales al ser únicamente *normas prestacionales* (derecho a algo) se encuentran relacionados solo con actuaciones positivas, las que al poder seguir diferentes rutas de acción carecen de determinación y pueden ser cumplidas progresivamente. En cambio, los derechos civiles y políticos al ser *normas de conducta de no interferencia* (derecho a no hacer), contienen mandatos de abstención con una estructura definida y de aplicación inmediata (León, 2013).

Por esa razón, se sostenía la *imposibilidad de que los derechos sociales consagrarán de manera directa mandatos específicos* que se tradujeran en *obligaciones*, por lo que las personas no sabrían qué reclamar ni los jueces qué conceder. Por ello, se les asignó la denominación de *normas programáticas o directrices*, que a lo mucho podían ser concebidos como principios rectores que podrían materializarse mediante diversas posibles acciones para conseguir un objetivo colectivo (León, 2013).

No obstante, dichas premisas resultan inexactas, pues tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales contienen posiciones subjetivas de hacer y no hacer. Es decir, si bien es indiscutible que los derechos sociales requieren un mayor grado de prestaciones materiales para su satisfacción, ambos tipos de derechos requieren conductas *tanto positivas como negativas* (León, 2003). Es así que, los derechos fundamentales, sean civiles, políticos o sociales, presentan diferentes tipos de obligaciones (Abramovich y Courtis, 2002)

Primero, *de respetar*, la cual prohíbe al Estado actuar de forma que atente contra los derechos, lo que guarda relación con la tradicional obligación de la no injerencia estatal. Segundo, *de proteger*, que exige al Estado adoptar medidas legislativas o de otro tipo que impidan o prohíban a terceros violar los derechos; y, por último, *de garantizar o promover (cumplir o facilitar)*, consistente en medidas de mayor alcance por parte de los poderes del Estado. Ello a fin de crear activamente las condiciones para lograr un determinado resultado en la realización más efectiva de los derechos; así como, la formulación de metas generales que solo pueden lograrse de manera progresiva o a largo plazo.

Para ejemplificar lo expuesto, el derecho fundamental (civil) a la propiedad implica no solo la abstención de privar del goce de dicho derecho, sino también requiere que el Estado provea de un registro público que le brinde seguridad sobre su titularidad. Del mismo modo, el derecho fundamental (social) a la salud necesita que el Estado proporcione un número suficiente de establecimientos que presten un servicio de calidad, pero también involucra que no se adopten decisiones que pongan en riesgo la

salud de las personas como cuando se trata de la aprobación de algún un proyecto de inversión (León, 2013).

Esto se condice con la *dimensión objetiva* que también ostentan los derechos fundamentales como “*principios objetivos*” que imponen *deberes* al Estado y a toda persona de *protegerlos y garantizarlos* por representar el sistema de valores supremo en un Estado Constitucional (Tole, 2004). Por ello, no se trata únicamente de amparar al sujeto individual como titular sino además preservar tales principios y valores que irradian en la totalidad del ordenamiento jurídico y lo sostienen, por lo que se debe hacer todo lo posible por optimizarlos.

Sin perjuicio de ello, resulta incuestionable la existencia de mandatos específicos y de satisfacción inmediata que emanan de las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos sociales y que se desprenden de su contenido constitucionalmente protegido. Además, como se ha referido, las posiciones subjetivas también surgen de la interpretación; por tanto, de las mismas directrices generales, se pueden extraer mandatos concretos, dado que no se está ante una discrecionalidad absoluta con una ilimitada gama de posibilidades de acción, sino que existen límites que provienen del mismo derecho y que se irán construyendo, sobre todo, con ayuda de los tribunales (León, 2013), tal como será analizado.

En consecuencia, los derechos sociales como todo derecho fundamental pueden integrar el patrimonio subjetivo de la persona, quien es titular de diversas posiciones subjetivas que obligan al Estado a respetarlos, protegerlos y garantizarlos. Si bien estos componentes de un derecho subjetivo se presentan de una manera diferente en el caso de los derechos sociales, ello no implica su exclusión de la categoría. Por el contrario, se ha logrado desmitificar la tesis consistente en que los derechos sociales y los derechos civiles y políticos no poseen ninguna semejanza estructural al revelar que la imprecisión semántica y la presencia de obligaciones positivas no son de exclusividad de los primeros, dada su naturaleza compartida de normas-principio.

Finalmente, sobre la exigibilidad judicial, resulta acertada la posición que sostiene que “la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad; cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable” (Alexy, 1993, p. 496). En efecto, para la presente investigación se entiende que la justiciabilidad no es un criterio identificador de un derecho fundamental sino una consecuencia de su propio carácter.

Asimismo, que existan diferentes niveles de justiciabilidad de los derechos no implica que algunos estén por encima de otros, sino que atiende al contenido y estructura de cada derecho. Aunado a ello, se tiene que los derechos fundamentales no solo pueden ser protegidos por mecanismos judiciales sino también extrajudiciales e incluso extrajurídicos.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar la expansión de la tesis de justiciabilidad directa de los derechos sociales en la región latinoamericana a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH (desde el caso Lagos del Campo Vs. Perú, 31 de agosto de 2017). Esto ha permitido enfatizar en la mirada de los derechos sociales como derechos fundamentales autónomos, cuya esencialidad recae en su propio contenido, sin que se requiera de una conexidad con algún derecho civil o político que lo dote de vinculatoriedad, comenzando a reafirmarse que de ellos emanan mandatos plenamente exigibles.

ii) Los derechos sociales, en términos generacionales, son “secundarios”

La clasificación en generaciones de los derechos sociales a partir del factor histórico solo ha contribuido a crear una falsa jerarquización de derechos fundamentales. No obstante, pese a la aparente objetividad detrás de este argumento al tomar en cuenta el punto de origen, lo cierto es que la preocupación en torno a los derechos sociales estuvo presente de manera simultánea con los derechos de libertad o propiedad privada, aunque no con la misma intensidad.

Por ejemplo, como sostiene Katherine Young (2012), los derechos económicos y sociales estaban asociados con el derecho a la propiedad, pues permitía asegurar la libertad y otros intereses materiales. Sin embargo, cuando la búsqueda de satisfacción de tales intereses, como la salud, la educación y el trabajo, comenzó a significar una perturbación de los derechos privados y la acumulación de riqueza en pocas manos, los intereses sociales se definieron en términos separados.

De esa manera, no solo resulta impreciso afirmar que los derechos sociales tuvieron su aparición de manera posterior, sino también que esta tesis ha sido vencida por la noción de interdependencia de los derechos fundamentales y su papel conjunto en la consolidación de la democracia. Así, un triunfo para los derechos sociales fue la conexión instituida con la construcción de una sociedad democrática, estableciéndose como una dimensión de la ciudadanía con base en la concepción de una libertad dinámica (Mezzetti, 2015).

A modo de ejemplo sobre la interdependencia de los derechos fundamentales se tiene que, bajo una visión clásica y liberal, correspondería otorgar al derecho a la libertad de expresión y al derecho al voto una máxima inmunidad. Sin embargo, esta inmunidad no lograría concretizarse plenamente sin tener en consideración que el ejercicio del derecho a la alimentación y vivienda permite ejercer un voto libre sin que este se convierta en un objeto de mercancía. Por consiguiente, un enfoque adecuado del desarrollo humano, más que económico, abarca el conjunto completo de asuntos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

iii) Los derechos sociales requieren un gasto significativo

La referida conclusión se sostiene en dos premisas. La primera consiste en que los derechos sociales tienen un carácter netamente prestacional; por lo que, para su efectivización, requieren de acciones positivas del Estado. La segunda, consecuentemente, refiere a que el cumplimiento de tales obligaciones genera gastos; por ende, resulta costoso debido al requerimiento de precondiciones económicas. Por ello, los derechos sociales terminaban siendo vistos como recomendaciones (Mezzetti, 2015). En contraposición, al vincular a los derechos civiles y políticos con obligaciones de no interferencia del Estado, es decir conductas abstencionistas, se aseguraba que no requerían de recursos económicos.

En ese sentido, autores como Hayek sostenían que “la justicia se materializa esencialmente en reglas negativas que prohíben la interferencia en el orden espontáneo del mercado - “cosmos” - y que solo requieren acciones positivas en circunstancias muy especiales en las que existe algún tipo de compromiso voluntario” (citado por Nino, 2000, p. 137). Ante tal posición, Santiago Nino (2000) refuta la alegada espontaneidad del mercado, indicando que este se organiza con base en reglas de juego establecidas por el propio Estado.

Para citar unos ejemplos, en relación al derecho a la propiedad privada, se menciona a las leyes que convalidan la posesión y protegen la transferencia de bienes. Asimismo, las relaciones contractuales no ocurren de manera irreflexiva, sino que su valor es posible gracias a un marco normativo. Además, todas estas disposiciones son custodiadas por agentes policiales y tribunales estatales. Por ende, no se está ante un orden espontáneo, sino más bien ante un orden sostenido en instituciones y estructuras que provienen de la intervención del Estado (Nino, 2000).

Así, sobre la primera premisa, si bien es innegable la primacía de una fase prestacional en los derechos sociales, esta no representa una característica exclusiva, conforme lo ya explicado en apartados precedentes. En ese sentido, cabe recordar que los derechos civiles y políticos también generan obligaciones positivas, aunque en un nivel menor; así como, de los derechos sociales también se derivan obligaciones negativas. De ese modo, debe tenerse presente que los derechos civiles y políticos surgieron en un contexto de individualismo, en el que el rol del Estado se caracterizaba por la abstención; sin embargo, ello no implicaba que la dimensión prestacional no existiera, teniendo como muestra el derecho a la seguridad.

En esa línea, Abramovich y Courtis (2002) afirman que todos los derechos humanos requieren de “condiciones regulatorias” que permitan establecer las circunstancias y consecuencias de su efectivización; y, de “condiciones institucionales” que faciliten su plena realización y se reduzca la distancia entre el plano normativo y pragmático; hechos que se han visto influenciados por el matiz social que los derechos civiles y políticos han ido adquiriendo como la función social de la propiedad (pp. 11,12). Evidentemente, esto conlleva a que el contraargumento del coste que implica garantizar los derechos sociales se atenúe. Puesto que, aun los derechos civiles y políticos requieren de actuaciones positivas por parte del Estado, lo cual significa que también necesitan de recursos económicos para su optimización.

Ahora bien, queda claro que la dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales con base en que de los primeros derivan obligaciones de no hacer; y, respecto a los segundos, obligaciones de hacer, es sumamente débil e insuficiente. Con los ejemplos anteriormente citados se reafirma que no existen derechos que exijan obligaciones negativas puras, aunque ello de ningún modo significa desconocer la relevancia de las prestaciones o acciones positivas del Estado en el ámbito de los derechos sociales.

Finalmente, en relación a la segunda premisa, no solo se tiene la coexistencia de obligaciones tanto positivas como negativas, sino también es de suma relevancia tener en cuenta que las obligaciones positivas no siempre terminan en la erogación de recursos. Por ejemplo, el Estado puede, a través del derecho, brindar relevancia a una determinada situación que exige la atención del aparato estatal, esto es, establecer un marco normativo o la estructura que permita tutelar la situación. En ese sentido, es factible crear normas permisivas, facultativas y de prohibición. Asimismo, la limitación

de la actuación de los privados, lo cual encuentra su justificación en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (Abramovich y Courtis, 2002).

Ante este panorama, sin duda alguna, la diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales resulta inútil y carente de fundamentos jurídicos racionales. No obstante, sentar las bases de un Estado Social Constitucional que reconozca a los derechos sociales como derechos fundamentales ha sido un proceso largo y constante. Ello en el afán de que dicho estatus les otorgue una inmunidad frente a los caprichos de la política a corto plazo o a la toma de decisiones de costo-beneficio (Young, 2012).

En ese marco, cabe preguntarse porqué es necesario elevar a derechos fundamentales los derechos sociales. A efectos de la presente tesis, conviene centrarse en la complementariedad de dos fundamentos. En primer lugar, la *dignidad humana* como base de los derechos fundamentales en general. Si bien constituye un reto establecer qué es la dignidad, se puede partir desde su dimensión negativa que exige la no instrumentalización de la persona humana para comprender la trascendencia de los derechos sociales.

En efecto, esta aproximación conceptual resulta útil teniendo en cuenta que el nacimiento de los derechos sociales surgió como respuesta a un sistema capitalista que deshumanizó a la persona y la convirtió en un objeto productor de riqueza. Es así que se comenzó a construir la premisa de cómo puede haber dignidad en una vida vivida sin acceso a vivienda, atención médica, comida o agua (Young, 2012). Este desarrollo argumentativo no solo se ha dado mediante la doctrina, sino que los tribunales han jugado un rol de suma importancia en la adjudicación de los derechos sociales como se observará a continuación en el caso del Perú.

Un segundo fundamento recae en la noción de *necesidades básicas*, entendidas como aquellas “capacidades o condiciones de vida cuya falta de satisfacción o realización hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones” (Sosa, 2015, p. 95). Así, Nussbaum elaboró un catálogo de “capacidades básicas”, en el que se encuentran bienes o servicios protegidos por los derechos sociales y también civiles y políticos. Siendo que, ante la crítica de cómo seleccionar a uno y excluir a otros, se ha enfatizado que una necesidad humana básica queda demostrada como tal cuando su despojo ocasiona graves consecuencias en la persona (León, 2013),

De esa manera, estas necesidades básicas se caracterizan por: i) ser inevitables e insoslayables, dado que provienen de la misma sociedad y no de la voluntad de las personas; ii) generar un grave daño ante su no acceso o disfrute, iii) tener carácter objetivo; iv) ser universales, pues toda persona que se encuentra privada de estas sufriría un daño, aunque en diferentes grados; y, vi) tienen preferencia sobre otros intereses o deseos (Sosa, 2015).

Es así que los derechos sociales protegerán aquellas condiciones que resultan imprescindibles para vivir una vida libre de opresiones. Y es que, la libertad formal dejó de ser tomada como suficiente si es que no se contaba con una libertad fáctica, es decir, la satisfacción de condiciones materiales necesarias para elegir y materializar su autonomía como persona humana (León, 2013). Esto, a su vez, se relaciona no solo con la libertad sino también con la igualdad pues se requiere atribuir las mismas condiciones a todas las personas cuyo valor no es superior entre sí. De ese modo, como menciona Pisarello (2001), los derechos sociales son esenciales para permitir la autonomía de la persona y evitar el daño y riesgo de dominación.

1.2.2.1. Los derechos sociales y el Tribunal Constitucional peruano

El Tribunal Constitucional del Perú en su condición de máximo garante de la Constitución, con sus aciertos y desaciertos, ha abierto paso a este primer piso consistente en el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales. En ese sentido, resulta pertinente analizar brevemente la posición del Tribunal en relación a estos derechos.

Como punto de partida, es necesario tener en cuenta que la Constitución de 1993, más allá de su origen cuestionable, también se impregnó del rasgo de liberalización en lo económico, que terminó minimizando la cláusula social y con ello, la consolidación de los derechos sociales en el Perú. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), advirtió lo siguiente:

[...] es importante resaltar que la Constitución peruana de 1993 eliminó algunas disposiciones importantes sobre derechos económicos y sociales que existían en la Constitución de 1979, tales como el derecho a alcanzar un nivel de vida que permita a la persona asegurar su bienestar y el de su familia (artículo 2.15), el derecho a la

alimentación (artículo 18) y diversos aspectos relacionados con el derecho al trabajo (2000, párr. 12).

Además, durante un largo período histórico, la localización de los derechos sociales en la Constitución peruana sirvió para negar su naturaleza de derecho fundamental. Por ende, su eficacia inmediata y exigibilidad. Esta teoría, en un primer momento, también fue validada - parcialmente - por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 011-2002-AI/TC, 2002, mediante la cual estableció que: “Aunque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden” (párr. 9), indicando que los derechos fundamentales sociales eran de preceptividad diferida.

En ese sentido, es posible advertir que, aun cuando nominalmente se refirió a los derechos sociales como derechos fundamentales, se enfatizó en el carácter prestacional de estos, característica que ha servido de justificación para esa falsa jerarquización entre derechos. Sin embargo, dicha afirmación fue matizándose cuando el Pleno del Tribunal concibió a la persona no solo como individuo sino también como miembro de una sociedad; asimismo, aunque no como regla general, reconoció que en determinados casos la actuación positiva del Estado respecto a derechos sociales es obligatoria.

La línea jurisprudencial del Tribunal fue evolucionando respecto a la cuestión social con la ya citada sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI, de fecha 11 de noviembre de 2003. Este caso, en los términos ya analizados, ha permitido perfeccionar nuestro Estado Constitucional-Convencional con la cláusula social y prestar atención a aquella interdependencia entre la libertad y la justicia social.

Ahora bien, es a partir de la sentencia recaída en el expediente N° 2945-2003-AA/TC, de fecha 20 de abril de 2004, que se inicia el camino hacia la consolidación de los derechos sociales en serio. Dicha sentencia gira en torno a Azanca Alhelí Meza García, quien inició un proceso de amparo contra el Ministerio de Salud, a fin de que se le otorgue una atención en su calidad de paciente con VIH/SIDA, dado que no contaba con los recursos económicos para solventarlo.

El Estado, representado por el Ministerio de Salud, resumió perfectamente los argumentos clásicos presentados anteriormente para negar la condición fundamental de los derechos sociales, afirmando que: (i) la ley N° 26626, sobre el Plan Nacional de

Lucha contra el VIH, Sida y ETS, y su reglamento establecían que solo las madres gestantes infectadas con VIH y todo niño nacido de madre infectada son los que debían recibir atención gratuita; (ii) la distribución gratuita de medicamentos requeriría habilitar una partida presupuestaria con arreglo a la Política Nacional de Salud; y, (iii) el derecho a la salud y la política nacional de salud son normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más no un derecho concreto.

Estas afirmaciones, de alguna manera, coincidían con las reglas procesales establecidas para los procesos constitucionales. En efecto, Meza García no solo tuvo que enfrentarse a los argumentos dados por el Ministerio de Salud sino también a la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, vigente hasta el año 2004. Esta norma excluía como objeto de protección del proceso de amparo a “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos que se aplican progresivamente” (CP 1979, Disposición Sexta; y, CP 1993, Disposición Undécima), siendo los derechos sociales parte de esa exclusión.

Frente a este panorama, el Tribunal Constitucional sentó determinadas posiciones que permitieron subir un escalón más en la plena garantía de los derechos sociales. En primer lugar, el Colegiado se sumó al consenso generado en torno a la fundamentación de los derechos sociales en la protección de la dignidad humana. Esto a su vez implicó que se afirmara que los derechos sociales no eran meras normas programáticas de eficacia mediata, dado que su mínima satisfacción permitía el goce de los derechos civiles y políticos, desterrando cualquier tipo de jerarquía entre derechos fundamentales.

De ese modo, el Tribunal sostuvo que:

(...) 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 (Exp. 2945-2003-AA/TC, 2004, párr. 11).

En segundo lugar, superando la visión tradicional del Estado Social Legal, se dio lectura a la ley invocada por el Ministerio de Salud en atención a las disposiciones constitucionales que recogían el derecho a la salud, más los principios de justicia y equidad de un Estado Social Constitucional. En ese contexto, si bien se señala que los derechos sociales requieren obligaciones de hacer que coadyuven la protección de estos progresivamente, se enfatiza que el Estado debe tomar acciones concretas y en

plazos razonables, principalmente, cuando se está frente a colectivos en situación de vulnerabilidad.

Por ello, en relación al alegato en referencia al gasto público, el máximo garante de la Constitución señaló que no es una razón suficiente para no accionar frente a una vulneración o amenazas de derechos. Siendo que, la legalidad presupuestal no es un objetivo en sí mismo, sino que debe atender a los fines del Estado. En ese sentido, no se trata de un mero gasto sino de una inversión social.

Si bien tal desarrollo argumentativo constituyó un gran avance, resulta importante visibilizar que, en un primer momento, se reconoce el carácter fundamental de los derechos sociales desde su conexidad con los derechos civiles y políticos. En otras palabras, el Tribunal Constitucional manifestó que tenían la competencia para conocer la demanda en razón de que la lesión al derecho a la salud afectaba otros derechos fundamentales como el derecho a la vida o a la integridad física. Sin embargo, esto debe ser leído en atención a su contexto y como una salida a la negación procesal de que los derechos sociales sean exigidos en sede jurisdiccional.

Con base en estos argumentos, el Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó que se brinde el tratamiento requerido a la señora Meza, lo que evidencia la existencia de una titularidad individual, en este caso, del derecho a la salud. Además, pese a cierta falta de cohesión argumentativa, se debe reconocer la inserción de tres grandes postulados: a) la dignidad humana como fundamento de los derechos sociales; b) los derechos de esta categoría contienen mandatos exigibles; y, c) la justificación presupuestaria no es suficiente para validar una omisión. Así, esta sentencia no solo significó una oportunidad de vida digna para la demandante; sino también fue marcando el camino para la reivindicación de los derechos sociales en el Perú.

Posteriormente, el Colegiado Constitucional ha ido desarrollando tales premisas y dejando atrás la justiciabilidad indirecta para reconocer el contenido autónomo de los derechos sociales. De ese modo, ha terminado por adoptar la tesis de que estos derechos, como todo derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico, presentan una dimensión tanto subjetiva como objetiva (TC, Exp. 01470-2016-PHC/TC, 2019).

Para recordar, la primera de ellas recae en los sujetos titulares de posiciones subjetivas; y, la segunda, en el objeto de protección. Siendo estos, los "valores objetivos del ordenamiento jurídico, [por los cuales] el Estado asume la obligación de brindar

protección [...] y coloca a los particulares también en una situación de ventaja como deber de coadyuvar a su protección o satisfacción" (Landa, 2019, p. 140).

En ese sentido, el Alto Tribunal ha señalado que los derechos fundamentales sociales habilitan a la persona humana a exigir al Estado una prestación positiva (TC, Exp. 01470-2016-PHC/TC, 2019). Sin embargo, tal exigencia no se agota, como tradicionalmente se sostenía, en obligaciones positivas progresivas. Por consiguiente, reconoció que el Estado, independientemente de si se trata de derechos de libertad o de derechos de faceta prestacional, debe cumplir las tres obligaciones desarrolladas con anterioridad: respetar, proteger y cumplir o facilitar (TC, Exp. 00853-2015-PA, 2017).

De manera específica, el Tribunal Constitucional, en el expediente 00853-2015-PA/TC - sobre el derecho a la educación - mencionó que, en relación a las dos primeras obligaciones, estas son de cumplimiento inmediato; mientras que, la última ostenta un carácter progresivo. No obstante, señala a su vez que la adopción de "medidas deliberativas, concretas y orientadas hacia la implementación gradual [por ejemplo] de la enseñanza secundaria, superior y fundamental es de inmediato cumplimiento" (TC, 2017, párr. 37-42). En ese sentido, se observa que el Colegiado ha establecido una excepción a la progresividad que representa a las obligaciones de cumplir o facilitar, indicando que estas también contienen obligaciones inmediatas.

Por lo tanto, queda claro que la visión de los derechos sociales como normas programáticas de eficacia mediata, la misma que sostenía su distinción respecto a los derechos civiles y políticos y su posición inferior en la jerarquía de derechos fundamentales, ha sido ampliamente superada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Debido a ello, se apertura un segundo momento en el que su línea jurisprudencial viene concentrándose en establecer pautas para su efectivo cumplimiento.

Para lo cual, corresponde hacer referencia expresa a la dimensión prestacional que caracteriza a los derechos sociales, a partir de la cual se reconoce que la efectividad plena de estos derechos no es posible de realizarse en un breve periodo de tiempo. En consecuencia, siguiendo lo establecido en la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), el Tribunal ha recogido el principio de progresividad en sus dos fases: (a) establecer obligaciones con respecto a la plena efectividad de los derechos sociales; y, (b) la adopción de medidas que implique un retroceso debe ser deliberada y justificada.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que, si bien la noción de progresividad implica avance gradual, no puede ser entendida con carácter indeterminado; y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, haciendo referencia incluso a situaciones de inconstitucionalidad por omisión (TC, Exp. 02945-2003-AA, 2004). En efecto, se debe tener en consideración que no solo se trata de “constitucionalizar” los derechos sociales e introducirlos de manera abstracta, sino también “constituirlos” como derechos; es decir, hacerlos efectivos dentro de un sistema (Young, 2012).

Por ende, el Tribunal Constitucional, apoyándose del “enfoque del contenido mínimo esencial de los derechos socioeconómicos” de David Bilchitz (2017), parte de la premisa de que, si bien no es factible la realización plena de estos derechos en un futuro inmediato, ello no implica que el Estado esté exento de obligaciones a corto plazo para dotarlos de efectividad (TC, Exp. 01470-2016-PHC/TC, 2019, párr. 27). Por esa razón, el Tribunal peruano ha acogido los tres umbrales de cumplimiento del mandato del deber ser de los derechos sociales planteados por Bilchitz.

El primer umbral consiste en la obligación esencial e incondicional mínima del Estado de brindar los recursos necesarios para que las personas no se sitúen en estado de amenaza para su propia supervivencia (Bilchitz, 2017). Así, este umbral básico eleva al máximo grado la responsabilidad del Estado de justificar cualquier incumplimiento, no siendo el argumento presupuestal una excusa suficiente. Resulta pertinente agregar que este umbral por su relación intrínseca con la subsistencia podría considerarse como una obligación inmediata que deberían cumplir los Estados, criterio que ha sido desarrollado desde el Sistema Universal de Derechos Humanos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008).

El segundo umbral se refiere a las políticas programáticas de desarrollo social dirigidas a aumentar el estándar mínimo establecido inicialmente para el logro de los propósitos de toda persona, no reduciéndose únicamente a su supervivencia. En este umbral el Estado tiene la obligación de incrementar, progresivamente, el bienestar social, teniendo en cuenta el binomio individuo-sociedad (TC, Exp. 01470-2016-PHC/TC, 2019, párr. 27).

Finalmente, el tercer umbral implica crear las condiciones para que toda persona, ya sea de manera individual o colectiva, alcance ciertos propósitos de su interés en el

marco del derecho social que se pretende tutelar. En este nivel, el factor presupuestal se convierte en una restricción relevante, la cual puede ser vencida en atención a la prioridad de la medida en términos de urgencia y necesidad (TC, Exp. 01470-2016-PHC/TC, 2019, párr. 27).

Estas pautas cobran gran relevancia, aunque no resuelven completamente la cuestión detrás de la íntegra efectivización de los derechos sociales, dado que servirán de base para acortar la brecha entre el plano normativo y la realidad. Siendo conscientes que, sin omitir el carácter vinculante de los derechos sociales, la progresividad es una característica ineludible de su plena realización o cumplimiento para todos y todas.

En síntesis, es evidente que el Tribunal Constitucional peruano ha tenido - y tiene - un papel importante en cuanto a la protección de estos derechos como derechos fundamentales, puesto que ha emitido sentencias que versan sobre los mismos, dándoles contenido y alcances específicos para su cumplimiento. De tal manera que ha enfatizado en los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentados en la dignidad humana, que contienen mandatos exigibles, tanto de carácter inmediato como progresivos - al igual que los derechos civiles y políticos -, derribando el argumento económico como impedimento para su efectividad

De ese modo, frente a una historia renuente al reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, el hecho de que la problemática que se tiene frente ya no gira en torno a la vinculatoriedad, sino a su efectivización - cuestión que inspira a la presente tesis - nos permite seguir en el proceso de reivindicación de estos derechos.

1.3. El Tribunal Constitucional y las políticas públicas

El establecimiento del marco de actuación constitucional-convencional y la evolución positiva en favor de los derechos sociales en el Perú ha tenido como principal aliado a la justicia constitucional representada, principalmente, por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, tal como se ha mencionado, la preocupación por dotar de efectividad a estos derechos fundamentales ha conllevado a que la posición de este órgano no solo se revista de mayor relevancia en el Estado Social Constitucional, sino también se replanteen sus atribuciones.

Es así que, en la presente sección, se abordarán dos aspectos primordiales. En primer lugar, se busca comprender qué implica la dimensión política del Tribunal Constitucional a fin de desmitificar algunos aspectos que terminan tergiversando sus funciones; y, en segundo lugar, se analizará cómo esta ha ido materializándose frente a una categoría tradicionalmente reservada para el poder político: las políticas públicas; esto en el campo de los derechos sociales.

1.3.1. La dimensión política del Tribunal Constitucional

El carácter predominantemente abierto de las disposiciones constitucionales ha habilitado un margen de interpretación amplia que, en múltiples ocasiones, puede derivar en una tensión intensa entre el derecho y la política cuando las decisiones de los que ostentan el poder político se someten al control de la jurisdicción constitucional. Este conflicto se acentúa aún más en manos de los Tribunales Constitucionales, que presentan un doble estatus como órganos constitucionales y tribunales de justicia *sui generis* (García-Pelayo, 1981).

En efecto, por un lado, se trata de un *órgano constitucional* en la medida que no solo su misma existencia deviene de la Constitución, sino que su configuración también es dada por ella. Dicho de otra manera, sus fines, composición y competencias están reguladas por la Constitución, lo cual evidencia su relevancia en la estructura constitucional. Una consecuencia de lo anterior, es que forma parte de aquel conjunto de órganos "cuya desaparición afectaría a la sustancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional [...]" (García Pelayo, 1981, p. 15). Por otro lado, posee el carácter "*sui generis*" como *tribunal jurisdiccional* debido a las atribuciones que la propia Constitución le ha designado, las que lo convierten en un órgano singular y excepcional frente a otros de similar naturaleza, como el Poder Judicial.

En el caso peruano, esto se evidencia con la existencia misma del Tribunal Constitucional, la cual proviene de la Constitución; siendo esta la encargada de diseñar los principales lineamientos de su funcionamiento como parte del orden fundamental del Estado y la sociedad. Así, se le otorgó la condición de máximo órgano de control de la Constitución; y, con esto, el rol de máximo intérprete de su contenido. Estas características han conllevado a que sea este quien en única instancia conozca toda incompatibilidad entre una norma con rango de ley y la supremacía constitucional; que en última instancia resuelva todo acto u omisión que vulnere derechos fundamentales;

y, además, pacifique aquellos conflictos que se susciten entre poderes del Estado y órganos constitucionales (CP 1993, artículos 201 y 202).

Por consiguiente, cabe recordar que la Constitución es una norma no solo jurídica, sino también política. Dado que parte de su contenido establece la estructura del Estado, los órganos que la componen, sus funciones, competencias y límites formales y materiales; así como, los principios que lo sostienen. De ese modo, el Tribunal al ser el máximo intérprete de la Constitución y el órgano encargado de su control, participa del dinamismo político al ejercer sus atribuciones. Por ende, “la justicia constitucional es política [...] la fuerte influencia ejercida por los fenómenos políticos en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución. Ósea que la justicia constitucional es política por su propia naturaleza” (Solís, 1999, p. 200).

En consecuencia, tal estatus y dichas competencias que han sido asignadas al Tribunal Constitucional peruano lo involucran en la dinámica política existente dentro de una sociedad; por lo que es posible afirmar que este órgano presenta tanto una dimensión jurídica como política. De ese modo, desde el surgimiento de la justicia constitucional y su función clásica primigenia - consistente en el control constitucional de las leyes - es que se ha evidenciado la relevancia política de los Tribunales Constitucionales o, en su defecto, de aquellos órganos que ostentan las mismas funciones.

Así, cabe recordar uno de los casos más emblemáticos - y pioneros - para la justicia constitucional, el caso *Marbury Vs. Madison* (1803), cuya sentencia sentó las bases del control de constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), cuando el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, declaró inconstitucional la Ley de Organización Judicial por contravenir la Constitución estadounidense. La referida decisión no solo trajo consigo implicancias jurídicas, sino que se enmarcó en un escenario de pugna por el poder político entre Federalistas y Demócratas⁸, llegando al fuero judicial una expresión de aquel enfrentamiento. Debido a ello, los efectos de la decisión que se adoptara no solo se limitarían al ámbito jurídico, sino también político.

Por su parte, Kelsen (2011), inspirado por el constitucionalismo norteamericano, planteó que sea un Tribunal externo al Poder Judicial el que vigilara la prevalencia de la norma de mayor jerarquía - la Constitución - ante cualquier irregularidad, entendida como

⁸ Para mayor información sobre el contexto político del caso *Marbury Vs. Madison* revisar: Fernández, F. (2011) El trasfondo político y jurídico de la «*Marbury v. Madison* Decisión». *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. N° 15, pp. 139-224.

aquella incompatibilidad procedimental entre esta y otra norma de grado inferior, la cual sería expulsada del ordenamiento jurídico por ser inválida. En tal marco, surge la figura del Tribunal Constitucional, en su versión tradicional, como legislador negativo para excluir determinadas disposiciones o normas jurídicas emitidas por el Poder Legislativo, en su calidad de legislador principal; y, las promulgadas también por el Poder Ejecutivo como legislador secundario.

Por ello, a medida que el control de constitucionalidad sobre las leyes fue institucionalizándose como una manifestación de la supremacía constitucional de los Estados Constitucionales, se consolidó también una de las atribuciones con mayor carga política de la jurisdicción constitucional de la época. En ese sentido, el carácter político del ejercicio de este control, realizado actualmente por los tribunales constitucionales mediante procesos de inconstitucionalidad, se evidencia directamente al expulsar una ley o norma con rango legal del ordenamiento jurídico; lo cual, implica que el órgano político emisor de la norma debe aceptar dicha decisión. Asimismo, de manera indirecta, esto puede generar un impacto en los partidos políticos que promovieron o rechazaron la disposición normativa cuestionada.

A partir de tales postulados, es que después de la Segunda Guerra Mundial se da un consenso mayoritario respecto a la regulación del control de constitucionalidad en el Estado Constitucional. Por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Alemania) recoge expresamente el control de constitucionalidad de las leyes; y, en el caso específico del Perú, como se ha mencionado, esta forma parte del catálogo de competencias del Tribunal Constitucional (CP, 1993, artículo 200.1)

Posteriormente, este primer piso de reconocimiento permitió que se fuera construyendo la visión de un Tribunal Constitucional no solo como “legislador negativo”, sino también como “*legislador positivo*”; es decir, capaz de crear derecho. Esto se demuestra mediante la consolidación de la teoría de precedentes y la adopción de doctrinas como la interpretación conforme a la Constitución que habilitan a los jueces constitucionales a determinar el significado de las disposiciones normativas y no solo ordenar su expulsión (Díaz, 2021). En consecuencia, el control de constitucionalidad pasa del ámbito puramente procedimental a tener en cuenta los valores y principios que deben delimitar el contenido de toda disposición normativa, concibiendo a la Constitución, en su conjunto, como parámetro de control.

En este contexto, en el que la dimensión política del Tribunal Constitucional se visibiliza con mayor intensidad, se abrió paso a fenómenos como la “*judicialización de la política*” que, en términos de Domingo (2004), debe ser entendida como el proceso mediante el cual se incrementa el impacto de las decisiones judiciales sobre los procesos políticos y sociales; así como, al proceso a través del cual el conflicto político se resuelve, con mayor frecuencia, a nivel de los tribunales. Debido a ello, se amplió el abanico de cuestiones que podían ser conocidas en el fuero judicial en general y, de manera específica, por el Tribunal Constitucional, incrementando su participación en el dinamismo político.

Frente a este creciente activismo judicial (*judicial activism*) surge como respuesta la doctrina de las *political question* que planteaba la existencia de asuntos constitucionales que no eran pasibles de ser justiciables (Landa, 2000). De esta manera, se intentaba alejar a la jurisdicción constitucional del ámbito político y cualquier intervención sobre este, justamente al ser conscientes de que su participación como defensor de la Constitución (y de las normas convencionales de derechos humanos) ya no solo debía circunscribirse al control de la legislación, sino también de otras decisiones del gobierno.

Sin embargo, resulta pertinente centrarse en la realidad latinoamericana, dado que uno de los aspectos en común entre todos los países que la integran, incluyendo al Perú, es el déficit democrático. Así, este es un factor clave para comprender la generalización y consolidación de la judicialización de la política (Domingo, 2004). En efecto, por un lado, se observa un debilitamiento de la democracia representativa, lo que conlleva a que la ciudadanía sienta que las decisiones públicas no se toman en función al interés general,⁹ sino en atención a intereses privados o de grupos de poder.

Por ende, los tribunales pueden proporcionar el único foro donde las decisiones políticas pueden ser impugnadas en cuestiones de constitucionalidad o litigios de interés público. Inclusive, los mismos agentes recurren a los órganos jurisdiccionales a fin de que sean los miembros de estos los que tomen la decisión final. Esto se observa cuando ante tensiones políticas altamente conflictivas entre poderes del Estado u otros órganos constitucionales deciden acudir al Tribunal Constitucional a fin de que ejerza su función pacificadora y se legitimen sus actuaciones.

⁹ No solo por los efectos de las disposiciones normativas o planes que emitan sino también que en el proceso de formación de los mismos no han sido incluidos.

De esa manera, se tratan de disputas cuya única salida para vencer el estancamiento político es recurrir a los tribunales (Domingo, 2004). Por ejemplo, en el Perú, se tienen los casos de la cuestión de confianza, la disolución del Congreso y la vacancia por incapacidad moral del presidente. Por otra parte, los actos de la Administración Pública no se encuentran exentas de la revisión judicial, puesto que a medida que vivimos en una sociedad más dinámica, la relación entre ciudadano (a) y el Estado se hace cada vez más compleja, sumado a las nuevas necesidades y a la aparición de nuevos derechos que requieren de una actuación más proactiva del aparato estatal.

De ese modo, reducir el impacto del Tribunal Constitucional al ámbito jurídico es omitir no solo su rol como máximo intérprete de la Constitución y como órgano encargado de resguardar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, sino también desconocer la naturaleza del objeto que se le ha encargado proteger. Además, como se ha visto, con la construcción de un Estado Convencional se han ampliado las obligaciones estatales, añadiendo al Tribunal Constitucional la guardianía de los tratados en derechos humanos suscritos y la jurisprudencia internacional en el ámbito interno.

Por ello, es fundamental enfatizar en que las decisiones emitidas por órganos como el Colegiado constitucional “están revestidas de características políticas en tanto influyen en el ejercicio del poder, en la organización o el ordenamiento del Estado, así como en el aspecto ideológico del Derecho de la Constitución [...]” (Solís, 2000, p. 205). Sin embargo, cabe enfatizar en que el Tribunal no ejerce el poder político de la misma manera que el Poder Ejecutivo o Legislativo.

Como órgano jurisdiccional, sus decisiones se encuentran sujetas a las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. En consecuencia, carece del ámbito de discrecionalidad que caracteriza a las decisiones políticas en sentido estricto; por el contrario, este hace referencia a un margen de acción. Así, el contenido de la sentencia que expide el Alto Tribunal se da en aplicación a las disposiciones o normas constitucionales y la normativa que integra el bloque de constitucionalidad y convencionalidad (García Pelayo, 1981). Por consiguiente:

(...) su función dentro del sistema de órganos constitucionales es una función de control llevada a cabo por métodos jurisdiccionales [...] tiene como finalidad contribuir a que el dinamismo y la concurrencia de intereses, objetivos y valores inherentes a la vida política se mantenga dentro de los parámetros y límites constitucionales [...] ejerce una acción de regulación entendiendo por tal a aquella operación mediante la cual se neutraliza los

disturbios y obstáculos al funcionamiento constitucional del sistema político. (García Pelayo, 1981, p. 30)

Al analizar la consolidación del Estado Constitucional y sus principales características, se observó que uno de sus rasgos distintivos y una de las razones que justifica su existencia es la limitación del poder público. En esa línea, como señala Bachof (1986), resulta indispensable poner un cerrojo frente a cualquier intento de subordinar los criterios jurídicos a fines políticos. En consecuencia, la legislación y las decisiones que los órganos políticos adopten no pueden estar exentas de control, ya que estas pueden estar en función de intereses políticos y no jurídicos.

En este aspecto, el Tribunal Constitucional peruano ha sido protagonista de diversos episodios de tensión entre el derecho y la política¹⁰. No obstante, desde el caso “Lizana Puelles” (TC, Exp. 5854-2005-PA/TC, 2005) ha mantenido una línea jurisprudencial casi uniforme¹¹ consistente en que *no existe zona exenta de control* mediante los procesos constitucionales existentes. Dado que una posición contraria puede causar una afectación directa al principio de supremacía constitucional que sostiene nuestro marco de actuación actual.

Esto representa un abandono de la visión rígida de las *political questions*, inclinándose hacia el activismo judicial. Sin embargo, como señala Landa (2000), no se trata de partir de una regla fija en el que se opte por un extremo u otro, sino que la actuación de los jueces constitucionales responde a un nivel de activismo en función a las circunstancias políticas, sociales y económicas, conforme lo ha venido haciendo el Tribunal Constitucional peruano. Por ejemplo, se ha encargado de resolver conflictos políticos a través de los procesos competenciales, siendo que los mismos poderes del Estado y otros órganos constitucionales han trasladado del foro político al ámbito jurisdiccional tales controversias para recibir una respuesta revestida de legitimidad.

¹⁰ Cabe recordar casos desde la sentencia sobre la Ley de Interpretación Auténtica que buscaba una tercera reelección del ex presidente Alberto Fujimori hasta cuestiones políticas más recientes como la constitucionalidad de la disolución del Congreso en septiembre del año 2020.

¹¹ El 23 de febrero de 2023, la nueva composición del Tribunal Constitucional expidió la sentencia recaída en el Expediente 0003-2022-CC/TC, “Caso del control judicial sobre las decisiones de los órganos del Congreso. Congreso de la República contra el Poder Judicial”, en la que intenta, contrariamente a su línea jurisprudencial, adoptar la doctrina de las *political question*. Pese a esta decisión, de manera concordante con el reconocimiento del Perú como un Estado Constitucional, en esta investigación se optará por mantener como referencia la línea jurisprudencial que se ha mantenido constante hasta la fecha que se indica.

Justamente la relevancia de esta dimensión política del Tribunal se hizo evidente en esta última etapa de controversias políticas en el país, tales como el caso de la vacancia del presidente de la República por incapacidad moral, en el que se buscó que sea el Colegiado constitucional quien dotará de contenido a dicha causal ante su alto grado de indeterminación (TC, Exp. 0002-2020-CC/TC, 2020). Asimismo, mecanismos como el *vacatio sententiae* que permite a los magistrados modular los efectos de su sentencia de constitucionalidad o el principio de previsión de las consecuencias evidencian los impactos de sus decisiones en los demás poderes constituidos.

Ahora bien, es de suma importancia distinguir entre la judicialización de la política y la politización de la justicia, ya que confundir ambos conceptos puede llevar a tergiversar el rol del Tribunal Constitucional; con ello, buscar deslegitimar su actuación. Como bien identifica Domingo (2004), la judicialización de la política puede traer consigo la politización de la justicia, pues los actores al advertir el impacto político de los tribunales jurisdiccionales, en especial el Tribunal Constitucional, buscan controlar a sus miembros y los efectos de sus sentencias.

De esa manera, la politización de la justicia puede ser entendida como “el proceso de captura por parte de los intereses políticos de las instituciones judiciales y de los jueces y juezas” (Nash, 2018, p. 826). Debido a ello, corresponde desmitificar la dimensión política del Tribunal como una forma de “hacer política” y entender su posición en la arquitectura del ordenamiento constitucional, siendo la politización lo que se debe combatir. Pues el control constitucional sobre todo acto o decisión, público o privado, es una expresión válida de la vinculatoriedad de la Constitución como norma jurídica-política suprema para la sociedad civil, poderes públicos y cada autoridad pública, estando protegida de “las normas legales y decisiones políticas del legislador o del presidente que la infrinja” (Landa, 2000, p. 129)

Lo anterior también se justifica en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad ante cualquier acción u omisión que la ponga en peligro, fin que está presente en todo proceso constitucional. Así, cabe recordar que con el cambio de paradigma de un Estado Legal a un Estado Constitucional, aunado al proceso de convencionalización del derecho interno, ha devenido en el reconocimiento de obligaciones y estándares de protección más elevados, además de una fiscalización más intensa por parte de diferentes actores sociales en aras de que lo político no rehuya del marco de actuación en el cual está inmerso.

1.3.2. El control constitucional de las políticas públicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Generalmente, la discusión en torno a la intervención del Tribunal Constitucional en la esfera política ha terminado concentrándose en la parte orgánica de la Constitución, en las relaciones entre los poderes del Estado y en el control constitucional de la legislación. Sin embargo, *una de las decisiones emanadas del poder político que ha sido trasladada recientemente al ámbito jurisdiccional del Tribunal Constitucional son las políticas públicas.*

Aunque viene siendo un área escasamente explorada, las políticas públicas cada vez más se someten al conocimiento del Colegiado constitucional. Y es que, estas guardan una relación intrínseca con la obligación de garantizar los derechos fundamentales, principalmente, *se constituyen en instrumentos de suma relevancia para los derechos sociales* en atención a su dimensión predominantemente prestacional (TC, Exp. 02566-2014-PA/TC, 2018).

Si bien no se ha logrado un posicionamiento uniforme ni claro respecto a los alcances de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en dicha materia, se reconoce su competencia en cuanto al control que puede ejercer sobre las políticas públicas (TC, 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC, 2015, párr. 6-22). Esta conclusión guarda relación con su ya mencionada posición respecto a que no existe zona que no esté supeditada a la Constitución; y, con ello, ser objeto de dicho control.

Según Lily Ku en su tesis “La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas públicas” (2013), los primeros indicios de este control se advierten, principalmente, en tres casos. El primero de ellos es en la sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de abril de 2004 (Exp. 2945-2003-AA), en la que el Colegiado coadyuvó a que el Poder Ejecutivo, representado por el Ministerio de Salud, cumpliera con lo dispuesto en la Ley N° 25526, referido al Plan Nacional de Lucha contra el VIH, el Sida y las enfermedades de transmisión sexual; y, se concretizara la atención gratuita a la población en situación de pobreza.

El segundo caso se refiere a la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de septiembre de 2005, que acumula los expedientes 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, en la que se exhortó al Poder Ejecutivo a reevaluar la política nacional e

internacional de antinarcóticos e implementar el Programa de Desarrollo Alternativo dispuesto en la normativa, en relación a la hoja de coca. Además, el Tribunal observó que la política pública existente para combatirla se dirigía solo a una de las etapas que permitían su configuración, sin considerar tampoco el factor de la identidad cultural inmerso.

Finalmente, el tercer caso recae en la sentencia del 12 de mayo de 2006 (Exp. 2002-2006-PC/TC), en la que el Tribunal Constitucional, ante la situación alarmante en materia de salud de la población de La Oroya por la contaminación de plomo como consecuencia de la actividad minera, determinó la inexistencia de una política pública. Debido a ello, ordenó una serie de acciones tendientes a que el Estado subsane dicha omisión en un plazo razonable.

Estas sentencias brindan el panorama inicial de la intervención de la jurisdicción constitucional en el campo de las políticas públicas. En esta etapa embrionaria, el Tribunal Constitucional aún no resulta plenamente consciente de su labor y no articula una posición jurisprudencial uniforme que permita determinar los alcances del control sobre este instrumento de acción política.

En decisiones posteriores, se han ido estableciendo algunos estándares que consolidaron aún más la capacidad del Tribunal Constitucional de controlar las políticas públicas; así como, se intentó delimitar los alcances de dicho control. Así, se sostuvo que la declaración de invalidez de una política pública es posible cuando: i) contraviene manifiestamente el objetivo colectivo constitucionalmente protegido; y, ii) los medios escogidos para alcanzar tales objetivos no son idóneas o están al margen de lo constitucionalmente permitido (TC, Exp. 00021-2010-AI, 2012). De esa manera, se partió de la premisa de controlar una política ya existente, centrándose en que su formulación se encuentre dentro de los parámetros constitucionales.

Posteriormente, en el “Caso Ley Universitaria” (TC, N° 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC, 2015), el Colegiado precisó su capacidad para ejercer control sobre políticas públicas aprobadas por los órganos competentes. Para lo cual, hace referencia al fenómeno de “constitucionalización de la política” a fin de enfatizar que lo político en un Estado Constitucional no puede ser indiferente ni atentar contra el contenido de la Constitución. En ese sentido, concluye que le corresponde verificar que la aplicación de las políticas públicas no genere situaciones

de vulneración de derechos o que los mismos se vean afectados por una inacción; es decir, no solo podrá controlar una acción sino también una omisión.

Asimismo, se mencionó que tal postura se sostiene en la función de integración social del Tribunal Constitucional, que implica que toda persona sea efectivamente parte de una sociedad en la que pueda realizar su proyecto de vida (inclusión), se sienta identificada con esta (cohesión) y ante cualquier conflicto se alcance una reconciliación que incluya evitar el surgimiento de nuevos conflictos sociales. Con base en esta nueva función, se justifica el control constitucional de las políticas públicas, evidenciándose su relación con la materialización de la justicia social.

En esa línea, en la sentencia recaída en el expediente 03228-2012-PA/TC (TC, 2016), el Tribunal afirmó que contaba con la competencia de examinar que las autoridades públicas den cumplimiento a sus obligaciones constitucionales, por ejemplo, velar por la observancia de la dinámica de la progresividad a través de una política pública. En este caso, se advierte el intento de sistematizar los criterios provenientes de sus decisiones anteriores, dando como resultado el establecimiento del siguiente test de control de constitucionalidad de las políticas públicas por parte del Tribunal Constitucional:

i) Déficit de existencia: el Tribunal Constitucional analizará si se ha omitido o no la expedición de una política pública en favor de la protección de los derechos fundamentales.

ii) Déficit de ejecución: se evaluará si la implementación se ha realizado de manera efectiva.

iii) Déficit de consideración suficiente: corresponde analizar si el órgano emisor de la política pública ha tenido en cuenta los principios esenciales relacionados al derecho fundamental que intenta proteger, ya sea en la etapa de formulación o implementación.

iv) Déficit de respeto suficiente: nos encontramos ante este supuesto cuando se ha producido una transgresión manifiesta al derecho fundamental. Este se subdivide en: a) déficit de violación manifiesta, esto es, cuando una política pública es contraria al derecho fundamental; b) Déficit de razonabilidad, es decir, si se han planteado medidas que son inadecuadas; y, c) Déficit de protección básica o elemental, cuando la política pública no ha tenido en cuenta las situaciones urgentes en torno a la protección de determinado derecho fundamental.

v) Déficit de confrontación de problemas estructurales: no se ha advertido las situaciones que impiden la materialización efectiva de las políticas públicas y que pueden ocasionar efectos negativos en el derecho. Se subdivide en: a) *déficit de participación política*, participación de la sociedad o los colectivos afectados directamente por la política pública; b) *déficit de transparencia*, es decir, si se tiene información pública, actual y accesible sobre la política pública; c) *déficit de control*, cuando no se han implementado herramientas que permitan no solo la fiscalización sino también la rendición de cuentas por el órgano competente; y, d) *déficit de evaluación de impacto*, si no se ha establecido los indicadores que facultan a determinar el impacto de la política pública.

En palabras del ex magistrado constitucional Espinosa-Saldaña, este test se configura como uno mínimo formal, dado que establece el estándar básico para controlar la constitucionalidad de la política pública, sin que se ingrese a un control detallado sobre el contenido de las medidas o su duración. Por otro lado, lo define como un test de déficits, ya que busca determinar el cumplimiento o incumplimiento de estándares mínimos (TC, Exp. 04086-2016-PA/TC, Fundamento de voto, 2017, párr. 28-20).

De esta forma, se puede afirmar, por un lado, que las políticas públicas no están exentas de control constitucional; y, por el otro, que le corresponde al Tribunal verificar que la formulación y aplicación de las políticas se hayan efectuado respetando los derechos fundamentales. Esto con base en que las políticas públicas no son meras decisiones políticas, sino que cuentan con una dimensión subjetiva guiadas hacia la satisfacción de los derechos fundamentales, cobrando mayor relevancia respecto a los derechos sociales por las prestaciones materiales que requiere para su plena satisfacción. Debido a ello, resulta un insumo mínimo la permisión de este control a través del test anteriormente desarrollado.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional advierte que “[n]o le corresponde, por cierto, fijar el contenido de las políticas públicas [en salud], sino examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones [...]” (TC, Exp. 03228-2012-PA/TC, 2016, párr. 38). Dicha aclaración es una constante en la argumentación del Colegiado Constitucional, pues en diversas oportunidades ha reiterado que “ciertamente no corresponde que el Tribunal Constitucional, en tanto órgano jurisdiccional elabore o ejecute las correspondientes

políticas públicas [por ejemplo] en materia educativa” (TC, Exp. 00853-2015-PA/TC, 2017, párr. 69).

Frente a ello, de un análisis conjunto de los casos mencionados, se puede concluir que el estado de cosas actual respecto al control de constitucionalidad de las políticas públicas acepta - al menos - que el Tribunal observe y señale, desde afuera, los déficits de una política en los términos del test; mientras que, por regla general, se encontraría excluido del diseño y ejecución de las mismas, aunque no precisa qué implican tales acciones. No obstante, como se explorará en el próximo capítulo, la práctica jurisprudencial revela que toda regla puede tener su excepción, más aún para resguardar los derechos fundamentales.

En conclusión, a partir de este análisis, resulta claro que toda actuación del Estado y la sociedad se encuentra enmarcada en un *Estado Constitucional y Convencional*, el cual se ha ido perfeccionando hacia el cumplimiento de la *cuestión social* a fin de construir una sociedad realmente libre e igualitaria. En ese contexto es que la justicia constitucional peruana, en manos del Tribunal Constitucional, ha adquirido un papel fundamental en la definición y desarrollo de los *derechos sociales como derechos fundamentales*. Finalmente, se ha demostrado que el Tribunal Constitucional cumple un rol relevante en el *dinamismo político* como guardián máximo de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional.

Ello en mérito a su capacidad de control frente a toda decisión que atente contra los objetos sometidos a su protección. Así, se consolida el *control constitucional de las políticas públicas* por el Tribunal Constitucional, las cuales son instrumentos trascendentales para la efectivización plena de los derechos sociales, teniendo en cuenta la relevancia de su fase prestacional. Por ello, los(as) magistrados(as) serán competentes para identificar y avisar a la autoridad pública de la existencia de déficits en la gestación de las mismas que necesitan reparar. Sin embargo, cabe preguntarse si existen situaciones en las que no basta una participación del Colegiado como un agente externo del proceso político de construcción de una política pública, interrogante que se resolverá a continuación.

II. LA EMISIÓN DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este segundo capítulo, se analizarán los principales rasgos identitarios de una sentencia estructural. Para ello, se realizará una aproximación a su definición a partir de un estudio comparado de las técnicas jurisprudenciales provenientes del constitucionalismo estadounidense y colombiano, las cuales sirvieron de base para la aparición de la sentencia estructural en la justicia constitucional peruana en manos del Tribunal Constitucional.

En esa línea, también se determinará la estructura de este tipo de sentencia; es decir, los aspectos integrantes indispensables para que una decisión emitida por el Tribunal Constitucional pueda ser calificada como una sentencia estructural. Esto, a su vez, contribuirá a que se visibilicen sus diferencias con otras figuras procesales empleadas por este órgano jurisdiccional, tales como las sentencias exhortativas y los precedentes vinculantes.

2.1. Aproximación al concepto de sentencia estructural

Para comprender el funcionamiento de un mecanismo procesal y sus efectos, es necesario tener presente en qué consiste la misma; así como, los fundamentos de su aparición y permanencia en el tiempo. Para lo cual, resulta sumamente útil acudir a las fuentes de origen o, al menos, a sus principales antecesores que coadyuven a comprender la esencialidad de la figura que se ha decidido trasplantar hacia el propio sistema jurídico¹², en este caso, el peruano.

Debido a ello, a continuación, se construirá una aproximación teórica de lo que es una sentencia estructural, teniendo en cuenta su gestación y desarrollo en otros ordenamientos jurídicos constitucionales, específicamente, del constitucionalismo estadounidense y colombiano, con el objetivo de identificar cuándo la emisión de una sentencia estructural por parte del Tribunal Constitucional se convierte en una opción constitucionalmente posible.

¹² Sobre el enfoque metodológico relacionado a los trasplantes jurídicos de instituciones extranjeras, véase Backenköhler, C. (2019). Trasplante jurídico. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, pp. 262-275.

2.1.1. Antecedentes

A. Estados Unidos

La historia detrás del surgimiento de una sentencia estructural se remonta a mediados del siglo XX, siendo su fuente de inspiración las “*structural remedies*”, cuyo desarrollo estuvo a cargo de la función judicial de los jueces y las juezas en Estados Unidos. El profesor Russell Weaver (2004) atribuye el nacimiento de las mismas al fallo *Brown Vs. Board Education of Topeka (Brown I)* expedido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954.

En dicho caso, un grupo de afrodescendientes menores de edad - provenientes de los Estados de Kansas, Carolina del Sur, Virginia y Delaware - acudieron ante la referida Corte para solicitar que ésta les ordene a las escuelas públicas de su localidad la admisión de los recurrentes sin ser sometidos a la política segregacionista que los separaba de los estudiantes fenotípicamente “blancos”. Esto debido a que tal estado de cosas vulneraba su derecho a recibir una protección legal equitativa conforme a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Dicha política de segregación racial se sustentó en la doctrina “separados pero iguales”, consistente en que mientras se otorgara la misma calidad de la prestación del servicio no importaba que esta se brinde de manera separada, aunque su fundamento separatista recayera en un factor racial. En ese contexto, la relevancia de *Brown* recae en que el pedido específico de los demandantes para ser admitidos en las escuelas reservadas para estudiantes “blancos” estuvo acompañado de la siguiente premisa: las escuelas públicas segregadas, en sí mismas, no podían ser iguales.

En consecuencia, aun cuando se estaba ante un caso acumulado que recogía historias de cuatro diferentes Estados basados en diferentes hechos y condiciones locales, una cuestión jurídica común justificaba su consideración conjunta: la política segregacionista. De esa manera, los jueces estadounidenses tuvieron la oportunidad de analizar la causa subyacente común detrás de la controversia planteada, esto es, la segregación racial en la política pública educativa.

De ese modo, la Corte Suprema terminó por concluir que la separación de los niños, las niñas y adolescentes afrodescendientes en las escuelas públicas generaba un sentimiento de inferioridad en dicho grupo poblacional, causando una situación que afectaba su salud mental y emocional. Debido a que, esta política segregacionista era una expresión más de la discriminación histórica contra la población afrodescendiente y la justificación de su deshumanización; por lo que, la sociedad buscaba asignarles un estatus diferente y de inferioridad.

En este contexto, lo que decidiera la Corte Suprema, tal como ella misma lo reconoció, no solo surtiría efectos en los demandantes, sino también en toda persona que se encontrara en una situación similar, en la medida que la política de segregación racial en el ámbito educativo había originado una violación masiva del derecho de los escolares afrodescendientes a la protección equitativa de las leyes garantizada por la Constitución estadounidense. En ese sentido, se advierte cómo los jueces en el caso *Brown I* traspasaron la noción de un proceso entendido como una controversia entre dos partes al haber identificado detrás de los pedidos individuales un *status quo* injusto, el cual era promovido por las propias autoridades escolares.

Esta primera decisión debe ser leída a la par de la sentencia expedida por la Corte Suprema en el año 1955 conocida como *Brown II*, con la que se termina de sumar las últimas piezas para que juntas sean la *structural remedy* histórica del constitucionalismo norteamericano. Así, en este segundo pronunciamiento, la Corte no solo dictó órdenes dirigidas hacia los demandantes; sino también, emitió órdenes con efectos generales orientadas a reparar la causa de fondo que motivó a los escolares afrodescendientes a pedir tutela.

De ese modo, la Corte, en un extremo, resolvió revocar las sentencias de los Tribunales de Distrito que negaron la admisión a escuelas públicas no segregadas a cada uno de los demandantes. Mientras que, en el otro, dictaminó que toda ley federal, estatal o local que permitiera la permanencia de la política segregacionista se debía dejar a un lado. Además, determinó que las autoridades escolares tenían que elaborar planes a fin de lograr un sistema escolar no discriminatorio cuya idoneidad sería evaluada por cada tribunal de distrito.

En efecto, la Corte Suprema asignó a los tribunales distritales - que habían conocido originalmente los casos - una labor de seguimiento constante y de participación, ello

debido a que se encontraban en una mejor posición para realizar las evaluaciones judiciales y emitir los decretos con los remedios necesarios para la implementación del fallo, esto teniendo en cuenta la organización federal de los Estados Unidos. De esa forma, dichos tribunales mantendrían su jurisdicción hasta lograr la transición hacia escuelas libres de segregación racial.

Por consiguiente, tal como señaló el profesor Owen M. Fiss, citado por Weaver (2004), este fallo no solo se reduce a que todo estudiante en los Estados Unidos sea parte de un sistema escolar unitario, no racial; sino que significó el inicio de la reconstrucción de una institución social¹³ como lo es la escuela primaria y secundaria. Esto debido a que implicó la transformación de su organización a fin de adaptarse a una política pública educativa libre de discriminación racial y que brindara las condiciones necesarias para que todo estudiante pueda desarrollarse en condiciones equitativas.

Así, pese al surgimiento de la mencionada doctrina de las *political questions* - que buscó frenar la participación activa de los jueces en asuntos considerados como reservados para el poder político - los remedios estructurales lograron institucionalizarse. Y, de este modo, reformar a la sociedad estadounidense a través de la regulación de gobiernos estatales y tribunales involucrados en sus distintos niveles, reestructurando no solo colegios, sino también cárceles, centros de salud mental, entre otros (Weaver, 2004).

Por ejemplo, en *Hutto Vs. Finney* (1978) se abordó la problemática estructural en torno al sistema penitenciario de Arkansas: hacinamiento, aislamientos punitivos, falta de atención médica y condiciones insalubres de vivienda. Frente a esa situación, el tribunal de distrito ordenó la implementación de remedios sumamente detallados; tales como, que cada recluso tuviera una litera para dormir y las celdas fueran ocupadas por un número determinado de personas reclusas como máximo. La especificidad fue

¹³Una de las sentencias más representativas que siguió a *Brown* y que continuó la labor en la eliminación de la segregación racial en la política educativa fue el caso *Swann Vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (1971), enfocado en las falencias detrás del sistema de transportes escolar para la integración racial. El Tribunal de Distrito dio la oportunidad para que el distrito escolar presentara planes para lograr dicho objetivo, pero el tribunal los consideró inadecuados, por lo que consultaron con un experto para construir uno de manera conjunta. Esto fue validado por la Corte Suprema, quien señaló que, en caso de incumplimiento por parte de las autoridades escolares de su obligación afirmativa de ofrecer remedios aceptables, los tribunales de distrito tienen amplio poder para diseñar remedios que aseguren sistemas escolares unitarios.

consecuencia de la renuencia de corregir la violación de derechos advertida por la autoridad judicial por parte de las autoridades estatales (Weaver, 2004); dicha decisión fue validada por la Corte Suprema.

En consecuencia, *Brown* generó una nueva forma de litigio en los Estados Unidos, el cual fue denominado por Abram Chayes (1976) como “*litigio de derecho público*”; siendo que las demandas que se enmarcan en este modelo tienen como objeto el agravio sobre el funcionamiento de una *política pública*. En ese sentido, las *structural remedies* son consideradas como una manifestación de este tipo de litigio que se caracteriza principalmente por cuatro aspectos.

El primer aspecto es la desaparición de la estructura bipolar tradicional, esto es, el clásico versus entre demandante y demandado. Debido a que el juez o la jueza presta atención con mayor énfasis al contexto fáctico que motivó la demanda y en todas las consecuencias legales que se deben considerar, siendo que los hechos del caso que deben ser atendidos no se limitan a lo escrito por las partes. Por ello, Chayes (1976) señala que se está ante un proceso cuya estructura no es rígidamente bilateral, sino dispersa y amorfa, dado que no solo las partes originalmente participantes pueden ser alcanzadas por los efectos de la sentencia que se emita.

En ese sentido, como se ha visto en el caso *Brown*, a partir de los pedidos concretos de un grupo de escolares afrodescendientes provenientes de diferentes Estados, la Corte Suprema pudo identificar que no se estaba ante una suma de casos aislados, sino que las acciones procesales partían de la existencia de un *status quo* injusto perpetrado por las mismas autoridades públicas a través de una política educativa segregacionista. Dicha política era reflejo de la discriminación histórica contra dicho grupo poblacional en la sociedad estadounidense. En consecuencia, estos hechos develaron una violación sistemática del derecho a recibir una protección legal igualitaria del estudiantado afrodescendiente y no solo respecto a las personas demandantes.

A partir de ello, surge el segundo aspecto relevante de este tipo de decisiones que consiste en la conexión entre el derecho lesionado y el remedio que se ofrece, la cual se convierte en difusa, en razón a la complejidad para determinar a los afectados por el resultado. Debido a que, los remedios estructurales evalúan cómo corregir la falta de fondo para evitar consecuencias futuras, adoptando la reparación un carácter prospectivo al no limitarse a compensar el daño causado. Por ejemplo, ordenar

únicamente la revocatoria de las sentencias que declararon infundada la petición de los demandantes o que se ordene que se corrijan las condiciones en las que se encuentran solo los demandantes privados de su libertad.

En otras palabras, el alivio judicial no comprende solo una compensación por los hechos consumados que causaron agravio y que se derivan de la responsabilidad de la parte demandada y, por ende, encargada de repararlo, sino que el daño advertido por la Corte, el cual alcanza a toda persona en situación similar al demandante, requiere de remedios que condicionen el comportamiento futuro. De ese modo, las órdenes representan el esfuerzo por diseñar un programa afirmativo para contener dichas consecuencias futuras y corregir la actuación estatal, teniendo en consideración la variedad de intereses involucrados, incluso de personas o instituciones ausentes en el proceso en atención al interés público (Chayes, 1976).

Esta situación conlleva al tercer aspecto relevante, el cual se basa en la continuidad de la reparación y la participación constante del juez para velar por el cumplimiento de las órdenes emitidas o proponer su modificación a partir de las circunstancias. En efecto, en este tipo de casos, Chayes (1976) explica que las órdenes dirigidas para remediar la situación inconstitucional son elaboradas de manera progresiva, a través de herramientas como la mediación y negociación, con la finalidad de que las partes afectadas puedan tener el control sobre el resultado práctico, pero siempre dentro del marco de lo establecido por el juez o la jueza.

Finalmente, todo lo anterior revela un cuarto aspecto de este tipo de litigio y es que la pasividad de los jueces, como característica, sucumbe y el juez se presenta ahora como la figura dominante del proceso, principalmente, los jueces del tribunal de distrito al recaer, generalmente, sobre ellos la creación y seguimiento de formas complejas de socorro (Chayes, 1976); lo cual responde a las particularidades de su propio sistema jurídico. Así, la participación limitada de la autoridad judicial en la determinación de los hechos se transforma, pues conduce procesos de mediación y negociación para construir los remedios, recurriendo incluso al consejo de expertos; y, se mantiene presente en la administración e implementación de su fallo hasta que el *statu quo* injusto haya cesado.

B. Colombia

En el ámbito latinoamericano, las *structural remedies* encuentran su expresión en las sentencias estructurales emitidas por la Corte Constitucional de Colombia. No obstante, este tipo de sentencia tiene un rasgo distintivo en el ordenamiento jurídico colombiano. Y es que, como mencionan Cruz Rodríguez (2019) y Sánchez Gómez (2020), no es factible entender a cabalidad las sentencias estructurales colombianas si es que no se hace referencia a la herramienta procesal creada por la misma Corte denominada “*Estado de Cosas Inconstitucional*” (ECI), dado que dicha figura es la que habilitó la construcción de esta clase de decisiones jurisdiccionales en dicho Estado.

Al respecto, para mayor claridad, resulta ilustrativa la línea de tiempo construida por Mónica Barriga (2014) referida a la evolución de las sentencias estructurales de la Corte Constitucional colombiana, identificando la existencia de tres etapas. La primera, consiste en el surgimiento de este tipo de sentencias a partir de la emisión de la Sentencia de Unificación N° 559 del año 1997 en la que se declara, por primera vez, la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional.

En dicho caso, diferentes grupos de docentes interpusieron acción de tutela contra los Municipios de María la Baja y Zambrano, instituciones públicas con las que estaban vinculados laboralmente, debido a que no habían sido afiliados a la Caja o Fondo de Prestación Social, pese a que se les descontaba el 5% de su sueldo por dicho concepto. Esto ocasionó que no recibieran las prestaciones sociales en materia de salud, afectando sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la igualdad, entre otros.

Ante tal reclamo, la Corte advirtió que la situación de los docentes demandantes no era exclusiva de ellos, sino que la cifra de afiliación al Fondo de los docentes en similar posición era sumamente baja, lo cual alertaba que algo más estaba sucediendo. Debido a ello, la Corte señaló que la controversia puesta a su conocimiento presentaba dos dimensiones. Por un lado, la que resultaba visible y deviene tradicionalmente de la acción de tutela individual en sí misma, es decir, el acto lesivo específico recaído - en el caso concreto - en el incumplimiento de los dos municipios demandados de su obligación de afiliar a los docentes que solicitaron auxilio judicial, cuyo argumento era la falta de recursos económicos.

Por el otro lado, se tenía un problema que traspasaba a los hechos traídos por ambas partes; esto es, un problema general que impactaba a un gran número de maestros y maestras en Colombia y a sus derechos fundamentales. En ese contexto, la Corte Constitucional identificó que dicha situación tenía una causa de fondo que no se circunscribía a la falta de recursos económicos, sino a la ausencia de una política educativa construida y ejecutada, a nivel nacional y municipal, con base en las necesidades reales de los estudiantes colombianos, que permitiera una distribución adecuada, proporcional y equitativa entre departamentos y municipios de los recursos económicos estatales, lo que evitaría situaciones como la expuesta en la demanda.

De este modo, se declaró la existencia de un “estado de cosas contrario a la Constitución” que, según el párrafo 30 de la sentencia objeto de análisis, “tiene una relación directa con la violación de derechos fundamentales verificada en un proceso de tutela”. Ante lo cual, corresponde dictarse “un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo”. En consecuencia, tanto este requerimiento como la notificación del estado de cosas identificado “conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte [...] con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado”. Este estado de cosas no solo serviría de soporte causal de la lesión invocada por los demandantes sino también respecto a situaciones semejantes.

Así, la Corte ordenó como medida, *con efectos interpartes*, que se culminara con el trámite de afiliación de los profesores demandantes en resguardo de su derecho a la igualdad entre docentes. Asimismo, a la declaratoria del estado de cosas contrario a la Constitución se le acompañó un requerimiento, *con efectos generales*, de reparación en un plazo razonable dirigido a las autoridades competentes. Para lo cual, si bien en la parte resolutive no se detallaron las órdenes a seguir para lograrlo, en los fundamentos de la sentencia se expresó la obligación de tomar en consideración determinados criterios para la política educativa, tal como programar la reubicación de docentes siguiendo como criterio las necesidades educativas de cada lugar para una distribución equitativa de los ingresos nacionales.

Teniendo en cuenta la magnitud de los remedios adoptados por la Corte Constitucional, ésta remitió copia de la sentencia no solo a los municipios demandados, sino que incluyó al Ministerio de Educación; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; al Director de Planeación, encargado de la elaboración de políticas públicas; a Concejos Municipales;

Gobernadores, entre otras autoridades. Aunado a ello, encomendó una labor de seguimiento al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República.

La segunda etapa se trata de la consolidación de las decisiones estructurales en la jurisprudencia constitucional colombiana en manos de la Corte Constitucional. Al respecto, la citada autora identifica ciertas sentencias que evidencian lo afirmado. A continuación, se analizará tres de los casos mencionados por Barriga (2014) a fin de seguir acercándonos a la definición de una sentencia estructural.

En primer lugar, la sentencia T-068 del año 1998, que recoge el pedido de diferentes personas adultas mayores, quienes - de manera individual y separada - interpusieron una acción de tutela contra la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión. Esto debido a que la entidad demandada no cumplió con resolver las peticiones relacionadas con el reconocimiento de sus pensiones de jubilación, vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad, salud y seguridad social.

Resulta relevante mencionar que, conforme lo indicado por la Corte, existían más de 30 mil acciones de tutela contra la referida entidad demandada; por lo que, los magistrados constitucionales consideraron necesario realizar una inspección judicial. Gracias a ello, se delimitó que la falta de respuesta a la solicitud de los demandantes se debía a una falla en la estructura y organización de la propia administración de la Caja Previsional. Una de las muestras más alarmantes de dicha situación fue la institucionalización de un procedimiento distinto para aquellos que iniciaban una acción de tutela, puesto que ello recién habilitaba a que se diera trámite a su solicitud.

En ese sentido, la gran cantidad de casos no era producto de una coincidencia ni se trataban de hechos aislados; sino que, como consecuencia del comportamiento omisivo de la entidad demandada, se había producido una violación a la Constitución relacionada directamente con la vulneración de derechos fundamentales, específicamente, de los jubilados y las jubiladas. Debido a ello, conforme a lo dicho en la Sentencia de Unificación N° 559, correspondía declarar la existencia de un "Estado de Cosas Inconstitucional" (ECI). Este habilitó a que se dicten órdenes dirigidas a eliminar los factores que originaron el estado de cosas inconstitucional identificado; y, que las causas de fondo puedan encontrar una solución sin que se tenga que recurrir constantemente a la judicialización.

En ese contexto, la Corte reiteró que no era factible que su decisión se limitara a alcanzar a las partes inicialmente intervinientes. Por ende, no solo ordenó que la Caja Nacional de Previsión se pronunciara dentro de un plazo de 48 horas sobre las peticiones de los demandantes, sino también ordenó que se reparara el estado de cosas inconstitucional en un plazo, a diferencia de la sentencia anteriormente analizada, determinado de seis meses. Para lo cual, la sentencia fue notificada a una serie de autoridades públicas competentes para revertir las causas del estado de cosas que afectaba al colectivo de jubilados(as). Asimismo, volvió a delegar al Procurador General de la Nación, al Contralor General de la República y al Defensor del Pueblo la vigilancia del cumplimiento del fallo.

En segundo lugar, se encuentra la Sentencia T-153, expedida también en el año 1998. En dicha sentencia, la Corte acumuló el caso del recluso Manuel Duque Arcila de la Cárcel Nacional de Bellavista de Medellín, cuya capacidad de albergue era de 1500 internos y a la fecha de la demanda venía albergando a 4969; y, el caso de un grupo de personas reclusas en la Cárcel Nacional Modelo de Medellín, quienes demandaban como acto lesivo el hacinamiento carcelario al que se enfrentaban. Estas condiciones fueron verificadas por la misma Corte, concluyendo que tales centros penitenciarios no cumplían con respetar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad; por el contrario, presentaban condiciones inhumanas por la situación extrema de hacinamiento.

No obstante, los magistrados advirtieron que las condiciones penitenciarias lesivas de derechos no solo se circunscribían a las cárceles demandadas, sino que se extendían a cada uno de los establecimientos penitenciarios colombianos, esto es, una situación generalizada que no era factible de solucionarse solo con el traslado de internos a uno y otro lugar. Más aún porque el hacinamiento carcelario era una problemática histórica que no solo perduraba a través del tiempo sino también se intensificaba, lo cual reveló a la Corte la inacción prolongada del Estado.

Esta inercia detectada y traducida en la ausencia de políticas públicas dirigidas a corregir verdaderamente la violación de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, estuvo acompañada de diversas conductas de diferentes autoridades estatales que agravaban el panorama. Por ejemplo, leyes más punitivistas, uso excesivo de la prisión preventiva o corrupción en las contrataciones para obras de

construcción. Debido a ello, la Corte lo calificó como un caso extremo de omisión y un incumplimiento grave, reiterado y prolongado de sus obligaciones de garantizar las condiciones mínimas para una vida digna de este grupo de personas. En consecuencia, la Corte declaró un ECI, definiéndolo con mayor detalle como:

“[...] situaciones de *vulneración de los derechos fundamentales* que tengan un carácter *general* - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas *causas sean de naturaleza estructural*, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153-98, fundamento 53)

A partir de ello, la Corte fue construyendo una serie de órdenes cada vez más detalladas y fijando criterios específicos. Así, se atacó aspectos problemáticos con relación al tema del alojamiento bajo condiciones inhumanas, ordenando la construcción de nuevos establecimientos y la refacción de las ya existentes; separación de internos conforme a su situación jurídica; capacitación del personal penitenciario entre otros. Finalmente, otorgó un plazo de tres meses para la elaboración de un plan que recoja sus considerandos y un periodo de hasta cuatro años para su ejecución.

Ante tal estado de cosas manifiestamente inconstitucional, los magistrados colombianos advirtieron la necesidad de acompañarlo con medidas como las dictadas en las que no resultaba suficiente la actuación del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia, sino que requerían el trabajo articulado entre Congreso, Poder Judicial y las diversas instancias del Poder Ejecutivo. Del mismo modo, se encomendó otra vez a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo la vigilancia del cumplimiento de su fallo.

Por último, está la sentencia T-590 de 1998, cuyo protagonista es Esteban Cancelado Gómez, un activista defensor de los derechos humanos en Colombia por más de 20 años, quien fue condenado por el delito de rebelión, purgando su condena en una Cárcel Modelo. Él acudió ante la Corte para solicitar sea trasladado a un casa fiscal o ciudad de Santa Fe de Bogotá porque sentía que su vida corría peligro, dado que en su calidad de activista denunció a paramilitares que se encontraban reclusos en el mismo lugar. Dicha solicitud había sido negada en reiteradas oportunidades, alegando que no había cupo o que el solicitante no cumplía con el perfil requerido para su traslado.

Este caso individual resultó una oportunidad para que se visibilizara un problema estructural que aquejaba a los defensores de derechos humanos colombianos. En efecto, con base en el pedido del accionante de ser trasladado de una cárcel común a una casa especial para resguardar su vida e integridad por temor a represalias en razón de su actuación como activista, alertó el clima de acoso e intimidación al que debían enfrentarse como consecuencia de su lucha. Pese a tal contexto, se observó que el Estado no había previsto protocolos que los protejan, omitiendo su obligación de prestar atención a su situación de vulnerabilidad, como en el caso en concreto, que en el mismo espacio en el cual se encontraba el accionante estaban cumpliendo condena personas a las que denunció.

Es así que, se declaró la existencia de un ECI, relacionado directamente con la violación de derechos fundamentales de, paradójicamente, quienes los defienden y que, en muchas ocasiones, eran asesinados(as) por ello. Siendo verificable la conducta omisiva del Estado, descifrada en la ausencia de políticas públicas de protección de los derechos humanos que incluyan a sus defensores. Por esta razón, la Corte no solo se ocupó de ordenar el traslado del demandante, sino que se encargó de ordenar al aparato estatal en su conjunto que adopten los programas afirmativos necesarios para reparar el estado de cosas advertido en cumplimiento de su obligación constitucional de difundir y defender los derechos humanos; siguiendo con la línea de delegación de la tarea de supervisar el cumplimiento de su fallo.

A partir de este análisis jurisprudencial, es posible advertir cómo la Corte Constitucional colombiana encontró en las acciones de tutela individual una oportunidad para identificar problemas de fondo con base en una situación concreta. Así, la creación jurisprudencial del Estado de Cosas Inconstitucional permitió identificar esa situación de hecho contraria a la Constitución, relacionada directamente con la violación de derechos fundamentales que superaba la esfera del demandante y cuyas causas provenían de la inacción del Estado. Ante lo cual, la Corte en una posición más activista acompañaba a su declaratoria de un requerimiento para las autoridades a fin de que remedien el estado de cosas identificado, sumándole una labor de seguimiento, pero delegada a otras entidades.

En el periodo de 2004 al 2008, ocurre un proceso de fortalecimiento de las sentencias estructurales gracias a la sentencia T-025 del año 2004 (Barriga, 2014). En dicho caso,

se acumularon más de cien expedientes en los que cerca de mil familias que habían sido víctimas de desplazamiento forzoso pedían a la Corte la protección de sus derechos a la vivienda, salud, educación y otros ante la ausencia de respuesta a sus pedidos por parte del Estado.

En ese sentido, resulta relevante tener en cuenta que el desplazamiento forzado en sí mismo como consecuencia del conflicto armado representa una vulneración masiva y sistemática de múltiples derechos fundamentales, que sitúa a sus víctimas en una situación de vulnerabilidad. Por ende, el Estado tiene la obligación de revertirla y garantizar que sus derechos se hagan realidad. Sin embargo, la Corte colombiana ya había emitido múltiples decisiones, con efectos solo para las partes intervinientes, que abordaban las lesiones de derechos de las familias desplazadas demandantes y la responsabilidad de las autoridades estatales demandadas al no actuar para brindarles una protección real.

En este escenario, la Corte reafirmó y precisó que cuando se está ante: i) una vulneración repetida y persistente de derechos fundamentales de ii) un gran número de personas como consecuencia de iii) problemas de orden estructural, que requieren de iv) distintas entidades públicas para solucionarlo, corresponde declarar un ECI.

Aunado a ello, a partir de un recuento de sus sentencias en las que utilizó dicha herramienta procesal, señaló qué factores advertían su invocación: i) la omisión persistente de las autoridades estatales en cumplir sus obligaciones de garantizar y proteger los derechos fundamentales; ii) la institucionalización de prácticas inconstitucionales; iii) la no adopción de medidas legislativas, administrativas o presupuestales para tratar falencias en la actuación pública; o, iv) un problema social cuya resolución recae en diversas entidades.

De ese modo, una vez identificados tales criterios en el caso en concreto, la Corte señaló que se estaba ante un problema estructural, en la medida que los reclamos individuales de familias desplazadas que llegaban a la Corte respondían realmente a una omisión prolongada y reiterada del Estado que afectaba al colectivo de desplazados en general. Si bien se había construido una política pública que tenía como objetivo brindar una reparación, esta no cumplía con dicho fin; pese a ello, las autoridades estatales continuaron sin corregir las falencias presentes. Por ello, no solo se tenía a una entidad responsable, sino que el aparato estatal en su conjunto se convirtió en el causante de

perpetuar e intensificar la vulneración de los derechos; por lo que se determinó la existencia de un ECI.

Frente a este estado de cosas, era imperativo la construcción de remedios para superarlo, por lo que, por un lado, se dictaron órdenes dirigidas a satisfacer las pretensiones específicas de los demandantes; y, por otro lado, las encaminadas a subsanar los factores estructurales que dieron pase a la vulneración reiterada de derechos fundamentales, tales como la insuficiencia presupuestal y la falta de capacidad institucional. De ese modo, en términos generales, se requirió un procedimiento de reestructuración de la política pública existente en todos sus niveles (diseño, implementación y evaluación) para superar las falencias que no permitieron garantizar ni un mínimo de protección para la supervivencia de este colectivo, estableciendo plazos específicos para que dichas órdenes sean ejecutadas.

Una situación similar se vivió en la sentencia T-760/08, en la que se acumularon más de 20 expedientes en los que a través de acciones de tutela se reclamaba la protección del derecho a la salud. Resulta interesante cómo la Corte reconoció que se estaba ante un escenario en el que la emisión de órdenes caso por caso no había logrado la superación de las múltiples problemáticas existentes en el sistema de salud. Y es que, los problemas concretos puestos en conocimiento de la Corte constituían parte de un problema estructural en el que el Estado no estaba cumpliendo con su rol de respetar, garantizar y proteger los derechos fundamentales, entre ellos, la salud.

En ese sentido, en este caso se exhibió las fallas estructurales del régimen de salud en Colombia, relacionados a la aplicación de planes de beneficios para acceder a servicios de salud, prestación de servicios, cobertura universal entre otros. Es así que ante esta violación sistemática del derecho a la salud, la Corte ordenó una serie de medidas que buscarían una política que superara dichos factores, por lo que en la parte resolutive se observa la diversidad de autoridades e instituciones públicas que debían intervenir para lograr que no solo los demandantes sean revestidos con los efectos de la sentencia sino también toda aquella persona en situación similar que ha sido víctima de un sistema que no garantizaba su derecho a la salud.

Con base en lo señalado, se puede verificar que en este caso se encontraban presentes los elementos para declarar un ECI. En efecto, se estaba ante una violación sistemática del derecho fundamental a la salud de un alto número de personas, lo cual se evidenció

en la cantidad de acciones de tutela interpuestas que, a su vez, permitió identificar que no se trataban de hechos aislados sino de un problema estructural en la medida que el Estado mismo estaba fallando en garantizar el derecho a la salud. Justamente por ello, se convocó a diversas entidades públicas para su reparación. Sin embargo, la Corte no declaró la existencia de un ECI, aunque el tipo de sentencia que expidió sí fue una de naturaleza estructural. Esta aparente omisión se analizará a mayor detalle en los siguientes acápite.

Por otra parte, como expresa Cruz Rodríguez (2019), es importante destacar que estas dos sentencias representaron la transición de una labor de seguimiento principalmente delegada a un seguimiento directo por parte de la misma Corte Constitucional, con una mayor transparencia y participación no solo de expertos ajenos al proceso sino también potenciales beneficiarios. De esa manera, el seguimiento de este tipo de sentencia se revistió de un mayor grado de intensidad.

Este innovador papel activo de la Corte con la aparición del ECI y, consecuentemente, de la sentencia estructural en Colombia trajo consigo diversos cuestionamientos desde el primer momento. Pues la inserción del ECI significó, entre otros, un replanteamiento de los pilares tradicionales que sostenían el programa económico colombiano de la última década (Gómez, 2012). Además, el hecho de que este cambio no fuera producto de un órgano representativo sino de un tribunal jurisdiccional, generó un debate amplio en torno a los límites del activismo judicial (Vargas, 2003). Sin embargo, conforme lo expuesto, la Corte Constitucional no se detuvo y su creación jurisprudencial se constituye en uno de sus aportes distintivos en el campo de la tutela de los derechos fundamentales.

En síntesis, en este apartado se ha visto la fuente de origen de una sentencia estructural a cargo de los jueces estadounidenses, que abrieron paso a una nueva forma de litigio denominado de derecho público y reafirmó la tendencia en favor del activismo judicial. Asimismo, se ha analizado el desarrollo de uno de los trasplantes más importantes de este tipo de sentencias en el ámbito latinoamericano en manos de la Corte Constitucional de Colombia, quien la dotó de sus propias particularidades. Por ejemplo, la implantación de la figura procesal del ECI o la forma de realizar su labor de seguimiento. No obstante, de estas singularidades es posible extraer elementos persistentes en uno y otro ordenamiento jurídico que permitirán construir la definición de una sentencia estructural para el Perú.

2.1.2. Definición

En función de lo analizado, se observa la presencia de un *primer componente* definitorio de una sentencia estructural: la existencia de una *violación grave y continua de derechos fundamentales de un grupo de personas o de un colectivo en situación de vulnerabilidad*, por ejemplo, estudiantes racializados, población desplazada o personas privadas de libertad. Ahora bien, esta vulneración de derechos, abiertamente contraria a la Constitución, debe responder a *factores estructurales* que involucran necesariamente la *conducta omisiva o negligente del Estado*.

En ese sentido, Osuna (2015) sostiene que una sentencia estructural viene siendo un tipo de sentencia a través del cual los jueces o las juezas se enfrentan a un desconocimiento reiterativo de los derechos fundamentales. Así, “esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos” (p. 92).

Ante tal estado de cosas, se emiten *órdenes* cuya ejecución se reviste de *gran complejidad*, siendo este su *segundo componente diferenciador*. Y, es que, al enfrentarse a un problema estructural que involucra al Estado, las órdenes que se emitan para su reparación requieren la participación de las *diversas instituciones estatales* que han fallado en su deber de garantizar los derechos fundamentales (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010). Además, los efectos de dichas órdenes deben alcanzar ya no solo a los que acudieron a solicitar auxilio judicial sino a toda persona víctima del *status quo* injusto identificado. Para lo cual, se requerirá a la multiplicidad de autoridades públicas que emprendan un trabajo conjunto y coordinado para respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas afectadas.

Al respecto, el autor colombiano Gutiérrez (2016) señala que, precisamente, las sentencias estructurales “son decisiones judiciales que, con el propósito de asegurar la protección efectiva de los derechos de extensos grupos de personas, ordenan el diseño y la implementación de políticas públicas por parte del Estado [...]” (p. 18). En esa línea, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010) refieren que las fallas estructurales están relacionadas con *fallas sistemáticas en las políticas públicas*. Lo que, lógicamente, conduciría a afirmar que para reparar la violación de derechos identificada se debe

ordenar la construcción - o reconstrucción - de una política pública.

Sobre ello, coincidimos con que la complejidad detrás de las órdenes estructurales se debe a que están directamente relacionadas con la elaboración de una *política pública*, aunque no sea mencionada expresamente (Gutiérrez, 2016). Esto es posible de advertirse en los casos que han sido analizados al estar inmersos en cada uno políticas públicas de diversa índole: educativas, de salud, seguridad social, sobre defensores de derechos humanos, personas privadas de libertad y población desplazada. En ese sentido, cabe recordar que las sentencias estructurales, en el constitucionalismo norteamericano, fueron reconocidas como parte del modelo de litigio de derecho público, el cual tiene como objeto justamente el restablecimiento del funcionamiento de una política pública (Chayes, 1976).

Sin embargo, teniendo en cuenta el conjunto de órdenes complejas que conforman este tipo de sentencia, es pertinente señalar que la relación entre las órdenes que se expidan, el órgano emisor y la política pública debe ser interpretada de una manera amplia y prestando atención al estado de cosas que se busca superar, conforme se planteará en el tercer capítulo. Así, como manifestó Osuna (2015), “lo definitorio de las sentencias estructurales es que el juez se habilita [...] para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas” (p. 93).

El *último componente* que se puede identificar es la *continuidad de la participación del juez* hasta que la vulneración detectada haya sido superada, esto es, la *labor de seguimiento*. Resulta visible las diferencias en cuanto a la forma que se ejecuta dicha tarea en Estados Unidos y Colombia, dado que se está ante contextos jurídicos-políticos disímiles entre sí en la medida que el primero es un Estado federal y el segundo, un Estado unitario. Esto justifica que en uno se haya optado por darle mayor presencia a los tribunales de distrito por su cercanía con sus Estados, asignándoles la tarea de ir construyendo los remedios necesarios y su correspondiente seguimiento de cumplimiento; mientras que, en el otro, se terminó por fortalecer un seguimiento directo recaído en el Colegiado constitucional.

Más allá de las diferencias en el cómo, se coincide en que una sentencia estructural requiere de una etapa de seguimiento para vigilar el cumplimiento de sus órdenes y corroborar que el *statu quo* contrario a la Constitución haya sido superado. Ahora bien,

a efectos de la presente investigación y teniendo en cuenta la similitud en cuanto a organización estatal y judicial con Colombia, se considera que la labor de seguimiento debe seguir la línea trazada por la Corte colombiana, cuyas características serán desarrolladas en el siguiente apartado.

En conclusión, a nuestro juicio, una sentencia estructural es un tipo de sentencia cuyo perfeccionamiento se da al concurrir:

- a) la existencia de una violación sistemática y continua de derechos fundamentales de un conjunto de personas en situación de vulnerabilidad como resultado de factores estructurales, la cual busca ser remediada por la autoridad judicial ante la inacción o complicidad de las demás instituciones del aparato estatal;
- b) para lo cual, expide una serie de órdenes de alta complejidad que guardan relación con el funcionamiento de una política pública ante la magnitud de la situación advertida, por lo que sus efectos recaen en diversas instituciones públicas y alcanzan a toda persona que se encuentra dentro de aquel estado de cosas, aun cuando no haya acudido a la vía jurisdiccional; y,
- c) se le suma una orden de vigilancia y seguimiento a fin de comprobar que sus demás órdenes han logrado la reparación que se necesitaba.

Teniendo establecida la definición que se utilizará, cabe precisar que no siempre este tipo de decisiones presentan uniformidad respecto a cómo son construidas por el órgano que lo emite o, incluso, es posible que alguno de los elementos que se han enunciado no estén presentes en sentencias calificadas como estructurales en ordenamientos jurídicos diferentes a lo que se han analizado. Esto en definitiva ocurre porque toda figura, herramienta procesal o institución jurídica debe responder a su propio contexto social, político y económico. No obstante, se sostiene que el perfeccionamiento de una sentencia como estructural solo se alcanza cuando se cumple con la definición brindada, aunque su concretización se produzca de diferentes modos.

Finalmente, en este trabajo de investigación, se limitará el análisis de las sentencias estructurales emitidas por el Tribunal Constitucional como máximo intérprete y garante de la Constitución, siendo este el órgano emisor al que se hará referencia. En ese sentido, habiendo realizado una aproximación sobre en qué consiste una sentencia

estructural en términos generales corresponde analizar sus componentes definitorios de manera más detallada.

2.2. Aspectos integrantes indispensables de una sentencia estructural

Una vez establecida la definición de una sentencia estructural de manera genérica, distinguiendo los componentes que conforman su identidad, corresponde explicar cada uno de ellos. Asimismo, se aterrizará en cuál es la manera idónea en la que estos deben ser contruidos a fin de que un Tribunal Constitucional como el peruano no solo adopte una sentencia estructural formalmente, sino que la misma cumpla verdaderamente con su fin en los hechos.

Para ello, se han identificado tres etapas en la elaboración de esta decisión jurisdiccional que permiten una mejor explicación en torno a la complejidad de la misma. La primera se ha denominado como la detección del problema constitucional, que está relacionada con la identificación del estado de cosas injusto que se buscará remediar. La segunda consiste en el establecimiento de los mandatos de cumplimiento, es decir, las órdenes que el Tribunal Constitucional expedirá para revertir el *statu quo* detectado inicialmente. Finalmente, la etapa de verificación del cumplimiento en el que se estudiará la facultad de seguimiento del Tribunal.

2.1.1 Detección del problema constitucional

En esta primera fase, al Tribunal Constitucional le corresponderá realizar una labor sumamente compleja de identificación. Debido a que, a partir de hechos concretos puestos a su conocimiento, el Colegiado constitucional detectará la existencia de un estado de cosas o un *status quo* de graves violaciones de derechos fundamentales de un conjunto de personas como consecuencia de causas estructurales que involucran a un Estado inerte o cómplice.

Este proceso de detección del problema constitucional se asimila a la tarea que realiza la Corte Constitucional colombiana de diagnosticar la presencia de un ECI. Justamente por ello, cuando se analizó la evolución de este tipo de sentencia en Colombia, se señaló que no podía ser entendida sin la figura del ECI. Y, es que, aun cuando esta premisa presenta sus excepciones - que serán detalladas posteriormente -, por regla general, el

ECI representa el problema constitucional que debe ser diagnosticado para que se habilite la expedición de una sentencia estructural.

Para que se cumpla la relación planteada en el párrafo precedente, es necesario que, siguiendo a Rodríguez Garavito (2010), se realice un diagnóstico mixto del problema constitucional que verifique la configuración de, por un lado, *condiciones de proceso*; y, por el otro, *condiciones de resultado*. Respecto a las primeras, estas vienen siendo las fallas estructurales provenientes del Estado, específicamente, vinculadas al desarrollo de políticas públicas; mientras que, las segundas consisten en la materialización de una violación de derechos fundamentales caracterizada por ser masiva, grave y reiterada. De esa manera, resulta evidente una relación de causa y efecto entre tales condiciones que componen el ECI.

De forma más detallada y recogiendo lo establecido en la sentencia colombiana T-025 (sobre desplazamiento forzado), dicho autor especifica que las fallas estructurales se manifiestan en la omisión prolongada de las autoridades en cumplir su obligación de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales; la institucionalización de comportamientos inconstitucionales; y, la ausencia de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para la optimización de los derechos; todas ellas en el marco de una política pública, que involucra a diversas entidades estatales. Así, estas fallas conllevarán a la configuración de las condiciones de resultado, es decir, la violación de derechos fundamentales en los términos planteados; siendo un síntoma indudable de su concreción la interposición de múltiples acciones de tutela.

Esta clasificación entre condiciones de proceso y de resultado es el punto de partida para comprender en qué consiste el estado de cosas o *status quo* que reclama y justifica la intervención del Tribunal Constitucional a través de una sentencia estructural. Sin embargo, resulta oportuno realizar algunas precisiones en torno a ellas e introducir nuevas variables que permitan delimitar con mayor exactitud los presupuestos habilitantes de estas decisiones jurisdiccionales.

Respecto a las condiciones de resultado, se debe tener en cuenta dos detalles. En primer lugar, la vulneración de derechos debe ser diagnosticada a la luz no solo del derecho interno sino también del derecho internacional de los derechos humanos, teniendo en cuenta el proceso de convencionalización presentado en el capítulo anterior. Debido a ello, los derechos que pueden ser objeto de vulneración no solo se

circunscriben al catálogo de derechos reconocidos en la Constitución, sino que incluyen a los provenientes de los tratados internacionales, ya sea explícita, implícita o consagrados jurisprudencialmente. Asimismo, se estará ante un estándar de protección, garantía y respeto de los mismos compuesto por obligaciones constitucionales y convencionales.

Por tal motivo, si bien en el caso colombiano la jurisprudencia hace referencia a un estado de cosas contrario solo a la Constitución, no se debe ignorar que, de manera específica, en el Perú se está en un Estado Constitucional-Convencional de Derecho, por lo que es necesario hablar de un estado de cosas inconstitucional e/o inconvencional. Por ello, se optará por denominar al problema constitucional de una sentencia estructural como “*estado de cosas injusto*” o “*status quo injusto*”, que facilita la adaptación a esta mirada amplia.

Esto resulta relevante, principalmente, en un Estado como el peruano cuya Constitución actual, tal como se ha visto, presenta características regresivas en materia de reconocimiento de derechos fundamentales, sobre todo sociales y culturales. De igual manera, si - por ejemplo - una conducta del Estado no está consagrada como una obligación en el ordenamiento jurídico interno, pero sí desde el derecho internacional, el acto lesivo se habrá configurado.

En segundo lugar, sobre la presentación de múltiples acciones de tutela como indicador de la existencia de una violación masiva de derechos es pertinente recordar la historia (ya contada) de resistencia en cuanto a la justiciabilidad de algunos derechos, específicamente, los derechos sociales. En efecto, es conveniente tener en consideración que el reconocimiento de estos derechos como derechos fundamentales; y, con ello, la posibilidad de acudir al fuero judicial para pedir su respeto, protección y garantía no son resultados de antigua data, mucho menos en el Perú.

Por ende, la frecuencia de interposición de demandas constitucionales para solicitar tutela; así como, la cantidad de estas que terminarán siendo conocidas por el Tribunal Constitucional pueden representar una cifra reducida en comparación de las demandas que exigen la tutela de derechos civiles y políticos, cuya justiciabilidad estuvo presente desde sus orígenes. Aunado a ello, es indispensable tener presente las barreras

sociales, económicas e institucionales¹⁴ a las que deben enfrentarse muchos/as integrantes de una sociedad para acceder a la justicia y que, precisamente, son los sujetos a los que intenta proteger este tipo de sentencias.

En consecuencia, si bien la cuantiosidad de procesos constitucionales puede ser un indicador confiable de la configuración de la condición de resultado, este no es imprescindible ni determinante. Esto debido a que tan solo la demanda de una persona puede ser la oportunidad idónea para diagnosticar una violación grave y reiterada de derechos que traspasa la esfera subjetiva de o la demandante e involucra a un conjunto de personas en situación similar.

Ahora bien, en cuanto a las condiciones de proceso, se ha visto que Rodríguez Garavito (2010) las asocia con fallas estructurales existentes en el funcionamiento de una política pública, cuya configuración ocurre con la concretización de cada una de las situaciones anteriormente descritas (omisión de actuación, prácticas inconstitucionales, participación múltiple de autoridades y ausencia de medidas de diversa índole). No obstante, en esta investigación el factor estructural que se exige para la emisión de una sentencia estructural no se limitará únicamente a la actuación del Estado.

En otras palabras, es necesario leer las condiciones de proceso desde un enfoque del derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, se debe reconocer que detrás de un caso que amerita esta clase de sentencias existe un elemento común que consiste en el hallazgo de un contexto de violaciones generadas por una discriminación sistémica. Es decir, la vulneración de derechos fundamentales contra un grupo de personas “no muestran relación necesariamente con lo que ellos hacen o dejan de hacer, sino con su pertenencia a un colectivo que sufre exclusión y marginación social, económica, política y/o cultural” (Nash, 2015, p. 129).

En esa línea, resulta útil tener presente la noción de “violencia estructural” desarrollado por el sociólogo noruego Johan Galtung (2016), quien la califica como una violencia

¹⁴ Para mayor información sobre las barreras de acceso a la justicia en el Perú, léase Ortiz, J. (2014) “El derecho fundamental del acceso a la justicia y las barreras de acceso en poblaciones urbanas pobres en el Perú”. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú & Fundación Debido Proceso Legal (DPLF). Obstáculos para el acceso a la justicia en América. <https://www.dplf.org/sites/default/files/obstaculos_para_el_acceso_a_la_justicia_en_las_americanas_version_final.pdf>

invisible en la medida que es causada por procesos de estructuración social en lugar de un único acto concreto o directo para generar un daño. En ese sentido, La Parra y Tortosa (2003) explican que:

“[...] a pesar de que no existe un actor identificable que provoca la violencia este es explicable a partir de estructuras sociales que producen distribuciones inequitativas del poder y de los recursos. El daño al que se hace referencia se produce en las personas y más concretamente en la satisfacción de sus necesidades humanas básicas. [...] el componente estructural implica que esta forma de violencia está embebida en las estructuras sociales. Dichas estructuras sociales no son observables directamente, sino que se pueden llegar a explicar y comprender únicamente a partir de abstracciones. [...]”
(p. 70)

En ese sentido, la violencia estructural implica que, en la organización misma de una sociedad, en las diferentes interacciones que surgen en ella, se asignen posiciones y roles que afectan el reparto y acceso de recursos en perjuicio de determinados grupos y en favor de otros. Siendo que, esta desigualdad en el acceso, repartición y disfrute de recursos básicos ocurre normalmente en agravio de aquellos grupos humanos caracterizados en términos de género, etnia, clase, nacionalidad, edad u otras condiciones que los subyugan a tales injusticias (La Parra y Tortosa, 2003).

Esta situación ha sido traducida, desde el derecho, en el reconocimiento de la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad. Así, se toma consciencia de que no todos/as pueden gozar de la plenitud de sus derechos formalmente asignados al haber sujetos que sufren en los hechos aquella distribución inequitativa de manera histórica o normalizada por integrar un colectivo catalogado como inferior u ostentar características que lo identifican con el “Otro”. Por ello, la Corte IDH también ha evidenciado que ciertas condiciones personales como ser mujer, niño/a, pueblo indígena, persona con discapacidad; o, estar inserta en situaciones específicas como migrantes, personas privadas de libertad, defensores de derechos humanos, etcétera son factores de vulnerabilidad (Estupiñán-Silva, 2014).

Por consiguiente, la jurisprudencia interamericana ha establecido que toda persona en condición de vulnerabilidad es titular de una protección reforzada de sus derechos humanos. De ese modo, los Estados asumen obligaciones especiales, debiendo adoptar todas las acciones necesarias para contrarrestar las barreras a las que se

enfrentan estos sujetos. En consecuencia, el piso mínimo de su estándar de diligencia para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos se habrá incrementado al tener el deber de responder de manera proporcional al grado de vulnerabilidad de su sujeto de protección (Corte IDH. Sentencia Ximenes Lopes v. Brasil, 2006, fund. 103).

En atención a ello, cabe afirmar que el *statu quo* o estado de cosas injusto que debe ser diagnosticado deviene de un contexto de *violencia estructural*. Esto en la medida que los actos lesivos de derechos fundamentales puestos a conocimiento del Tribunal Constitucional no representan meros conflictos individuales o aislados, sino que serán la expresión de aquella violencia invisible en la que más personas están siendo afectadas por situaciones de desventaja producto de la estructuración misma de la sociedad. Por lo tanto, sostenemos que los sujetos activos y beneficiarios de una sentencia estructural deben ser necesariamente miembros de un *grupo humano en condiciones de vulnerabilidad*, reduciendo el ámbito de actuación del Tribunal.

Lo anterior legitima aún más la existencia de este tipo de sentencia; toda vez que es una respuesta a la protección reforzada que se exige desde el derecho internacional de los derechos humanos y que en un Estado Constitucional-Convencional encuentra su plena razón de ser. Una interpretación contraria implicaría desconocer que la violación de derechos identificada en una sentencia estructural proviene no de meras causas coyunturales sino de causas que escapan de lo efímero y del enfoque individualista; lo cual se demuestra con las ya mencionadas sentencias estructurales de EE.UU que abordan problemáticas como la discriminación racial; o, el desplazamiento forzado en Colombia; y, como se verá posteriormente, el *apartheid* en Sudáfrica; o, la hambruna en India.

Ahora bien, es evidente que el Tribunal Constitucional, por su naturaleza jurisdiccional, no tiene la función principal ni primigenia de remediar tales injusticias sociales por sí solo, por lo que su intervención a través de una sentencia estructural requiere de un componente más. En ese sentido, retornando a la definición dada por Rodríguez Garavito (2010) sobre las condiciones de proceso, corresponde enfatizar en la dimensión institucional de la violencia estructural; esto es, la actuación del Estado en estas dinámicas de exclusión y marginación. De esa forma, en atención a la naturaleza política del Tribunal, corresponderá el control y limitación de ese poder político que viene

siendo ejercido de manera contraria a los derechos fundamentales, atentando contra la esencia de un Estado Constitucional.

En efecto, se observa cómo las instituciones del Estado contribuyen a la continuidad, ya sea tolerando, facilitando o cometiendo actos de violencia directa, de patrones de exclusión y discriminación contra grupos específicos caracterizados por soportar el daño generado (Nash, 2015). De esa manera, se está ante un déficit institucional que deriva en un grave déficit de derechos al haber una pauta sistemática en la reacción estatal que perpetúa la violencia denunciada. Por ende, "[...] va más allá de la situación particular de la víctima individual, pues se proyecta a la evaluación de la situación de discriminación y subordinación de un grupo social determinado" (Abramovich, 2009, p. 109).

En esa línea, Gutiérrez (2016) ha desarrollado la noción de "*bloqueo institucional*", que expresa la actuación del Estado y cómo su inercia o negligencia ha generado, perpetrado o intensificado el acceso y reparto inequitativo de recursos básicos para una vida digna. En ese sentido, el autor define este bloqueo como "la anulación del poder de respuesta del Estado frente a un contexto social crítico" (p.16). Por consiguiente, no se trata de incumplimientos de una sola entidad o que se hayan agotado en un solo acto o tiempo, sino que este bloqueo institucional ha conllevado a ciclos de inercia o actuación deficiente prolongada en el tiempo. Justamente por ello, Nash (2015) sostiene que:

en cuanto a la actuación de los órganos del Estado, para que las prácticas sean constitutivas de una violación estructural, es necesario que estemos frente a la inactividad del Estado, cuando está obligado a hacer algo (omisión del Estado) o la ineficiencia de su actividad (cuando ha desarrollado alguna actividad, pero esta no ha tenido resultado para poner fin a la situación de vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas (pp. 127-128)

Y, es que, como señalan los sociólogos La Parra y Tortosa (2003), la desigualdad, la injusticia social no son resultados exclusivos de las interacciones económicas, sociales o culturales. Debido a que "[...] también pueden ser explicadas a partir de la opresión política utilizando mecanismos tan dispares como la discriminación institucional, legislación excluyente de ciertos colectivos o la política fiscal y de gasto público regresiva por citar algunos ejemplos" (p. 62).

Por otra parte, cabe recordar que Rodríguez Garavito (2010) no solo visibiliza el actuar del Estado en términos generales como causa estructural del resultado manifiestamente inconstitucional que el Tribunal intentará reparar, sino que también - de manera específica - lo asocia directamente con el desarrollo de políticas públicas. Esto resulta de suma relevancia, pues como se mencionó en el capítulo primero al analizar el control constitucional sobre las políticas públicas, estas son instrumentos idóneos para que el Estado cumpla verdaderamente, de forma organizada y planificada, su labor de protección y garantía de los derechos a gran escala.

Por esa razón, ante patrones de desigualdad sistemática resulta coherente y razonable que se exija una respuesta política que aborde los mismos en toda su complejidad en lugar de brindar respuestas “apaga incendios”. Por consiguiente, debe tenerse presente que el bloqueo institucional al que se ha hecho referencia encuentra su expresión en las diversas fallas en torno a políticas públicas, conforme a lo postulado por Rodríguez Garavito (2010) respecto a las condiciones de proceso de un ECI.

Así, se tiene que la existencia de un contexto de *violencia estructural*, sumado al reconocimiento de un *bloqueo institucional* dentro de él, constituyen las *condiciones de proceso* del *status quo* injusto que permite el nacimiento de una sentencia estructural; las cuales, a su vez, explican porqué la *vulneración de derechos como resultado* se reviste de una *gravedad* que exigirá una movilización diferente de la autoridad judicial como se abordará en el capítulo siguiente. En ese sentido, el diagnóstico del problema constitucional necesariamente requiere la presencia de dichas variables de proceso y de resultado.

Este último requerimiento es esencial, ya que evitará que aun cuando el Tribunal Constitucional advierta una situación de hecho inconstitucional que está afectando a un conjunto de personas y no solo al demandante, no opte por recurrir inmediatamente a una sentencia estructural a fin de expandir los efectos de su decisión. Por el contrario, resulta imprescindible atender a su origen - condiciones de proceso -; y, determinar si ello ha generado no solo una vulneración masiva de derechos fundamentales sino también que esta cumpla con las características de gravedad, reiterancia y duración - condiciones de resultado.

Debido a ello, si bien se ha mencionado que la declaratoria de un ECI representa la situación de hecho que habilita la expedición de una sentencia estructural como regla general extraída del ordenamiento jurídico-constitucional colombiano, esta presenta sus excepciones. De tal modo que existen sentencias en las que, pese a que se ha declarado un ECI, no son sentencias estructurales. Toda vez que el uso de esta figura procesal ha ido evolucionando y cambiando en la medida que ha sido trasplantada por otros ordenamientos jurídicos como el peruano.

Claro ejemplo es la primera sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en la que, específicamente la Sala Primera, declaró la existencia de un ECI en el expediente N° 2579-2003-HD/TC, del año 2004. En dicho caso, Julia Arellano Serquén, una Vocal Superior del Poder Judicial, interpuso un hábeas data porque el ex Consejo Nacional de la Magistratura (actualmente, Junta Nacional de Justicia) le negó la información relacionada a su evaluación como magistrada que terminó en destitución, la cual solicitaba en ejercicio de su derecho al acceso a la información pública. Sin embargo, el referido órgano señalaba que su Ley Orgánica N° 26396, en el artículo 43, prohibía la expedición de certificaciones o cualquier información en relación a los procesos de evaluación.

En atención a ello, el Tribunal determinó que la referida interpretación resultaba lesiva de derechos fundamentales, pues la disposición normativa que aducían buscaba restringir el acceso a la información pública para terceros o autoridades, más no para las partes directas. Ante tal situación, la Sala resolvió que la interpretación incorrecta que estaba realizando la institución, no solo vulneraba el derecho al acceso a información pública de la demandante, sino que, a su vez, representaba una amenaza para las demás personas más allá del proceso constitucional iniciado.

En consecuencia, los magistrados consideraron que debían extender los efectos *inter partes* que caracterizan los procesos de tutela de derechos como el hábeas data. Por ende, se decidió que era necesario acoger la figura del ECI, dado que la violación del derecho fundamental, que podía provenir ya sea de un solo acto o de un conjunto de actos, afectaba no solo los derechos de la demandante sino también de terceros. Asimismo, resulta interesante y particular el candado que pone en caso de que se trate de un único acto, ya que este debe estar sustentado en “una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público” (Fundamento 19).

A partir de lo expuesto, se puede afirmar que la vulneración del derecho diagnosticado no proviene de factores estructurales. En efecto, no se advierte que la demandante se encuentre en una situación de vulnerabilidad en relación al hecho demandado ni que el sentido interpretativo cuestionado provenga para reforzar, perpetuar o convalidar un escenario de violencia estructural, en el que esté presente un bloqueo institucional. Al respecto, si bien la conducta de la entidad demandada es un acto lesivo, no es producto de una falencia en torno a una política pública que revele un *déficit* institucional. Esto, como consecuencia lógica, conlleva a que las condiciones de resultado no se configuren al no estar ante una violación de derechos que cumpla con el estándar de gravedad.

En ese sentido, tal como concluyó la profesora Beatriz Ramírez (2013), el ECI en este ejemplo concreto respondió más a un criterio de descongestión judicial, en la medida que buscaba evitar la interposición de nuevas demandas constitucionales, convirtiéndolo en su nuevo fin. Ahora bien, sumado a este hecho de que no toda sentencia que contiene una declaratoria de un ECI es una sentencia estructural, se tiene además que el problema constitucional de este tipo de sentencia no necesariamente usará la técnica jurisprudencial del ECI para su diagnóstico. Por ello, la preferencia también por el término "estado de cosas injusto".

Para ejemplificar, cabe recordar la sentencia colombiana T-760/08, sobre la vulneración grave, reiterada y prolongada del derecho a la salud y otros como consecuencia de las fallas estructurales en torno al sistema de salud en el que no se declaró un ECI. De manera similar, en el Perú se tiene la sentencia recaída en el expediente 2002-2006-PC/TC, del año 2006. En este proceso constitucional de cumplimiento, los demandantes exigían que se elabore un plan de emergencia de salud pública en favor de los habitantes de la ciudad de La Oroya, en cumplimiento de lo establecido en la Ley General de Salud, dado que la población venía siendo gravemente afectada con la contaminación de plomo a causa de la actividad metalúrgica de la empresa norteamericana Doe Run Company desde 1997.

De ese modo, en esta controversia, no se está ante una causa coyuntural sino ante un problema de fondo consistente en la relación problemática entre producción económica, el medio ambiente y la salud, sobre todo, respecto a la actividad minera o metalúrgica. Esto en la medida que se termina subordinando a los pobladores a una visión de desarrollo económico como base, aunque ellos siguen sin gozar de los beneficios; posicionándolos en una situación de vulnerabilidad propia del modelo capitalista puro

del Estado Liberal. Justamente por ello, si bien el Tribunal Constitucional no ahonda en esta relación desde un enfoque del derecho a la igualdad y no discriminación, sí enfatiza en la coexistencia de un desarrollo económico sostenible como expresión del Estado Social de Derecho al que se ha transitado.

En ese escenario, se observa también un bloqueo institucional reflejado en la ausencia de estrategias; así como, en la permisividad del Estado ante la actuación de la empresa Doe Run, quien venía demostrando un incumplimiento continuo sobre los estándares ambientales, impactando en las necesidades básicas de la población de La Oroya desde 1999. Este comportamiento generó una violación grave, prolongada y reiterada de los derechos a la salud y al medio ambiente de estos pobladores, concretizado en los altos niveles de plomo en su sangre, afectando a madres gestantes, niños, adultos mayores y otros, aumentando sus niveles de vulnerabilidad.

Frente a dicha situación, pese a las limitaciones teóricas que no coadyuvan a que se explote el potencial de este tipo de sentencia, el Tribunal Constitucional terminó realizando el diagnóstico de un problema constitucional estructural sin invocar un ECI, ordenando que el Ministerio de Salud elabore un plan de acción para revertir la vulneración de derechos detectada y exhortando a los demás órganos públicos relevantes que participaran en conjunto. De esa manera, aunque no se declara un ECI, es inequívoco que se está ante un estado de cosas injusto que cumple con las condiciones de proceso y resultado. Por lo tanto, lo esencial para determinar si se está delante de un *status quo* injusto de orden estructural es la concurrencia de tales condiciones.

Ahora bien, un último aspecto que es forzoso de visibilizar es que las sentencias estructurales surgen, conforme lo analizado jurisprudencialmente hasta el momento, en el marco de procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, que se caracterizan por los efectos *inter partes* de la sentencia que se expedida para restablecer el goce del derecho lesionado o amenazado con base en la petición concreta formulada (Landa, 2018). Por ende, el Colegiado constitucional al realizar la tarea de detección de una situación de hecho que traspasa el interés de los demandantes rompe con aquella visión tradicional de que en este tipo de procesos constitucionales solo se puede emitir decisiones con efectos que recaen en la esfera subjetiva de los(as) recurrentes.

En atención a ello, es que autores como Gutiérrez (2016) han sostenido que en toda sentencia estructural se produce un “giro tutelar”, entendido como la expansión de los efectos a partir de un caso particular a otros semejantes; “dicho de otro modo, esto es, la transformación del recurso, marcadamente individualista en su origen, pero que termina desempeñando una función global o estructural a través de la ampliación de los efectos de las decisiones judiciales” (p. 56). En esa misma línea, Sánchez Gómez (2020) sostiene que este giro es un criterio identificador de este tipo de sentencias.

En ese sentido, se debe reconocer que las sentencias estructurales nacen en procesos constitucionales dirigidos a brindar una tutela individual, siendo esto lo revolucionario; ya que, aun cuando no se está ante un proceso constitucional diseñado para abordar este tipo de problemas constitucionales, el Tribunal Constitucional descubre que el acto lesivo puesto a su conocimiento es la representación de una fotografía completa de un grave atentado contra la Constitución. Así, se tiene que él o la demandante solo acude en busca de tutela de su derecho subjetivo, pero termina revelando un estado de cosas injusto al que no se puede ser indiferente¹⁵.

Además, es importante tener presente que este razonamiento se justifica también en la ya mencionada dimensión objetiva¹⁶ de los derechos fundamentales, que los concibe como un conjunto de principios y valores supremos que irradian en todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, imponen al Estado deberes de protección y garantía para su máxima satisfacción en su condición de mandatos de optimización (Vargas, 2003). En ese sentido, la protección objetiva de los derechos fundamentales trasciende de la titularidad individual o del patrimonio subjetivo de los(as) demandantes frente a un determinado sujeto pasivo, siendo que al ser normas objetivas del más alto rango deben guiar el actuar del Estado y la sociedad en su conjunto (Tole, 2004).

¹⁵ En la actualidad, se viene trabajando lo que se ha denominado como “litigio estratégico”, a través del cual se busca ayudar al juez a advertir que existe una vulneración estructural de derechos humanos a partir de casos individuales paradigmáticos. Centro de Estudios Legales y Sociales (2008) Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho. Argentina: Siglo XXI Editores Argentina S. A. <http://www.cels.org.ar/common/documentos/la_lucha.pdf>

¹⁶ El principal promotor de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana; siendo que introdujo el concepto en su sentencia Lüth, del 15 de enero de 1958, en la que se “consideró como un 'orden objetivo de valores' que emanaba de la dignidad humana que irradiaba todo el ordenamiento jurídico y como tal impone al legislador, administración pública y los jueces el cumplimiento de unas directrices encaminadas a la garantía y respeto de los mismos” (Vargas, 2003, p. 2008)

Por ello, en el marco de una sentencia estructural, el Tribunal advierte que no es suficiente circunscribirse a la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, esto es la violación individual de derechos invocada por sus titulares, cuando existe un problema de fondo gravísimo en el que el Estado está incumpliendo de forma prolongada sus mandatos de actuación. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional, ante esta situación anómala, asume la tarea de transformación social que busca reorientar la actuación de las entidades (faz objetiva) para encaminarlo nuevamente a la real satisfacción de las posiciones subjetivas de las que son titulares toda persona humana (faz subjetiva).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente formular las siguientes precisiones. En primer lugar - a diferencia de lo sostenido por Gutiérrez (2016) - los procesos constitucionales para garantizar la supremacía constitucional, como el proceso de inconstitucionalidad, podrían dar como resultado una sentencia estructural, pese a que sus efectos de por sí tengan una vocación *erga omnes*. Y es que, en estos procesos también se puede buscar el recobro del goce de determinados derechos fundamentales por parte de sus titulares (Landa, 2018).

Por ejemplo, en el proceso recaído en el expediente N° 00017-2008-PI/TC, del año 2010, más de cinco mil ciudadanos(as) interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28564, que derogaba la Ley N.º 27504 y restituía el tercer párrafo del artículo 5º de la Ley Universitaria. En el análisis realizado por el Tribunal Constitucional se observa como una de las materias constitucionalmente relevantes el disfrute del derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, llegando incluso a declarar un ECI. Este panorama evidencia la posibilidad de conllevar a que se configuren las condiciones para la formación de un estado de cosas injusto estructural.

De igual manera, en segundo lugar, es posible que se presenten vulneraciones de derechos colectivos que permitan acciones colectivas, situación que impediría que se produzca el giro tutelar; pero sí se cumplen las condiciones de proceso y resultado, corresponderá la emisión de una sentencia estructural. Caso contrario, por citar un ejemplo, poblaciones indígenas o comunidades campesinas serían excluidas como sujetos de protección en este tipo de sentencia. O, en el caso de La Oroya, cuya demanda tenía una vocación inicial de afectar a un grupo poblacional específico, estaría descartado del catálogo de sentencias estructurales.

De ese modo, lo importante es tener presente la representatividad del giro tutelar en esta clase de decisión jurisdiccional, para que en procesos de tutela de derechos el Tribunal esté preparado para detectar las ya mencionadas condiciones de proceso y resultado que conforman el problema constitucional de una sentencia estructural en lugar de intentar una mera expansión de efectos para conveniencia del sistema judicial. Esto sin olvidar que pueden existir casos en los que dicho giro no esté presente.

2.1.2. Establecimiento de los mandatos de cumplimiento

Una vez realizado el diagnóstico del problema constitucional, el Tribunal debe comenzar a diseñar las órdenes que emitirá para reparar el estado de cosas injusto que ha identificado. Resulta una consecuencia lógica que, ante una situación de hecho con las implicancias anunciadas en el acápite anterior, se requiera la elaboración de órdenes que sean idóneas y proporcionales a la gravedad del problema que se intenta solucionar.

Así, como punto de partida, debe quedar claro que los remedios estructurales no tienen como fin compensar el daño causado por el acto lesivo particular llevado ante el Tribunal Constitucional, ya que para ello se tendrán a las órdenes con efectos *inter partes*. Por el contrario, las *órdenes estructurales de efectos generales* están dirigidas a abordar el problema de fondo - condiciones de proceso - que conllevaron a que la situación del o la demandante en realidad sea solo una parte visible de un estado de cosas injusto que involucra a un conjunto de personas.

En ese sentido, cabe recordar que el profesor Chayes (1976) atribuía a las órdenes que se dictaban en el marco de un litigio de derecho público, en el que se ha situado a las ya mencionadas *structural remedies* del constitucionalismo estadounidense, un carácter *prospectivo*. En efecto, como señala dicho autor, las órdenes estructurales adoptan un enfoque sobre el futuro en lugar de un enfoque retrospectivo - sobre lo pasado -; por tanto, los mandatos en las sentencias estructurales evalúan cómo evitar consecuencias futuras.

Debido a ello, se postula que los remedios estructurales son en sí mismos *complejos*, en la medida que involucran procesos institucionales que requieren de la intervención de diversas autoridades estatales y no solo de la parte demandada. Y es que, siguiendo a Sabel y Simons (2004), en este tipo de casos no se debe olvidar que se ha producido

un fracaso de las instituciones públicas que han ocasionado el agravio de derechos fundamentales. En consecuencia, la sentencia estructural busca ser un instrumento dirigido a "arreglar la situación de parálisis o estancamiento, por lo que, una vez implementada la decisión, los órganos correspondientes se encontrarán de nuevo en condiciones de continuar el ejercicio de sus competencias de manera autónoma" (Gutiérrez, 2016, pp. 26,27).

Por tal motivo, la superación del contexto de violencia estructural en general y el bloqueo institucional en específico no es posible de lograrse mediante remedios aislados o de corte individual. Dado que, una orden simple lo único que causaría sería un efecto de adormecimiento o apaleamiento momentáneo que generaría un cumplimiento meramente formal del Tribunal como guardián de la Constitución.

Por ende, las órdenes emitidas en una sentencia estructural no se agotan en un solo acto ni en una sola fase, a diferencia de las órdenes regulares. Efectivamente, estas últimas suelen implicar actuaciones de dar, hacer o no hacer que son de ejecución inmediata, siendo suficiente la intervención de la parte demandada y cuyos efectos se restringirán a la esfera subjetiva de los(as) demandantes (Gutiérrez, 2016).

En cambio, las órdenes estructurales, tal como se ha venido repitiendo, guardan relación consustancial con la construcción de un programa afirmativo concretizado en la formulación de una *política pública* de alcance general, que remueva las condiciones de proceso y, con ello, el resultado que originó. Dicho de otra manera, transformar desde la raíz el *statu quo* injusto diagnosticado y en el futuro no se repita el mismo resultado. En consecuencia, su ejecución no se agota en un solo acto, sino que se efectúa de manera continua y gradual, demandando la participación articulada de diversas instituciones públicas.

En ese sentido, la adopción de estos remedios u órdenes de carácter prospectivo y complejo constituye un reto para el Tribunal . Esto debido a que, si bien la primera etapa también exige un nivel de análisis de los derechos fundamentales a gran escala, el Alto Tribunal tiene cierta experiencia en declarar la causalidad entre un hecho y la vulneración de un derecho. Por el contrario, no resulta una práctica recurrente expedir órdenes cuyo efecto traspasen a las partes, debiendo establecer mandatos prestando atención no solo a los factores políticos, económicos y sociales de la violación constitucional, sino también abordarlos y determinar de qué manera el remedio elegido

afectará en ellos y cómo tales factores incidirán en la ejecución de las órdenes (Hirsch, 2007).

Al respecto, cabe precisar que el Tribunal Constitucional, en esta segunda etapa, analizará las medidas dirigidas a reparar el resultado injusto abordando las condiciones de proceso que lo provocaron y no, en palabras de Weaver (2004), a cumplir sueños. De ese modo, no se busca un traslado de cada una de las discusiones que - como regla general - deben darse en escenarios de representatividad máxima, sino que esta posibilidad se activa únicamente por una violación constitucional real e inmediata, en los términos ya explicados en el acápite anterior, dentro del marco de un proceso constitucional.

Ahora bien, Gutiérrez (2016) elabora una clasificación de las órdenes que pueden dictarse en una sentencia estructural. Así, por un lado, se tiene a las *órdenes declarativas*; y, por el otro lado, a las *órdenes prescriptivas*. Respecto a las primeras, se caracterizan por restringirse a declarar el diagnóstico arribado en la primera etapa y, a partir de ello, requerir a las autoridades públicas la adopción de medidas específicas que aborden las condiciones de proceso que conllevaron al resultado abiertamente inconstitucional y/o inconvencional.

En ese sentido, se establece el objetivo general, que consiste en revertir el *statu quo* injusto; sin embargo, no determina qué mandatos concretos deben cumplirse para la realización de aquel fin último; otorgando a las autoridades estatales un amplio margen de discrecionalidad para decidir los medios que utilizarán, sin límites temporales. En contraposición, en las órdenes prescriptivas, como su mismo nombre lo expresa, el Colegiado constitucional precisa la estrategia de acción que se deberá seguir para alcanzar el objetivo, reduciendo el ámbito de discrecionalidad de las entidades públicas involucradas.

Dentro de este segundo grupo de órdenes, Gutiérrez (2016) también identifica otros subtipos. Por un lado, cuando se expide una orden cuyo contenido define de manera detallada una determinada acción, se está ante una *orden prescriptiva de carácter unidireccional*, la misma que no será objeto de debate ni modificaciones; por lo que, según el autor, no existe un espacio de intercambio entre las partes. Por otro lado, se encuentran las *órdenes dialógicas*, cuyo contenido detallado ha sido producto de una conversación entre los actores del proceso, que nutre al juez o la jueza a fin de que

construya la solución más idónea.

Por su parte, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015), inspirados en la tipología de Mark Tushnet sobre la existencia de una revisión judicial fuerte y una débil dependiendo del grado de intervención de la autoridad judicial¹⁷, realizan una distinción entre “*remedios fuertes*” o “*remedios débiles*” en el ámbito de una sentencia estructural. La distinción entre ambas se basa en el grado de amplitud, obligatoriedad y perentoriedad de las órdenes. En ese sentido, se estará ante órdenes bajo un enfoque fuerte cuando sean precisas, definitivas y requieran resultados; mientras que, las órdenes con un enfoque débil se caracterizan por su amplitud y cuya especificación es una labor plenamente entregada a los agentes políticos estatales.

Como se puede advertir, las órdenes declarativas de Gutiérrez (2016) pueden ser equiparadas a esta noción de remedios débiles. Por ese motivo, este tipo de órdenes demuestran un piso mínimo de activismo, dado que el Tribunal Constitucional se restringe a solicitar, expresa o implícitamente, la elaboración de una política pública para hacer frente al problema constitucional diagnosticado. Un ejemplo paradigmático de esta clase de remedios u órdenes es la sentencia *Government of the Republic of South Africa & Grootboom*, emitida por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el año 2000.

En dicho caso, la demandante Irene Grootbom representaba la historia de un grupo de sudafricanos - 390 adultos y 510 niños - en situación de extrema pobreza que no contaban con una vivienda digna, ocupando terrenos en condiciones paupérrimas. En ese contexto, se ubicaron en una zona que consideraban como baldía llamada “New Rust”; sin embargo, no solo terminaron siendo desalojados por los propietarios sino también sus chozas fueron destruidas. Ante tales circunstancias, decidieron regresar al último lugar en el que habían vivido, pero ya se encontraba ocupado por otras personas; quedando sin ningún espacio para vivir. Por ello, intentaron instalarse en una loza deportiva de manera precaria y, posteriormente, ingresaron a un refugio.

Frente a la ausencia de respuesta firme y permanente a su solicitud de apoyo municipal, decidieron judicializar su demanda hasta que llegaron a la Corte Constitucional sudafricana. Así, los magistrados constitucionales visibilizaron la problemática nacional

¹⁷ Para mayor detalle Tushnet, Mark (2009), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press.

en torno al acceso a una vivienda digna, identificando que esta constituía un rezago del *apartheid*, un sistema de segregación racial que impidió que la población negra sudafricana ocupara las zonas urbanas. Por esa razón, la Corte señaló que la historia de Irene y los demás solicitantes representaban la historia de miles de sudafricanos.

Ahora bien, al contexto histórico se le sumó el estatus actual de “ocupantes ilegales” en extrema pobreza de los demandantes, que evidenciaba su posición de desventaja en el acceso a los recursos estatales para alcanzar una vida digna. Asimismo, el bloqueo institucional se concreta con el hecho de que muchos de los que habían quedado en situación de calle habían esperado por más de siete años una respuesta del municipio para ser beneficiarios de las viviendas de bajo costo, siendo que, pese a sus reiterados pedidos, no obtuvieron ninguna solución. Sumado a que el proceso judicial de desalojo se realizó de una manera inhumana y después de ello, la respuesta estatal tampoco fue satisfactoria.

De igual forma, si bien los demandados demostraron la existencia de un programa de vivienda, basado en un enfoque de razonabilidad de las medidas adoptadas por el Gobierno, la Corte Constitucional estableció que no basta la presentación de una política pública en la materia, sino que ésta debía ser razonable e implementado de la misma manera. En ese sentido, se determinó que el referido programa debía crear las condiciones para el acceso a una vivienda adecuada teniendo en cuenta los diferentes niveles económicos, enfatizando en la necesidad de que se incluyan medidas diferenciadas.

Finalmente, la Corte se limitó a declarar que el Estado debía diseñar e implementar un programa completo y coordinado - entiéndase una política pública - para concretar progresivamente el derecho de acceso a una vivienda adecuada, que incluyera medidas específicas para aquellas personas que se encontraban en condiciones intolerables de vivienda. De esa manera, se estableció, por un lado, un objetivo general; y, por el otro, un objetivo específico, respectivamente; pero dejando a la discrecionalidad plena del Gobierno la adopción de los medios que conduzcan a cumplirlos y, con ello, reparar el estado de cosas identificado. Asimismo, no asignó ningún tipo de plazo y con dicha sentencia dio por finalizada su intervención.

Tushnet (2003), quien considera a los remedios débiles como una variante de lo que denominó como revisión judicial débil, alerta sobre las complicaciones que puede

acarrear la adopción de remedios estructurales con este enfoque. Por un lado, puede devenir en una soberanía parlamentaria - o del ejecutivo - al bastar la presentación de un plan para dar por cumplido el mandato constitucional, limitándose a un cumplimiento en papel, más no en la realidad. Por el otro lado, teniendo en cuenta el bloqueo institucional inmerso, es posible que se origine un círculo sin salida que conlleve a que el Tribunal termine ejerciendo un control judicial fuerte.

Por ejemplo, dicho autor explica que en el estudiado caso *Brown* la Corte Suprema estadounidense no brindó órdenes detalladas y esperó la recepción de planes de eliminación de la segregación racial en las escuelas públicas, pese a la resistencia identificada por implementar una política igualitaria. Esto llegó hasta tal punto que, junto a los tribunales de distrito, se tuvo que aumentar y detallar los requisitos que debían cumplir las autoridades estatales para realmente reconstruir escuelas no segregadas racialmente.

En contraposición, se tienen a los remedios fuertes, que son equivalentes a las órdenes prescriptivas unidireccionales en la tipología ofrecida por Gutiérrez (2016), en la medida que detallan la estrategia que deberá emplearse para reparar el estado de cosas lesivo de derechos fundamentales. Es decir, la respuesta al diagnóstico efectuado por el Tribunal será el establecimiento de órdenes específicas, claras y precisas que se requieren para abordar el problema constitucional; que, leídas en conjunto, adoptan la forma del plan de acción que el Estado debe implementar.

Como explica Gutiérrez (2016), el Tribunal asume una posición de liderazgo, alcanzando un nivel de activismo, a diferencia de los remedios débiles, alto; ya que emite la orden y los destinatarios de la misma la reciben sin opción a intercambio o interacción. Así, de manera definitiva, el criterio para determinar o no el cumplimiento de la orden es que las entidades públicas llamadas a intervenir hayan obedecido plenamente los mandatos. Siendo que, las posibilidades de modificación son mínimas.

Por ejemplo, cabe recordar *Hutto Vs. Finney* (1978) en el que se diagnosticó la violación grave de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en Arkansas como consecuencia del hacinamiento, aislamientos punitivos, falta de atención médica y condiciones insalubres de vivienda. Ante esa situación, el tribunal de distrito, decisión avalada por la Corte Suprema, ordenó la implementación de remedios sumamente detallados; tales como, que cada recluso tuviera una litera para dormir y las celdas

fueran ocupadas por un número determinado de personas reclusas como máximo. La especificidad fue consecuencia de la renuencia de las autoridades estatales de corregir la violación de derechos advertida por la autoridad judicial (Weaver, 2004).

Frente a estos extremos, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015) plantean, desde un *enfoque intermedio*, el establecimiento de *remedios moderados*. Es decir, órdenes que, por un lado, consagran fines amplios cuyos medios para lograrlos deben ser definidos por las autoridades públicas; y, por el otro lado, estas se encuentran acompañadas de criterios de cumplimiento y límites temporales para su evaluación constante. Así, se trata de reducir el margen de discrecionalidad del poder político para cumplir con los mandatos establecidos mediante la asignación de plazos y objetivos específicos, pero - a su vez - darle la oportunidad a las mismas autoridades para que detallen el contenido del plan afirmativo que se requiere para remediar el estado de cosas injusto, respetando los límites establecidos.

Esta estructura más abierta en comparación a los remedios fuertes o a las órdenes prescriptivas unidireccionales, pero con determinados límites a diferencia de las órdenes declarativas o débiles, tienen como objetivo abrir el camino a un diálogo entre diversos actores en posiciones iguales, desde el plano institucional y de la sociedad civil, esto es, la consolidación del denominado *activismo o constitucionalismo dialógico* (Gargarella, 2014; Rodríguez, 2016). De ese modo, a través de este diálogo inclusivo se busca la adopción de decisiones constitucionales que permitirán detallar el plan afirmativo con base en los plazos y objetivos específicos dados (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010).

Debido a ello, Gutiérrez (2016) considera a los remedios moderados como parte de las órdenes prescriptivas, enfatizando en el carácter dialógico detrás de las mismas. Esto debido a que pese a su amplitud y no perentoriedad, estas órdenes dialógicas establecen el rumbo que las instituciones públicas deben seguir y, con ello, la relevancia del Tribunal Constitucional como el órgano que dirigirá hacia dónde debe direccionarse el esfuerzo institucional. Por consiguiente, siguiendo a dicho autor, se tienen los beneficios que brinda “el intercambio entre las partes que participan en el litigio - característica que resaltaría su proximidad con las decisiones declarativas -, al mismo tiempo que pretenden asegurar que el tribunal ejerza en todo momento el mando y la dirección del proceso” (pp. 54, 55)

A partir de lo expuesto, resulta evidente la idoneidad de que los Tribunales Constitucionales elijan construir remedios moderados u órdenes prescriptivas dialógicas. Siendo que, este activismo dialógico permite conciliar el principio de separación de poderes y el carácter deliberativo de las políticas públicas en espacios de representación con el deber de garantizar los derechos fundamentales, en la medida que es incontrovertible que las autoridades públicas han mostrado una actitud incompatible con la Constitución (Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito, 2010). En ese sentido, Dixon (2007) señala que el enfoque dialógico busca un equilibrio entre las faltas de sensibilidad de las autoridades públicas y los cuestionamientos sobre la legitimidad de los procesos judiciales.

Una vez determinada la pertinencia de los remedios moderados, cabe responder si además de estos es adecuado la emisión de remedios débiles - órdenes declarativas y/o remedios fuertes - órdenes prescriptivas unilaterales en el marco de una sentencia estructural. Para brindar una respuesta, es imprescindible tener en cuenta, en primer lugar, las falencias en torno a las primeras, recaídas principalmente en su efectividad, puesto que depende de la disposición de las autoridades públicas llamadas a cumplirlas (Gutiérrez, 2016).

En ese contexto, es necesario enfatizar que siendo el bloqueo institucional una de las causas estructurales que derivó en un resultado contrario a los derechos fundamentales, resulta paradójico que se siga confiando en la voluntad del Gobierno o Parlamento. En esa línea, Hirsh (2007) efectúa una fuerte crítica a sentencias como la de *Government of the Republic of South Africa & Grootboom*, ya que los remedios débiles dictados en ella son el escenario ideal para que el Estado termine por omitir, desobedecer o resistirse a la orden, argumentando que la vaguedad de la misma le impide guiar verdaderamente su conducta futura.

No obstante, la defensa de esta clase de órdenes o remedios recae principalmente en que su establecimiento ha servido para evitar mayores cuestionamientos referidos al respeto del principio de separación de poderes al catalogar la delimitación y contenido de las medidas como un asunto plenamente de la legislatura y el ejecutivo. Aunado a ello, se podría argumentar que, aunque no se establezca en forma de órdenes, la sentencia también contiene pretensiones regulativas (Puga, 2013), entendidas como los fundamentos o los principios y valores constitucionales y convencionales que sustentan

el razonamiento del Tribunal, que limitan igualmente la actuación del poder político.

Sin embargo, siguiendo a Hirsh (2007), el proporcionar una directriz general, sin plazos ni objetivos específicos; y, además, cerrando la posibilidad de una etapa de seguimiento - aspecto que se analizará en el próximo acápite - no genera incentivos para que el Estado cumpla con el mandato y tales pretensiones regulativas terminan siendo recepcionadas solo a nivel discursivo. En ese sentido, en el caso en concreto de la Corte Constitucional Sudafricana, el haber optado por disponer remedios débiles significó desconocer la situación de inercia en manos de las fuerzas políticas en la última década. Por ejemplo, el Gobierno se había comprometido a la construcción de un millón de casas hasta 1999, pero - a la fecha de la demanda - solo había provisto 700 mil casas (Dixon, 2007).

Por esa razón, consideramos que los remedios débiles o las órdenes declarativas no deben encontrar lugar en la formación de una sentencia estructural. Esto debido a que resulta insensato adoptar decisiones que sigan dejando un amplio margen de acción y discrecionalidad a las entidades públicas cuando su actuación omisa, pasiva, condescendiente y/o ineficiente es la que ha contribuido a la violación grave y reiterada de derechos fundamentales de orden estructural.

En cuanto a los remedios fuertes o las órdenes prescriptivas unidireccionales, es evidente el problema de legitimidad que puede acarrear, en la medida que su contenido ya viene detallado y preparado para ser solo ejecutado por la autoridad competente. Si bien por regla general se debe optar por los remedios moderados o las órdenes dialógicas según lo explicado, no se debe cerrar el paso a la revisión judicial fuerte por parte de los Tribunales Constitucionales.

Efectivamente, se puede presentar un primer escenario, en el que el Tribunal Constitucional observe el incumplimiento de obligaciones mínimas o conductas que atentan directamente contra el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Estas situaciones demandarán la gestión inmediata por parte del Tribunal, sin que haya mayor discusión respecto a qué medidas son las que deben ejecutarse. En un segundo escenario, como señala Sturm, citada por Gutiérrez (2016), el enfoque unidireccional será elegido en respuesta al grado de incumplimiento y renuencia por parte de los responsables de acatar las órdenes - moderadas - dictadas inicialmente, convirtiéndose en la única opción razonable para superar el estado de cosas injusto.

A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo de la India, en el caso *People 's Union for Civil Liberties vs. Indian Union and Others*, ante el problema estructural de hambruna que identificó, enfatizó en la renuencia del Gobierno para salvaguardar el derecho a la alimentación de los sectores más vulnerables, dado que había incumplido las órdenes cautelares expedidas durante el proceso por dos años. Debido a ello, en el 2003, a fin de reconstruir la deficiente política pública existente, terminó brindando una serie de órdenes prescriptivas unidireccionales, tales como se suministre comida a los grupos en situación de vulnerabilidad extrema; se reabran y permanezcan en funcionamiento los locales públicos de distribución de alimentos entre otras (Sánchez, 2020).

En consecuencia, no se debe perder de vista que cada una de las órdenes que se expidan, ya sean moderadas o fuertes, se relacionan con la construcción o modificación de políticas públicas. Es así que, ninguno de los dos enfoques es excluyentes entre sí, sino que para establecer por cuál optar se deberá tener presente los siguientes indicadores: i) El nivel de renuencia del Estado; y, ii) Los grados de afectación de los derechos en juego, teniendo en cuenta su contenido constitucionalmente protegido. Al final, como señala Dixon (2007), lo cierto es que se debe tener en cuenta la democracia constitucional en general y las circunstancias del caso en particular para definir qué tipo de remedios son los más idóneos.

Otro punto a considerar es que se debe apostar por una irradiación del activismo dialógico en el procedimiento de construcción de los remedios estructurales, aunque por los plazos procesales y la misma estructura del proceso constitucional, su concretización sea con una intensidad leve al no ser posible un diálogo ampliamente abierto en cuanto actores y tiempo. No obstante, mecanismos como los *Amicus Curiae* de organizaciones y colectivas especializadas, no solo por credenciales académicas sino también con base a su experiencia y vivencias, favorecerán a la definición de objetivos generales, específicos, plazos e incluso puede ayudar a delimitar con mejor precisión el estado de cosas injusto.

Así, el activismo dialógico coadyuvará a que los magistrados y las magistradas constitucionales obtengan la mayor información posible, tanto jurídica como fáctica, y ya no solo la proveniente de los sujetos procesales; con ello, fortalecer su capacidad institucional, a fin de que tomen decisiones informadas y razonadas (Gutiérrez, 2016). De esta manera, se deja atrás el sistema adversarial predominante en los procesos

constitucionales de tutela de derecho, en el que se enfrenta un demandante y un demandado, y se inicia el camino - gracias a la actividad dialógica - a un proceso dinámico, que aun cuando es direccionado por el juez, busca el mayor grado de cooperación y menos fricción (Puga, 2013). Esto se condice con la visión actual del principio de separación de poderes como colaboración y balance, y no solo separación estricta y rígida.

2.3. Etapa de seguimiento

En el Perú, el flujo que se sigue en un proceso constitucional de tutela de derecho, por regla general y desde su concepción tradicional, es que una vez presentada la demanda y emitido el pronunciamiento, la ejecución de la sentencia del Alto Tribunal no le corresponde a él mismo, sino que el juez o la jueza de primera instancia es el encargado o la encargada de velar por el cumplimiento efectivo de la decisión. Con ello, se da por concluida la competencia del Colegiado respecto al proceso en específico.

Por el contrario, con la expedición de una sentencia estructural, el Tribunal Constitucional conserva su competencia para supervisar el cumplimiento efectivo de sus órdenes hasta que se hayan removido las condiciones de proceso identificadas en el diagnóstico del problema constitucional y, así, se logre reparar la violación grave, reiterada y prolongada de derechos fundamentales. Esto a efectos de que se evite en un futuro retornar al mismo estado de cosas injusto y no sigan ocurriendo casos individuales como el que dio pase a la expedición de la sentencia estructural. En ese sentido, como señala Owen Fiss, citado por Fletcher (1982), la demanda y la decisión de fondo inicial del Tribunal Constitucional solo serán el inicio del camino hacia la reconstrucción de una institución social.

Debe quedar claro que no se trata de una ruptura del proceso, sino más bien un “punto de inflexión” (Gutiérrez, 2016), por lo que al hacer referencia a una sentencia estructural plena se debe incluir como parte de ella la existencia de esta etapa de seguimiento como uno solo. Esto a diferencia de lo que sucede en los demás procesos constitucionales de tutela de derechos en los que para advertir al Tribunal Constitucional peruano sobre el incumplimiento de los términos de su decisión debe interponer una “apelación por salto” (TC, Exp. N.º 004-2009-PA/TC, 2010). Así, aun cuando dicho recurso se plantea de manera directa ante él, conlleva a que el o la demandante transite nuevamente por la espera para que su reclamo sea visto a través de un nuevo proceso.

En este punto, cabe responder qué sucede entonces con las diversas sentencias que han sido catalogadas como estructurales, pero carecen de una fase de seguimiento a cargo de su órgano emisor. Para ejemplificar, se tiene a *Grootboom* de la Corte Constitucional Sudafricana; el caso de la situación de los defensores de derechos humanos de la Corte Constitucional colombiana; o, en el Perú, con la sentencia sobre la contaminación en la sangre de la población de La Oroya a causa de la minería. Pues bien, estas sentencias serán denominadas como *sentencias estructurales “imperfectas o irregulares”*, ya que su perfeccionamiento, siguiendo la definición adoptada en la presente tesis, solo será posible cuando se incorpore la facultad de seguimiento.

Y es que, siguiendo a Cruz (2019), existe una diferencia entre una implementación *simbólica* y una *instrumental* de la sentencia estructural. Respecto a la primera, se tiene que los actores políticos llamados a intervenir pueden mostrar su conformidad con los valores y principios invocados por la Corte y las órdenes que emergen de él. Inclusive, realizan modificaciones normativas que incorporan el razonamiento constitucional; sin embargo, se trata solo de una “recepción formal” del contenido de la sentencia a modo de cortesía política, sin que se produzcan efectos materiales. En contraposición, la implementación instrumental involucra no solo la recepción de los fundamentos y razones dadas por la Corte sino también - en sentido estricto - ejecuta las órdenes, generando efectos materiales.

Debido a ello, la inclusión de la etapa de seguimiento como parte de la definición de una sentencia estructural encuentra su razón de ser en la necesidad de lograr el fin que persigue la emisión de este tipo de sentencia, el cual justifica su existencia y legitimará la intervención del Tribunal Constitucional en los términos que se detallarán en el capítulo siguiente. En ese sentido, autoras como Hirsch (2007) critican severamente que, para citar un ejemplo, la Corte Constitucional Sudafricana en el mencionado caso de *Grootboom* optara no solo por órdenes declarativas sin plazo alguno sino también la exclusión de la supervisión judicial de la ejecución de dichas órdenes.

Por su parte, Dixon (2014) también visibiliza como dicho caso fue considerado como ejemplar, puesto que - citando a Cass Sunstein - abordó la problemática estructural en torno a la vivienda respetando las competencias democráticas al otorgar una amplia discrecionalidad a los actores políticos. Sin embargo, señala que esto ocasionó que no se produjeran resultados plenamente tangibles.

Ante este panorama, Hirsch (2007) explica - acertadamente - que la ausencia de una etapa de seguimiento propio genera, en los hechos, un traslado de responsabilidad sobre la supervisión y monitoreo a los y las demandantes, al grupo de personas afectadas y/o la sociedad en general, situación que puede extralimitar la capacidad económica, emocional y de tiempo que poseen. Por tanto, no se logra garantizar el cumplimiento de cada orden estipulada, obligando en ciertas ocasiones a que en caso el Gobierno no cumpla con los remedios ordenados en los términos establecidos, deban presentar una nueva demanda, tal como sucede con las presentaciones de recursos de apelación por salto.

Una vez fundamentada la importancia de la inclusión del seguimiento como parte definitoria de una sentencia estructural, conviene establecer de qué manera este se concretiza. Para ello, resulta útil la clasificación realizada por Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015), con base en los enfoques de intervención en la revisión judicial de Tushnet, los mismos que sirvieron para entender con mayor precisión la estructura e impacto de las órdenes en el apartado precedente.

Para comenzar, estos autores hacen referencia al *seguimiento débil*, en el que el Tribunal opta por no mantener su jurisdicción y da por finalizada su intervención con la emisión de la sentencia, sin que prevea algún mecanismo de supervisión de cumplimiento posterior a cuenta propia. En esa línea, Cruz (2019), quien denomina - con base a la jurisprudencia constitucional colombiana - a esta forma de ejercer seguimiento como laxo, añade que la Corte no preserva su competencia en la medida que decide realizar un seguimiento desconcentrado a través de sentencias de reiteración enmarcadas en diferentes procesos constitucionales.

En otras palabras, la Corte aprovechará la oportunidad de supervisar los avances o retrocesos en la implementación de sus órdenes cuando se le presenten nuevos casos individuales que también sean expresión del estado de cosas injusto ya diagnosticado. Así, reitera la existencia del problema y los remedios que se deben adoptar, dependiendo de cómo se han venido implementando las dictadas primigeniamente. Claro está que esta forma de ejercer la facultad de seguimiento conlleva a que la participación de la sociedad civil se limite a los sujetos procesales (demandante-demandado).

Frente a este escenario, es necesario reiterar que la ausencia de una fase de seguimiento contradice el fundamento existencial de una sentencia estructural en un Estado Constitucional-Convencional de Derecho que se sostiene en la plena vigencia de los derechos fundamentales de todos y todas. Por ende, su no incorporación implica, como se ha enfatizado, privarla de una de sus partes definitorias y, con ello, impedir que esta cumpla con su fin último de restablecer el goce de los derechos fundamentales a quienes los perciben como meras declaraciones de buenas intenciones.

El siguiente tipo de seguimiento propuesto por Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito (2015), desde un enfoque intermedio, es el *seguimiento moderado*, en el que no se busca ejercer una presión sobre las autoridades sino más bien acompañar el procedimiento de cumplimiento. Esto sucede frecuentemente cuando el Tribunal encarga a otras entidades dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos - sin poder coercitivo -, tal como la Defensoría del Pueblo en el Perú, para que vigilen el cumplimiento de sus órdenes. Entonces, se trata de un seguimiento “delegado”, en el que el Tribunal Constitucional traslada la tarea de ejecutar el seguimiento de sus decisiones, pero dispone que se le informe sobre las acciones que se realizan.

Por ejemplo, en la sentencia referida al problema estructural de las personas privadas de libertad sujetas a medidas de internación por padecer una enfermedad mental, recaída en el expediente N° 03426-2008-PHC/TC del año 2010, el Tribunal Constitucional peruano ordenó que sea la Defensoría la encargada de supervisar el cumplimiento de los términos de la decisión. Asimismo, añadió que en un plazo determinado debía informar sobre su labor de seguimiento; sin embargo, no resulta claro para qué o cuáles son sus efectos prácticos, lo que termina en convertir al Alto Tribunal en un órgano receptor de información más que como un encargado de velar por la materialización de sus órdenes.

Por su parte, Cruz (2019) considera que esta forma de supervisar la implementación de los remedios dados por la Corte es una expresión también de un seguimiento laxo. Y, es que, aun cuando en este escenario el Tribunal Constitucional no finaliza su intervención con el diagnóstico del problema constitucional y el establecimiento de los mandatos a cumplirse, su posición como solo receptor de información representa una pasividad que pone en peligro la esencia del tipo de sentencia que se viene analizando.

Ahora bien, en el otro extremo de la tipología, se tiene al *seguimiento fuerte*, cuya ejecución se da a través de la participación activa, permanente y continúa del Tribunal para coadyuvar a que sus órdenes sean cumplidas y se logre la reparación, teniendo en cuenta los plazos iniciales y el estándar de referencia impuesto en la sentencia. Para lo cual, se podrá crear una sala de seguimiento para facilitar su intervención o designar comisionados dedicados a supervisar e informar (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015).

Así, Cruz (2019) sostiene que en un seguimiento fuerte - o, en sus palabras, intensivo - la Corte indubitablemente mantiene la facultad de supervisar sus órdenes por sí mismo, interviniendo no solo en la demanda sino también mediante la emisión de autos posteriores. De ese modo, se produce una transformación de la propia Corte, pues los mecanismos que pretende utilizar lo exigen así. Por ejemplo, la referida creación de salas especializadas de seguimiento o la constitución de mesas de supervisión.

En ese sentido, la sentencia que contiene la identificación del estado de cosas injusto, el establecimiento de los mandatos destinados para su reparación y el reconocimiento de la facultad de seguimiento propio del Tribunal constituyen la *decisión fundacional estructural* a la cual se irán sumando como parte de la misma aquellas *decisiones estructurales de seguimiento* emitidas posteriormente hasta que se revierta el problema constitucional detectado (Cruz, 2019). Para precisar, como indica Weaver (2004), no se trata de que los tribunales busquen la ejecución de los remedios estructurales de manera indefinida, sino que tan pronto como se pueda subsanar la violación constitucional, estos deben devolver las funciones ejecutivas y legislativas a los funcionarios responsables de ejercerlas.

En esa línea, con el seguimiento fuerte se construyen parámetros de estructura de soporte, de proceso y de resultado (Cruz, 2019). El primero recae en la participación de las víctimas, expertos, organizaciones en defensa de los derechos fundamentales y demás actores sociales; mientras que, los dos últimos implican que la Corte no solo se limita a establecer si se cumplió o no el contenido total de su decisión sino que verifica cómo se está implementando sus órdenes y comienza a fijar niveles e indicadores de cumplimiento, teniendo en cuenta la complejidad y la dimensión predominante positiva de sus remedios para este tipo de casos.

En este punto, resulta pertinente someter a discusión lo señalado por Landau, citado por Gutiérrez (2016), quien mencionó que en el caso sudafricano una explicación de la decisión de la Corte para optar tanto por órdenes débiles o declarativas como por un seguimiento débil es que las fuerzas políticas no demostraron una resistencia por la transformación social, lo cual se evidenciaba con la connotación aspiracional de su Constitución Política aprobada en 1996. No obstante, como lo explicó Dixon (2007) y se plasmó en el acápite anterior, en cuanto al problema estructural en el caso *Grootboom* se observó en la práctica el poco interés institucional por garantizar el derecho a la vivienda, aun cuando a nivel discursivo no hayan mostrado explícitamente una actitud opositora o de resistencia.

Justamente por ello, si bien - a diferencia de lo que sucede en un proceso constitucional tradicional - un proceso constitucional estructural no se sostiene en un sistema adversarial que enfrenta a un demandante con un demandado en particular sobre el cual recae toda la responsabilidad del acto lesivo (Puga, 2013), pues no se debe olvidar que la violación de derechos fundamentales grave, reiterada y prolongada ha sido resultado de un bloqueo institucional continuo. Es decir, pese a que el estado de cosas injusto se debe a condiciones de proceso persistentes a través del tiempo, enraizados en las propias estructuras de la sociedad y que, por ende, no es atribuible a una única autoridad pública, la falta de respuesta estatal en el presente también se sumó a la violencia estructural existente.

Entonces, cabe preguntarse cómo sería posible que el Tribunal Constitucional deposite su confianza plena en aquellas autoridades o entidades públicas que se unieron, con su acción, inacción, renuencia o desinterés, al bloqueo institucional que ha generado y/o perpetuado un estado de cosas contrario a los derechos fundamentales. En consecuencia, tal como sostiene Bilchitz (2003), el seguimiento resulta necesario para garantizar la efectividad no solo de la sentencia en sí misma, sino también de los derechos que a través de ella se intentan tutelar, sobre todo de los derechos sociales conforme que demostrará en el último capítulo de esta investigación.

Por esa razón, en este primer escalón de análisis, los cuestionamientos sobre la legitimidad de la existencia de una fase de seguimiento no deberían ocupar un rol protagónico. Esto debido a que, la falta de supervisión o seguimiento muestra por parte del Tribunal una condescendencia injusta hacia los otros poderes del Estado,

sumándose al bloqueo institucional con su ausencia de voluntad para mantener la responsabilidad de asegurar la efectividad de sus órdenes.

A partir de ello, un segundo escalón a determinar es si se debería optar, según la tipología elaborada por Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito (2015), por un seguimiento desde un enfoque intermedio o uno fuerte, o tener como opciones idóneas a ambos. Al respecto, a efectos de la presente investigación, se sostendrá que tanto el seguimiento débil como moderado, aun cuando este último atenúa los riesgos del primero, conllevan a materializar los peligros descritos por Tushnet (2003) respecto a las revisiones judiciales débiles en general, acorde a lo explicado al abordar las órdenes débiles o declarativas.

Efectivamente, así como la revisión judicial débil de la constitucionalidad de una ley puede derivar - en el plano pragmático - en una soberanía parlamentaria, una sentencia estructural imperfecta que no reconoce la facultad de seguimiento del Tribunal Constitucional o una que solo formalmente la mantiene pero en los hechos solo es un receptor de información sin incidencia permitiría que sea suficiente con que las autoridades estatales presenten un proyecto de política pública cualquiera a fin de que se dé por cumplida superficialmente la orden de la Corte. De esa manera, se caería en un cumplimiento nominal de lo dispuesto por la autoridad judicial, siendo que el problema constitucional detectado seguiría persistiendo en el tiempo, sin asegurar cambios en el mundo real.

En ese contexto, Cruz (2019) - con base en un análisis de las sentencias catalogadas como estructurales provenientes de la Corte Constitucional colombiana - identifica que aquellas en las que la Corte optó por un seguimiento laxo, en su mayoría, la implementación ha sido precaria en términos instrumentales, más aún cuando a esto se le añadió órdenes declarativas. Por tal motivo, su impacto recayó en el ámbito del discurso en lugar de buscar reparar el estado de cosas injusto diagnosticado. En cambio, ante un seguimiento intenso, acompañado de órdenes más detalladas, los efectos materiales fueron más visibles.

Teniendo en cuenta dicho panorama y que la invocación de una sentencia como la estructural pretende resolver un problema constitucional antes que solo abordar una demanda contra alguien, es imprescindible contar con una fase de seguimiento de manera general y un seguimiento fuerte o intensivo de manera específica. De esa forma,

asegurar la eficacia de lo decidido, siendo esta una respuesta proporcional al grado de bloqueo institucional presente en estos casos. Sumado a que detrás de las órdenes estructurales se halla la realización de acciones positivas que requieren de una supervisión con un mayor grado de intervención en contraste a lo que sucedería si solo se está ante una orden negativa o de abstención.

Además, esto resulta coherente con la posición de optar preferentemente por remedios moderados u órdenes dialógicas, las cuales requieren de un seguimiento fuerte para abrir camino al diálogo sin que el Tribunal pierda la dirección activa del proceso. Por ello, el seguimiento fuerte permite la optimización del *activismo dialógico* propuesto al emitir este tipo de órdenes, debiendo concretarse en un espacio idóneo y destinado a generar un proceso colectivo y continuo de diálogo entre el Tribunal, los poderes del Estado y los demás órganos estatales; así como, con la sociedad. En ese sentido, no se trata que se impongan desde arriba acuerdos y decisiones, sino que estos deben ser resultado de un diálogo inclusivo en el que todos(as) participen desde posiciones iguales (Gargarella, 2014).

En ese marco, siguiendo a Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010), las sentencias dialógicas deben implementarse a través de seguimientos recurrentes y, sobre todo, públicos. De esa manera, se busca i) correcciones y modificaciones; y, ii) fomentar la discusión entre los actores sociales en su plenitud, desde los participantes iniciales en el proceso hasta organizaciones civiles, internacionales o expertos, promoviendo un proceso de colaboración.

De tal forma que, por un lado, si se está frente a remedios moderados para construir una política pública, entonces su contenido se irá especificando o se agregarán otros remedios, modificarán los ya dados; o, se corregirán. Así, las autoridades tienen la oportunidad de ofrecer su plan y el Tribunal lo evaluará y someterá al diálogo para que se acepte, se rechacen las medidas que sean irracionales o, si en las audiencias se perciben dificultades o insuficiencias, se practiquen los ajustes necesarios (Hirsh, 2007). Asimismo, se puede modificar plazos o formas de ejecución, incluso si se tratan de remedios fuertes, aunque sobre su contenido el margen de intercambio sea mínimo.

Por otro lado, se evalúan los niveles de cumplimiento y se establecen también los indicadores que permitirán dicha evaluación. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana utiliza una escala de cumplimiento alto, parcial, bajo o incumplimiento, lo

cual facilita supervisar el camino hasta la superación del estado de cosas injusto y, así, devolver plenamente el control a los actores políticos cuando las condiciones de resultado hayan sido reparadas y sus condiciones de proceso removidas. Asimismo, cabe enfatizar que un seguimiento fuerte dialógico es de suma importancia ante remedios fuertes, pues se tendrá tanto a un Tribunal presente como a una sociedad activa para supervisar su cumplimiento.

Ahora bien, es pertinente realizar la siguiente atinencia planteada por Dixon (2014), quien distingue el enfoque dialógico propuesto con el enfoque conversacionalista. A tal efecto, sobre este último se tiene que solo se delibera más el Tribunal Constitucional no decide. Esto no sucede así en el constitucionalismo dialógico, en el que se mezcla lo coercitivo con lo comunicativo para surgir la decisión del Tribunal. Debido a ello, si bien no se trata de imponer ni que sea el órgano constitucional el que tenga la última palabra, será el Tribunal Constitucional quien recoja los resultados del diálogo colectivo para tomar decisiones en aras de cumplir el fin de la sentencia estructural expedida.

En este contexto, es evidente que la existencia en sí misma de una fase de seguimiento y desde un enfoque fuerte representa una muestra intensa de activismo judicial, dejando a un lado la autorrestricción y la consideración al poder político. Justamente por ello, la justicia dialógica busca conciliar el nivel de compromiso de los magistrados y las magistradas constitucionales que se necesita frente a estas graves situaciones con el desbloqueo que se requiere sin interferir en las competencias de los demás irrazonable, injustificada o arbitrariamente (Gargarella, 2014).

Este seguimiento fuerte, aunque de manera aún incipiente (Bernal, 2017), viene siendo recepcionada por el Tribunal Constitucional peruano. En efecto, recientemente, el 1 de junio de 2020, mediante la Resolución Administrativa N.º 065-2020-P/TC, el Pleno aprobó crear el “Sistema de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional”. De esa manera, se estableció como su objetivo asegurar el cumplimiento de aquellas sentencias que, en primer lugar, contienen exhortaciones; en segundo lugar, exista una declaratoria de un estado de cosas inconstitucional; y, con una estructura más abierta, se pide que se justifique la necesidad de que el Tribunal intervenga para garantizar efectivamente los derechos que han sido lesionados o amenazados.

Resulta visible que este sistema no ha sido creado en función a las sentencias estructurales, es más ni las menciona expresamente. Y es que, a través de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional del Perú no ha reconocido explícitamente la existencia de las mismas como parte del catálogo de sentencias atípicas que expide. Sin embargo, en la práctica - por ejemplo, en la sentencia de los pobladores de La Oroya - es indubitable su inclinación por recepcionarlas, aunque sea de manera tácita. Aunado a que desde el 2004 el Tribunal realizó el trasplante jurídico de la figura del ECI y, con ello, las implicancias ya explicadas en cuanto a la relación entre ambas.

De ese modo, la incorporación de una facultad de seguimiento del Tribunal mediante el sistema creado, transformando su propia estructura, representa una muestra más de receptividad a este tipo de sentencia. Siendo que, los tres criterios dados para designar los casos que ingresarán al sistema de supervisión pueden ser cumplidos por las sentencias estructurales, teniendo en cuenta la relación entre ellas y un ECI; la gravedad y complejidad detrás del problema constitucional y los mandatos surgidos a partir de él como justificación suficiente para su ingreso al sistema; y, por último, como se explicará en el acápite siguiente, su vinculación con una sentencia exhortativa.

Por tanto, lo cierto es que la creación de este sistema ha permitido el perfeccionamiento de aquellas sentencias estructurales irregulares que carecían de una fase de seguimiento. Por ejemplo, i) expediente N° 00889-2017-PA/TC, caso “Díaz Cáceres de Tinoco”, del 17 de abril de 2019, sobre el problema estructural referido a la comunicación con el Estado en su lengua originaria; ii) expediente N° 00853-2015-PA/TC, del 14 de marzo de 2017, caso “Hermanas Cieza Fernández”, en relación al problema estructural de disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas en extrema pobreza en el sector rural; iii) expediente N° 04007-2015-PHC/TC, del 27 de junio de 2019, caso “M. H. F. C”, respecto a la situación estructural referida a la salud mental de personas internadas en centros penitenciarios; y, iv) expediente N° 05436-2014-PHC/TC, caso “C.B”, del 26 de mayo de 2020, sobre la problemática estructural de hacinamiento penitenciario.

En síntesis, con base en lo expuesto, se concluye que una sentencia estructural surge para enfrentarse a un problema constitucional que equivale a un estado de cosas injusto de orden estructural, el cual será diagnosticado cuando concurren las condiciones de proceso y las condiciones de resultado descritas. Una vez realizado tal diagnóstico, se determinarán, teniendo en cuenta los alcances de una justicia dialógica, cuáles son los

remedios, ya sea moderados o fuertes - más no débiles - destinados a la construcción de políticas públicas. Finalmente, se continuará con un seguimiento fuerte en el que, manteniendo el enfoque dialógico, se velará por la implementación efectiva de este tipo de sentencia hasta reparar el problema constitucional advertido y no alcance a nadie más en el futuro.

3. Diferencias con otras figuras procesales

El Tribunal Constitucional del Perú, a través de su jurisprudencia ha creado, desarrollado o adoptado diversas figuras o herramientas procesales que han sido útiles para cumplir con su función de garante y máximo intérprete de la Constitución. En ese sentido, al ser las sentencias estructurales una innovación jurisprudencial de reciente data y, además, cuyos lineamientos de emisión no han sido dictados por el Tribunal de manera clara y explícita, pese a su incorporación tácita en el ordenamiento jurídico constitucional, se requiere evidenciar su singularidad frente a otros conceptos procesales que pueden generar confusión. De ese modo, se realizará un análisis comparativo entre este tipo de sentencia - a partir de la definición dada -, la sentencia exhortativa y el precedente constitucional.

3.1. Las sentencias exhortativas

Para una mejor comprensión de lo que es una sentencia exhortativa y a fin de entablar las diferencias - o semejanzas - con una sentencia estructural con mayor exactitud, resulta útil el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano, de fecha 6 de julio de 2021, en el expediente 02383-2019-PA/TC. En él, el órgano jurisdiccional conoce el recurso de apelación por salto interpuesto por Carmen Chávez Cabrera contra el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima por haber declarado - en ejecución de sentencia - cumplidas las órdenes emanadas en el expediente N° 03228-2012-PA/TC, pese a que no se había ejecutado la exhortación dada por el Tribunal.

En efecto, en el 2016, el Tribunal Constitucional expidió una sentencia exhortativa en el proceso de amparo seguido por la señora Chávez contra Essalud, recaído en el referido expediente N° 03228-2012-PA/TC. En dicha sentencia, se declaró la existencia de vicios constitucionales en la política pública de reúso de “dispositivos médicos de un solo uso” (DMUS), la cual había sido suspendida, pero aún persistía la no información a los

pacientes receptores de la referida política que podían padecer alguna enfermedad a causa de ello. Así, el Colegiado exhortó a la entidad a adoptar un plan para informar a tales pacientes, a fin de determinar un vínculo de causalidad entre cualquier enfermedad que padecieran y el uso de este material médico, en aras de resguardar su derecho a la salud.

En la etapa de ejecución de la sentencia, a más de un año de su emisión, la demandante solicitó se cumpla con la exhortación. Sin embargo, el Quinto Juzgado Constitucional mediante Resolución N° 21, de fecha 21 de diciembre de 2017, declaró improcedente la solicitud, dado que señaló que las sentencias exhortativas carecen de efectos vinculantes en la medida que se tratan de sugerencias o recomendaciones. Ante ello, la demandante interpuso un recurso de apelación por salto, figura procesal que permite poner en conocimiento del Tribunal Constitucional que el juez de primera instancia encargado de ejecutar su sentencia, no está cumpliendo con su obligación.

A partir de ello, el Pleno del Tribunal aprovechó la oportunidad para sistematizar las exhortaciones que ha venido emitiendo a lo largo de su jurisprudencia, dando como resultado la siguiente clasificación.

A. Primer supuesto: Exhortaciones frente a una declaración de “incompatibilidad constitucional”

Este supuesto ocurre cuando se está en un escenario en el que una regulación normativa o una determinada actuación contraviene a la Constitución, pero el Tribunal Constitucional le otorga la oportunidad a la entidad demandada para que sea ella quien anule la disposición normativa o corrija su actuación. De esa manera, si bien se declara la existencia de una incompatibilidad constitucional, no se dicta ninguna orden concreta ni declara la nulidad de la norma, por lo que los efectos de dicha declaratoria de incompatibilidad son postergados.

En ese sentido, el Alto Tribunal confía en que será el órgano demandado quien actúe para revertir dicha situación inconstitucional. Por esta razón, se limita a expedir una orden declarativa, utilizando una formulación exhortativa para demostrar el respeto al principio de separación de poderes, poniendo en conocimiento de la incompatibilidad e invitándole a que la reformule. Sin embargo, dicha invitación tendrá carácter obligatorio.

B. Segundo supuesto: Exhortaciones como sugerencias

En este caso, el presupuesto para emitir una sentencia exhortativa es la ausencia de una conducta o legislación contraria a la Constitución, pero cuya constitucionalidad es frágil. Por ello, el Tribunal brinda sus recomendaciones para superar dicha precariedad constitucional. En ese sentido, el Tribunal le sugiere a un funcionario, órgano o entidad pública, sin efecto vinculante, que en el ejercicio de sus competencias y con respeto a la Constitución, corrija o modifique una normativa o la manera cómo viene ejerciendo sus funciones.

Por ejemplo, existen diferentes procesos de hábeas corpus en los que si bien el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda terminó recomendando al Poder Judicial para que, respecto al demandante privado de su libertad, se tramite preferentemente su proceso por la naturaleza de su caso y así se emita una sentencia oportuna (ej. TC, Exp. 02833-2008-HC, 2009; Exp. 02675-2008-HC, 2009; exp.02670-2008-HC, 2009). Ahora bien, en el caso específico de las demandas de inconstitucionalidad, en escenarios en los que no se está ante una inconstitucionalidad de una disposición, pero cuyo significado puede mejorarse para optimizar los valores o derechos que la sostienen, las exhortaciones también sirven para proponer interpretaciones que cumplan con dicho fin.

C. Tercer supuesto: Exhortaciones frente a una declaración de inconstitucionalidad normativa o por lesiones de derechos

En este último supuesto, se está ante una situación inconstitucional normativa o un acto lesivo de derechos fundamentales que requieren de exhortaciones vinculantes y de obligatorio cumplimiento. A modo de ejemplo, el Tribunal hace referencia a las sentencias fundadas en las que exhortó a la autoridad demandada a que se abstenga de incurrir en las mismas prácticas inconstitucionales o que no repita con otras personas el mismo acto que causó la lesión de derechos. Asimismo, dentro de este supuesto, menciona a las sentencias exhortativas dadas en el marco de la declaración de un ECI e, incluso, hace mención a dos sentencias que califica como estructurales, sin brindar un mayor desarrollo.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional añade que en este contexto las exhortaciones “son medidas orientadas a que la autoridad, tras un análisis que ha establecido la existencia de un vicio o un déficit de constitucionalidad, actúe en

determinado sentido, pero hallando sus propios medios dentro del marco de lo esclarecido en la sentencia” (TC, 02383-2019-AA, 2021, Fund. 18). Justamente por ello, se enfatiza en que, tanto en el primer como en este último supuesto, en los que sí hay un problema de inconstitucionalidad, no es factible calificar a las exhortaciones como no vinculantes.

En consecuencia, se afirma que el verbo “exhortar” se utiliza como una muestra de respeto a las competencias de los demás poderes del Estado. De esa manera, el empleo de la etiqueta “exhortativo” permite fortalecer los principios de cooperación, lealtad constitucional y corrección funcional, pues aún las autoridades estatales mantienen su margen de discrecionalidad al elegir los medios para cumplir con la exhortación.

Una vez explicado estos tres supuestos, como punto de partida común, se advierte que las órdenes en toda sentencia exhortativa tienden a enmarcarse en la categoría de “remedios débiles”, pues se caracterizan por su amplitud o por restringirse a declarar la existencia de un acto contrario a la Constitución, señalando que no se continúe con dicha práctica; sin aportar más directrices. Por el contrario, en las sentencias estructurales, tal como se ha afirmado, pueden dictarse tantos remedios débiles (declarativas), fuertes (prescriptivos) y moderados (dialógicos); aunque se ha decidido por la idoneidad solo de estas dos últimas.

Ahora bien, de manera específica respecto al *primer supuesto habilitante*, se tiene que el problema constitucional se encuentra circunscrito a una incompatibilidad con la Constitución que no puede ser declarada como inconstitucional o anulada de manera inmediata. Esto en razón de que ello podría generar un impacto negativo mayor en el funcionamiento de la sociedad, por lo que las exhortaciones adoptan la forma de una orden declarativa en la que se pone en aviso a la parte demandada que debe modificar la regulación normativa o la conducta que ha sido objeto de control.

En contraposición, en una sentencia estructural, el problema constitucional recae en una vulneración prolongada y reiterada de derechos fundamentales en perjuicio de un grupo de personas en situación de vulnerabilidad - condiciones de resultado - como consecuencia de condiciones de proceso estructurales que involucran a un Estado indiferente; siendo una manifestación extrema de un acto contrario a la Constitución. Por ese motivo, no cabe la posibilidad de dejar ese estado de cosas injusto como una mera incompatibilidad ni pausar los efectos del diagnóstico realizado ni dejarlo sin un

seguimiento continuo, pues tal decisión ocasionaría la validación de la deshumanización de determinados sujetos mediante el despojo de sus derechos.

Por otro lado, cuando se trata de una incompatibilidad normativa, la sentencia exhortativa contiene el control en abstracto de la legislación; mientras que, una sentencia estructural, los lineamientos para la protección de derechos fundamentales. Por tanto, las órdenes estructurales tienen como objeto a una política pública que necesita la intervención de diferentes entidades públicas para su ejecución; en cambio, la exhortación en este caso busca la sustitución de una normativa contraria al parámetro constitucional, por lo que hay un destinatario único identificado. Del mismo modo, frente a un acto específico que contraviene la Constitución, el Tribunal espera la corrección de la conducta por el demandado en lugar de un programa de acción que involucre a otros fuera del proceso.

Respecto al *segundo tipo de sentencia exhortativa* es evidente sus diferencias en comparación a una sentencia estructural, ya que esta aborda situaciones de precaria constitucionalidad, más no un estado de cosas definitivamente contrario a la Constitución. Debido a ello, las exhortaciones - por decisión del Tribunal Constitucional peruano - vienen siendo “consejos institucionales”, es decir, “no una sentencia estimatoria o desestimatoria con capacidad de ‘*executio*’, sino una resolución que abre el espacio a la reflexión para que el obligado dé cumplimiento voluntario al hecho que se ha determinado” (Amaya, 2018, p. 3). En contraposición, la sentencia estructural en su conjunto es de obligatorio cumplimiento.

No obstante, cabe recordar que, si bien en esta sentencia exhortativa no se ha determinado la existencia de algún acto lesivo, sí se está dando aviso de que en un futuro ello podría suceder. Entonces, puede darse que en un proceso concreto de tutela de derechos se evidencien indicios de la posible gestación de un estado de cosas injusto de carácter estructural; por ende, emite una exhortación en que se le aconseja adoptar acciones positivas antes de que incurra en violaciones constitucionales. Esto, sin duda, puede servir para que - posteriormente - ante nuevos casos similares, el Tribunal advierta el nivel de renuencia de las entidades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones.

Sobre el *tercer supuesto*, su estructura es sumamente amplia; no obstante, cabe enfocarse en *tres subtipos* dentro de este grupo de sentencias exhortativas. En primer

lugar, se tiene a las exhortaciones ante una *inconstitucionalidad (declarada) normativa*, las mismas que se encuentran dirigidas a destinatarios específicos para que reparen los vicios de constitucionalidad advertidos y expidan una nueva normativa; dejando a su discrecionalidad el cómo hacerlo. Por ende, de manera similar al supuesto de incompatibilidad constitucional normativa, no se observa los procesos institucionales complejos presentes en una sentencia estructural que requieren de una multiplicidad de actores para remover las causas estructurales y superar la vulneración grave y reiterada de derechos que ocasionó.

En segundo lugar, se identifica un subgrupo que contiene las exhortaciones como respuesta a la *vulneración de derechos subjetivos a partir de los hechos concretos* de la demanda. Por ejemplo, frecuentemente el Tribunal advertía en los hábeas corpus que el tiempo transcurrido del proceso penal había excedido, exhortando al Poder Judicial que emitiera pronunciamiento (ej. Exp. N° 00134-2014-PHC, 2015). De igual modo, dictó una exhortación a Essalud para que dejara de condicionar la atención médica al resultado de la investigación administrativa sobre la regularidad de la afiliación del paciente pues ponía en peligro su vida (Exp. N° 02034-2009-PA, 2019); o, desde una dimensión positiva, exhortaba a que se hiciera lo contrario al acto lesivo (Exp. N° 03386-2009-PHC, 2009).

Así, en este subtipo, el Tribunal identifica un acto contrario a los derechos fundamentales del demandante, que se circunscribe a su esfera subjetiva. En ese sentido, utilizando la fórmula exhortativa por cortesía constitucional, pone en aviso a la entidad responsable en específico para que restablezca el derecho lesionado, con efectos interpartes; o, se detenga de seguir realizando dicha conducta y actúe como debe, lo cual generará efectos indirectos en las demás personas, ya que esa actuación queda proscrita.

Al contrario, en una sentencia estructural cuyo problema constitucional aborda una situación jurídica común de desigualdad estructural se tiene indefectiblemente remedios de alcance general y que requieren la intervención positiva, inclusive de entidades públicas no demandadas. De esa manera, se busca resguardar también, como se ha mencionado anteriormente, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y que los poderes públicos cumplan con sus mandatos de actuación.

En tercer lugar, se tiene el subgrupo de las *exhortaciones que involucran un ECI*, una

política pública o una violación masiva de derechos fundamentales de un conjunto de personas, lo que puede resultar problemático en la medida que vienen siendo factores relevantes en la composición de una sentencia estructural. Sin embargo, esto permitirá realizar las siguientes precisiones y afianzar determinadas particularidades de esta última.

Para ello, es relevante lo expuesto por el ex magistrado constitucional Espinosa-Saldaña en su fundamento de voto en el expediente N° 04539-2012-PA/TC, del año 2017. En dicho caso, el acto lesivo de derechos devenía de la interpretación realizada por la SUNAT de un artículo del Decreto Supremo N° 012-92-TR, que aprobaba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 713 sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Es así que, el sindicato de dicha institución argumentó que se estaban afectando sus derechos laborales (al descanso y remuneración) de manera reiterada al establecerles horarios de trabajo en días feriados entre otros. Ante tal hecho, el Tribunal declaró un ECI y la orden para reparar dicho problema constitucional se limitó a que se realizaran ciertas modificaciones siguiendo el razonamiento del Colegiado.

Frente a esta declaratoria, el ex magistrado trató de evocar la función primigenia del ECI y señaló que el caso materia de pronunciamiento respondía a una “*situación de hecho inconstitucional*” y no a un ECI que aborda problemas constitucionales de carácter estructural. Toda vez que, si bien pueden compartir características entre sí, como la existencia de una violación de derechos fundamentales de un grupo de personas, la causa que la genera es diferente. Debido a que la sentencia exhortativa no se enfrenta a patrones de exclusión reforzados por un bloqueo institucional prolongado en el tiempo de tal modo que dé como resultado una violación grave de derechos que necesita el despliegue del aparato estatal y no solo acciones concretas de instituciones u órganos específicos.

Más allá del debate en torno a la figura del ECI y los fines que persigue, lo cierto es que esta herramienta procesal ha venido siendo utilizada por el Tribunal peruano para extender los efectos de sus decisiones, cuando el problema constitucional - en realidad - sería equiparable a una situación de hecho inconstitucional. Por ello, cabe reiterar que en el Perú no toda sentencia estructural contiene un ECI ni toda declaratoria de un ECI genera una sentencia estructural.

De igual manera, otro aspecto importante de explicar trata sobre la misma sentencia exhortativa que motivó el recurso de apelación por salto interpuesto por Carmen Chávez Cabrera, la cual también permitirá afirmar que no todo control constitucional de políticas públicas termina en una sentencia estructural ni el que se exhorte la modificación o corrección de una implica ello. Efectivamente, en estos hechos, se identificó que no se había previsto el derecho a la información en la política pública de reúso de dispositivos médicos de un solo uso, por lo que debía producirse la rectificación del déficit identificado que afectaba no solo a la demandante.

Claramente se está ante una conducta estatal deficiente que debe ser corregida para superar el déficit constitucional identificado en la política pública. Pero, como se puede advertir, no se trata de un bloqueo institucional que se suma a las dinámicas de exclusión y desigualdad estructural en perjuicio de determinados sujetos o colectivos. Por ende, resulta suficiente que Essalud, como entidad demandada, realice los cambios exhortados por el Tribunal Constitucional, quien le otorga un margen de discrecionalidad amplio para que cumpla su mandato y se convierte en un supervisor externo de la modificación de la política pública con un nivel de activismo moderado.

Por tal motivo, una situación de hecho inconstitucional no requiere del nivel de complejidad de los remedios estructurales ni le otorga el grado de gravedad del que se reviste las condiciones de resultado en una sentencia estructural. Por consiguiente, una exhortación con la estructura de una orden declarativa sería una respuesta proporcional para abordar situaciones de vulneración masiva de derechos fundamentales como consecuencia de actos concretos de determinados actores estatales.

Por las razones expuestas, cabe precisar que una sentencia que ha sido catalogada como una exhortativa puede ser, en los hechos, una sentencia estructural si es que el Tribunal Constitucional ha realizado la labor de diagnóstico de las condiciones - de proceso y resultado - que configuran el *statu quo* injusto que habilita su expedición. Sin embargo, opta por la fórmula exhortativa justamente por la ausencia de un desarrollo pleno de las sentencias estructurales, de lo que son y en qué consisten. Por ejemplo, en el caso ya analizado de los pobladores de La Oroya (TC, Exp. 2002-2006-PC/TC, 2006), se usó la fórmula exhortativa ante el problema estructural de contaminación por la minería cuando se podía aprovechar el potencial de los remedios estructurales.

Ahora bien, respecto a la facultad de seguimiento, ante la diversidad de clases de sentencias exhortativas, convendría determinar qué casos requieren un seguimiento y qué tipo sería el idóneo para cada uno; no obstante, esta es una pregunta cuya respuesta escapa de los límites de la presente investigación. Pese a lo mencionado, cabe recordar que, en la actualidad, uno de los criterios para que una sentencia sea incluida en el Sistema de Supervisión del Tribunal Constitucional es que contenga exhortaciones, por lo que, *prima facie*, podría tratarse de una semejanza que comparta con una sentencia estructural.

De ese modo, si bien se presentan ciertas similitudes entre una y otra sentencia, es imprescindible que el Tribunal Constitucional comience a distinguirlos a fin de que ordene la tipología de sus sentencias. Ello evitará que se siga desconociendo el nivel de gravedad del problema constitucional que habilita una sentencia estructural; así como, logrará que los remedios que se adopten realmente sean idóneos y se abra espacio a un seguimiento fuerte que garantice el trabajo articulado, organizado y colectivo de actores sociales y políticos. Así, el diagnóstico del problema constitucional es una etapa fundamental para decidir el remedio a ordenarse y proveer de legitimidad el grado de intervención de la autoridad jurisdiccional.

3.2. Precedente constitucional

Se ha enfatizado en que, a partir de determinados hechos concretos puestos a conocimiento del Tribunal Constitucional, este puede ir más allá e identificar un estado de cosas injusto que sirve como presupuesto para que se expida una sentencia estructural. Ante ello, emite órdenes de alcance general que involucran al aparato estatal en su conjunto, sobrepasando la esfera del caso particular. Por su parte, una sentencia que contiene un precedente constitucional también busca exceder los límites del caso en concreto a fin de que vincule a todos los poderes públicos y privados. No obstante, las razones detrás y las características de cada uno son plenamente diferenciables.

Como punto de partida, la sentencia estructural, como su mismo nombre lo evidencia, es un tipo de sentencia en el que se identifica un estado de cosas injusto compuesto por determinadas condiciones de proceso y resultado; frente a lo cual, se dictan remedios para afrontarlo cuya eficacia no se restringe a los sujetos procesales; y, además, para su completo perfeccionamiento, exige una etapa de seguimiento. En contraposición, el

precedente ha sido definido como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general [...]” (TC, Exp. 0024-2003-AI/TC, 2005).

En efecto, tanto en el anterior (2004) y actual (2021) Código Procesal Constitucional, en sus artículos VII y VI respectivamente, se ha positivizado que, en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano con calidad de cosa juzgada, este tiene la posibilidad, con el voto de cinco de los siete magistrados, de enunciar el extremo de la sentencia que constituye precedente. Ahora bien, su presencia solo será posible si ocurren ciertos supuestos de hecho que, evidentemente, resultan diferentes a las condiciones de orden estructural y las condiciones de resultado ya analizadas que habilitan la emisión de una sentencia de carácter estructural, lo cual conlleva a la primera diferencia sustancial.

En el caso específico del Perú, el Alto Tribunal ha desarrollado cuáles son los presupuestos - no concurrentes - para que se establezca un precedente. Primero, la existencia de decisiones contradictorias. Segundo, la aplicación indebida de una norma integrante del bloque de constitucionalidad. Tercero, la presencia de un vacío normativo. Cuarto, la concurrencia de diversas interpretaciones; y, finalmente, ante la necesidad de un cambio de precedente (TC, Exp. 0024-2003-AI/TC, 2005).

En ese sentido, el precedente constitucional surge ante la exigencia de que en casos idénticos o similares se resuelva bajo un mismo criterio, sustentado en los principios de igualdad en la aplicación de la ley, seguridad jurídica y predictibilidad. Así, se busca crear una regla general compuesta por determinados supuestos de hecho que deben ser abordados de cierta manera. Y, es que, ante casos que revisten de gran importancia pero que han venido recibiendo un tratamiento disparate o que ante la avalancha de casos similares o iguales pueden generar un abordaje no uniforme por la autoridad jurisdiccional, se requiere la extracción de una regla general y abstracta (Landa, 2010). De ese modo, se está uniformizando la jurisprudencia, dotando de orden y coherencia.

Esto deriva en una segunda diferencia concreta, consistente en que el precedente tiene la estructura de una regla, es decir, si se presentan las circunstancias A y B, corresponde aplicar los criterios C y D; o, si se está ante un supuesto de hecho X entonces W y Z; lo cual se distancia del tipo de órdenes que emanan de una sentencia estructural. Así, más que generar planes de acción o implementar programas afirmativos por parte del poder político, los precedentes constitucionales están abocados a lograr que ante casos que

compartan las mismas características o sean similares, se le aplique un mismo parámetro de razonamiento para su solución.

Por ello, Grandez (2007) señala que los precedentes se insertan en una clase de “Derecho de reglas, convirtiendo de este modo al Tribunal en una suerte de ‘legislador jurisprudencial’ que aporta verdadero Derecho escrito al conglomerado del orden jurídico a través de sus interpretaciones de la Constitución o eventualmente también de la ley” (p. 93). Siendo que, autores como Landa (2010) consideran que los precedentes constitucionales ostentan un “carácter supralegislativo, pero infraconstitucional” (p. 226), aunque enfatiza que detrás no está una visión jerárquica, sino comprender la función del Tribunal de incorporar un mandato legal o suplir un vacío de este a través de la normativa constitucional.

A pesar de la discusión en torno a su posicionamiento en el sistema de fuentes, lo cierto es que los precedentes constitucionales tienen efectos normativos que, además - como piso mínimo - se asemejan a los de una ley, por lo que sus efectos vinculantes son *erga omnes*; lo cual coincide con sus características de generalidad y abstracción. De esa manera, la regla establecida por el Tribunal debe ser respetada y aplicada por todos los órganos jurisdiccionales, incluyendo al mismo Tribunal; así como, toda autoridad pública y la sociedad en general.

En atención a ello, si bien las órdenes estructurales también son dictadas a partir de un caso particular con efectos vinculantes, estas necesitan el despliegue de actuaciones y el trabajo coordinado de diferentes instituciones públicas. Por el contrario, el precedente constitucional está enfocado en la resolución de casos que compartan características idénticas o similares; y, por lo tanto, requieren un mismo marco de razonamiento para su solución, ya sea en la vía jurisdiccional, administrativa, entre particulares u otras esferas. De esa forma, más que buscar remover un bloqueo institucional como el presente en un problema constitucional de carácter estructural, se centra en su capacidad legislativa para otorgar predictibilidad y seguridad jurídica.

En consecuencia, los precedentes constitucionales carecen de cualquier tipo de flexibilidad, en la medida que es una regla que podrá ser aplicada o no, sin que haya un margen de discrecionalidad. Si concurren los supuestos de hecho previstos en la regla entonces se deberá cumplir con las consecuencias previstas para ese tipo de situaciones. Cabe precisar que, si bien los mismos magistrados pueden modificar sus

precedentes, esta potestad de cambio está en el campo enteramente del Tribunal Constitucional y debe cumplir estrictos requisitos, pues la idea detrás del precedente es su carácter definitivo, que brinde la predictibilidad que el justiciable necesita.

De esa manera, con la sentencia que contiene el precedente culmina el proceso constitucional y la competencia del Tribunal, por lo que no se prevé una etapa de seguimiento. Así, no se advierte la presencia de ningún espacio que inaugure un intercambio o debate; o, que se deba discutir algún aspecto de su ejecución como sí se necesita imperativamente en una sentencia estructural.

Cuadro resumen N° 01

	Sentencias estructurales	Precedente	Sentencias exhortativas
Tipo de proceso	Predominantemente procesos de tutela de derecho ¹⁸	Todos los procesos constitucionales	Todos los procesos constitucionales
Supuesto habilitante	Condiciones de proceso y resultado	<ul style="list-style-type: none"> a) Existencia de decisiones contradictorias. b) Aplicación indebida de una norma integrante del bloque de constitucionalidad c) La presencia de un vacío normativo. d) Concurrencia de diversas interpretaciones. e) Cambio de precedente. 	<p>Primer supuesto:</p> <p>Incompatibilidad constitucional cuya nulidad o declaración de inconstitucionalidad inmediata traería consecuencias gravosas</p> <p>Segundo supuesto:</p> <p>Precariedad constitucional</p> <p>Tercer supuesto:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Inconstitucionalidad normativa b) Lesión de derechos

¹⁸ Al respecto, cabe recordar la precisión realizada en el acápite 2.1.1, "detección del problema constitucional", de la presente investigación en cuanto a la posibilidad de que en el marco de un proceso de inconstitucionalidad se presenten las condiciones de proceso y resultado que habiliten la expedición de una sentencia estructural.

			(dimensión subjetiva) c) Situación de hecho inconstitucional
Tipo de mandato	Órdenes prescriptivos unidireccionales (fuertes) o moderados (dialógicos) con relación a políticas públicas	Regla	Orden declarativa
Seguimiento	Seguimiento propio fuerte	No tiene	Seguimiento propio
Efecto	Vinculante	Vinculante con rango de ley	Vinculante Sugerencia o recomendación

En conclusión, en este segundo capítulo, se ha adoptado una definición de sentencia estructural, considerando los componentes presentes en su fuente de origen proveniente del constitucionalismo norteamericano; así como, del trasplante realizado por la Corte Constitucional de Colombia. De ese modo, esta sentencia involucra: i) el diagnóstico de un estado de cosas injusto compuesto de ciertas condiciones de proceso estructurales - causas -; y, condiciones de resultado - efectos; ii) el establecimiento de órdenes complejas y prospectivas, desde un enfoque moderado o dialógico hasta uno fuerte, que implican procesos institucionales concretizados en políticas públicas; y, iii) un seguimiento fuerte hasta revertir el problema constitucional detectado.

Esta definición, a su vez, ha permitido su distinción con otras herramientas procesales utilizadas por el Tribunal Constitucional peruano como el precedente constitucional o las sentencias exhortativas en su diversidad. Aunque, el análisis de esta última ha evidenciado las consecuencias de no tener criterios claros y uniformes sobre las figuras que se emplean, causando que se use una fórmula exhortativa cuando en realidad se requería la emisión de una sentencia estructural.

III. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES Y SU INCIDENCIA EFECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

En este último capítulo se presentarán a las sentencias estructurales como instrumentos idóneos para reivindicar los derechos sociales en el Perú. Dado que, su utilización - adecuada - permitirá que el Tribunal Constitucional peruano se convierta en un generador de políticas públicas capaces de transformar realidades en el marco de un Estado Constitucional-Convencional de Derecho.

Para comprobar tal afirmación, por un lado, se visibilizarán los principales impedimentos para la efectividad en el plano pragmático de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales en el país. Y, por el otro lado, se analizará de qué manera una sentencia estructural puede abordar dichos obstáculos al habilitar la participación del Tribunal Constitucional como decisor en cada una de las fases de construcción de una política pública.

3.1 Principales obstáculos que impiden la concreción de los derechos sociales en el Perú

Después de una lucha histórica, conforme lo detallado en el primer capítulo, resulta incontrovertible el reconocimiento de los derechos sociales como parte del catálogo de derechos fundamentales existente en el ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, este logro no es suficiente si es que, en los hechos, estos continúan siendo tratados como meros derechos programáticos, principios orientadores o recomendaciones que pueden o no ser cumplidas, sobre todo por parte de las autoridades públicas.

Justamente por ello, se han identificado tres principales obstáculos que contribuyen a que el carácter fundamental de los derechos sociales se mantenga solo en el plano formal en el Perú. En primer lugar, su proceso de mercantilización; en segundo lugar, la falta de umbrales para determinar su cumplimiento efectivo, teniendo en cuenta el principio de progresividad que los caracteriza; y, finalmente, la ausencia de inclusión de los y las sujetos que requieren con mayor ímpetu el goce de estos derechos.

3.1.1. El proceso de mercantilización de los derechos sociales

El haber optado no solo por un Estado Constitucional y Convencional de Derecho sino también por un Estado Social en los términos planteados en el capítulo primero implicaría que la libertad y la igualdad dejaron de ser conceptos contrapuestos. No

obstante, la visión económica neoliberal, difundida en el año 1970 a partir del Consenso de Washington, continuó siendo defendida y perpetuada por sus beneficiarios: las oligarquías empresariales (Fariñas, 2015).

Debido a ello, la mayoría de personas, en la práctica, continúa estando inmersa en condiciones de pobreza y desigualdad; siendo que, el goce de derechos constituye la realidad de solo unos pocos. En consecuencia, pese a los esfuerzos teóricos, “el Estado Social, el Estado de la Justicia Social, ha nacido cuestionado (e impugnado) por aquellos sectores del derecho, de la economía y de la política que flamea la bandera del Estado mínimo [...]” (Ribotta y Rossetti, 2015, p.12).

En este contexto es que resulta relevante abordar el denominado *proceso de mercantilización* enfocado en los derechos sociales. Para entender este proceso, cabe recordar al filósofo Karl Polanyi, uno de los más importantes críticos de la economía liberal del siglo XX con su obra “La gran transformación: Crítica del liberalismo económico” de 1994, quien desarrolló el concepto de mercantilización como aquel movimiento de liberación económica en el que determinados bienes y servicios comenzaron a ser tratados como mercancías cuando no lo eran. Debido a ello, dicho autor las califica como “*mercancías ficticias*”, dando como ejemplos al trabajo, la tierra y el dinero (Britos, 2015).

En efecto, Polanyi - citado por Britos (2015) - explica que una mercancía viene siendo algo que ha sido creado para la venta. Por tal motivo, las mercancías ficticias son, como su mismo nombre lo indica, una ficción porque estos bienes o servicios no han sido producidos para ser vendidos sino que su existencia es dependiente a la vida misma, es decir, su propósito es sustancial al desarrollo del ser humano y a sus relaciones sociales. De esa manera, cualquier decisión que recaiga sobre una mercancía ficticia incidirá de forma directa en la persona humana como su poseedor; por lo que, toda manipulación indebida o uso indiscriminado puede afectar al individuo.

En consecuencia, esta ficción creada es problemática pues conlleva a aplicar la lógica del mercado en el tratamiento de estas mercancías ficticias, olvidando su naturaleza real; más aún, cuando se propugna un mercado autorregulado. En esa línea, Britos (2015) explica las razones por las cuales es nocivo y autodestructivo utilizar la ley de mercado cuando se está frente a este tipo de mercancía, ya que cualquier acción negativa conlleva a atacar al mismo ser humano y, con ello, a la sociedad de la que es parte.

En primer lugar, el dinero se convierte en el móvil de las transacciones, por lo que el vendedor buscará exclusivamente generar la mayor ganancia que le sea factible. En segundo lugar, se tiene como eje central al precio, el cual será determinado según el mercado, esto es, a la oferta y la demanda. En tercer lugar, este precio terminará definiendo lo que conviene producir y en qué orden se realiza; así como, su distribución quedará supeditada a la capacidad que tengan los sujetos para pagar dichos precios, afectando de forma directa a las personas sin el poder adquisitivo suficiente. Finalmente, el Estado no podrá cruzarse de ningún modo en la fijación de precios pues para dicha labor estarán las fuerzas de la oferta y la demanda. Por ello, solo debe intervenir mediante políticas desde y para el mercado.

Lamentablemente, a partir de fines del siglo XX se observa cómo la mercantilización ha conseguido extender las relaciones capitalistas hacia diversos temas (Echaide, 2012), en especial, respecto a los objetos de protección de los derechos sociales como la educación, vivienda, salud entre otros; aprovechándose de que requieren de prestaciones materiales para su plena satisfacción. De esa manera, se les califica como aptos para ser asignados con un valor de cambio desde un enfoque mercantil; pese a su vinculación intrínseca con la dignidad humana.

Esta situación podría ser mínimamente defendida si es que, siguiendo el modelo de Estado Constitucional-Convencional Social que se ha optado formalmente en el Perú, se hubiera decidido por una política de regulación económica intermedia que buscara conjugar eficiencia y equidad a efectos de resguardar los derechos fundamentales de todos y todas. Sin embargo, nuevamente se está ante un discurso que no se concretiza, en la medida que la política económica en general no ha podido conciliar la eficiencia con la asignación en equidad de los recursos públicos y, en específico, el presupuesto público no se ha consolidado como una herramienta en favor de los derechos (García Cobián, 2015).

En ese sentido, se debe tener presente que una postura económica puramente eficientista se sustenta en una visión utilitarista. De ese modo, ante recursos escasos, se piensa que estos deben lograr su máxima utilidad; por consiguiente, su utilización debe estar dirigida a las fuerzas del mercado más productivas. Por ende, cualquier limitación generaría mayores costos y, con ello, decisiones ineficientes. Entonces, cabe preguntarse qué sucede con los sectores “menos productivos”, pues la no asignación de recursos son los “costos” que se deben asumir, debiendo esperar un “efecto rebote”

que trate de subsanar aquellas fallas. Es así que, el proceso económico gira alrededor del individuo, midiéndose el éxito en dichos términos (Gómez, 2012).

Debido a ello, se puede afirmar que es sumamente peligroso que los bienes y servicios que resguardan los derechos sociales se hayan visto agregados a la agenda de regulación comercial, valiéndose de la dimensión prestacional dominante que los caracteriza y la anuencia de un Estado pasivo. Puesto que, convierte en un privilegio el disfrute de los mismos en beneficio de determinados sectores con alta capacidad económica que pueden ingresar al juego del mercado, en lugar de buscar un disfrute universal y otorgar una atención prioritaria a los y las más vulnerables. Siendo que, hasta la fecha, la educación, la vivienda, la salud, la alimentación entre otros continúan como parte del catálogo de mercancías ficticias sujetas al mercado, sin que haya sido posible extraerlas.

Para una mejor comprensión, en el Perú, se cuentan con dos ejemplos concretos de la mercantilización de los derechos sociales: la salud y la educación. El aspecto común entre ambos recae en que la misma organización estatal ha favorecido a la expansión mercantil de estos bienes, sin importarles su reconocimiento como derechos fundamentales y desconociendo que el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana al reproducir y favorecer este tipo de interacción social que permite la distribución desigual dentro de la misma sociedad (Abril, 2015).

En este aspecto, cabe remontarse a 1990, cuando el ex presidente Alberto Fujimori comenzó a implementar una serie de reformas neoliberales que implicaron no solo el corte de subsidios sino también la austeridad del gasto público y la restricción al Estado de participar en el desarrollo económico y social como agente activo. Por lo tanto, entre 1990-1991, el gasto público en educación y salud respondió solo al 2.3% del PBI, la menor tasa en América Latina. Asimismo, el Estado comenzó a difundir la lógica mercantil al promover la creencia de que mantener una buena salud era una responsabilidad individual; por ello, ante situaciones de enfermedad, no se debía exigir al Gobierno que intervenga (Valdivia, 2017).

Si bien después del restablecimiento de la democracia con la caída de la dictadura fujimorista, el Perú fue reconocido plenamente como un Estado Social gracias al Tribunal Constitucional en el año 2003 (exp.0008-2003-AI/TC), el legado neoliberal, en la práctica, ha logrado mantenerse vigente. Una prueba de ello es la Constitución actual de 1993, en la que - como se ha visto - se eliminó el reconocimiento expreso de ciertos derechos sociales y los que se mantuvieron fueron ubicados afuera del listado de

derechos fundamentales del artículo 2; así como, se establecieron reglas de juego que elevan el estandarte del Estado mínimo (subsidiario) y la garantía del mercado.

Además, en cuanto a la salud, la crisis sanitaria como consecuencia del Covid-19 reveló, de manera indubitable, el enfoque mercantil de la salud imperante en la actualidad y la complicidad del Estado al ofrecer un sistema público deficiente. Para evidenciar ello, se tiene que la Defensoría del Pueblo, en el 2020, alertó no solo la falta de camas UCI, oxígeno y pruebas de descartar en los centros de salud públicos sino también que las clínicas privadas estaban condicionando el otorgamiento de un tratamiento médico al pago de determinadas sumas de dinero.

Ante esta situación, los medios de comunicación comenzaron a transmitir historias de desesperación, dado que las clínicas llegaron a pedir entre los 100 mil y 700 mil soles por los servicios prestados, siendo que al 23 de junio del 2020, según la Plataforma Ciudadana para la Formulación en Políticas Públicas en Salud y Derechos Humanos, 661 pacientes reportaron los cobros abusivos de los que venían siendo víctimas (Torres, 2020). Asimismo, un informe periodístico de Ojo Público (2020) recogió el testimonio de Bruno, quien relató que, ante el colapso del sistema de salud pública, acudió a la Clínica Delgado, donde le pidieron S/25 mil soles para internarlo y le dijeron que si no aceptaba y le ocurría algo al salir de la clínica, esta no sería responsable.

Aunado a ello, se visibilizó cómo las aseguradoras Rímac Seguros, Pacífico, Mapfre y La Positiva llegaron a triplicar sus tarifas mensuales para acceder a un seguro que incluyera el tratamiento médico por Covid-19, estableciendo como un tope máximo de S/50 mil soles para la atención médica (Ojo Público, 2020); cifra que en comparación a las sumas de dinero que venían cobrando resultaba un piso mínimo, siendo que el monto restante debía ser asumido por el asegurado. Estos hechos de aprovechamiento se repitieron respecto al oxígeno medicinal, cuya producción se concentraba mayoritariamente en dos empresas, ya que al convertirse en un bien indispensable en el contexto de pandemia, el precio de los balones de oxígeno aumentó excesivamente (Defensoría del Pueblo, 2020).

Por otra parte, el Centro Especial de Monitoreo del Indecopi (2022) registró múltiples reportes de ciudadanos debido al alza de medicamentos genéricos y su desabastecimiento en plena tercera ola por coronavirus. Asimismo, aunque no prosperó, resulta ilustrativo recordar la propuesta de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep, 2021), quien planteó la idoneidad de que agentes privados adquirieran las vacunas contra el Covid-19, pese a ser un bien común escaso.

Esto reveló una vez más la pugna por extender sobre nuevos bienes las relaciones mercantiles, basados en la idea neoliberal de que el mercado es el mejor mecanismo para el crecimiento económico, la asignación de recursos y la distribución de riquezas (Echaide, 2012).

Este breve estado de cosas revela la aplicación de la lógica mercantil en asuntos relativos a la salud en lugar de un enfoque de derechos humanos, evidenciándose los riesgos de tratarla como una mercancía ficticia. Y, es que, claramente, la salud ha venido siendo concebida como un objeto de venta del cual se puede extraer la máxima ganancia posible ante un sistema de salud público ineficiente. Así, el mercado de la salud es tan rentable que ha conllevado a que grandes grupos empresariales - como Credicop y Breca, propietarios de aseguradoras Pacífico Seguros y Rímac Seguros - ocupen un rol mayoritario y preponderante en el sistema de salud privado, a través de la compra de aseguradoras, clínicas, laboratorios y centros de diagnóstico (Torres, 2020).

En pandemia, desde la lógica del mercado, resultaba consecuente que ante una crisis sanitaria que aumentaba la demanda de los servicios de atención médica y convertía en escasa la oferta, los precios se incrementarían como respuesta. Por tanto, solo quien pudiera pagar el precio establecido, podía participar de la relación mercantil que ofrecían los centros de salud privados, quienes buscaban la máxima ganancia posible gracias a la fuerza del mercado. Cabe recordar que el 23 de junio de 2020, el SIS con las clínicas llegaron a un consenso sobre la atención de los casos COVID-19 fijando una tarifa para el cobro de camas UCI y hospitalización; sin embargo, a las pocas horas, la Asociación de Clínicas rompió el acuerdo (Torres, 2020).

De ese modo, se observa cómo ante una sanidad pública en colapso, se abre paso a un sistema de salud privado en el que la salud es tratada como un bien comercial, abordando todo asunto relativo a ello desde un enfoque mercantil, tal como se visibilizó durante la pandemia. Esto pese a que el derecho a la salud ha sido reconocido como un derecho fundamental que emana de la dignidad humana, por lo que la salud debería ser extraída de la mirada absoluta de la ley de mercado.

De manera similar, en cuanto a la educación, Teresa Tovar (2020) visibiliza el proceso de mercantilización emprendido y los retrocesos, en los hechos, de la visión de la educación como un derecho fundamental en el Perú. Así, después de haber transitado por una mirada de la educación como privilegio de las élites y, posteriormente, luchar por su reconocimiento como un bien común, entre 1980 se produce una intensa

contrarreforma cuya propuesta recae en dotar a la educación de un enfoque individualista, en el que el esfuerzo individual resulta suficiente para acceder a ella, levantando las banderas de la meritocracia y el emprendedurismo, lo cual avalaría la existencia de un Estado subsidiario renuente a interceder para garantizarla.

Este pensamiento abre camino a que se le asigne a la educación un valor de cambio y que sea percibida como un servicio que puede producirse para venderse y que cada persona debería asumir su precio al ser una responsabilidad individual el alcanzar el éxito. De ese modo, el Estado refuerza dicha hipótesis al concebir a la inversión social como un mero gasto. Inclusive, en etapas de crecimiento económico, como entre los años 2000 y 2015, la inversión en educación siguió decayendo (Tovar, 2020), evidenciando la indiferencia por erradicar la idea de la educación como una mercancía ficticia y reemplazarla por una concepción de bien sustancial a la persona humana y a su desarrollo integral.

En esa línea, al año 2020, más de la mitad de los 62 mil colegios públicos carecían de servicios básicos (luz, agua y desagüe). Además, se optó por la primacía de políticas públicas focalizadas en lugar de políticas de acceso universal. Por ejemplo, el programa “Beca 18” otorga calidad educativa universitaria a 6 mil estudiantes, mientras que los y las estudiantes de universidades públicas, aproximadamente 2 millones, deben soportar las condiciones precarias en infraestructura, profesorado, etc. De igual manera, los Colegios de Alto Rendimiento (COAR) invierten en 1% del estudiantado escolar, 13 veces más en comparación a lo que se gasta en un estudiante de una escuela pública. En consecuencia, acceder a una educación de calidad se convierte en una cuestión de suerte (Tovar, 2020).

A la par de la precariedad en las condiciones educativas públicas establecidas por el Estado, este también promovió la expansión de las relaciones mercantiles hacia la educación a través de nuevas reglas de juego normativas. En efecto, cabe recordar el Decreto Legislativo N° 882, “Ley de Promoción de la Inversión en la Educación”, promulgado el 9 de noviembre de 1996 por el ex presidente Alberto Fujimori, el cual propició la apertura de un mercado lucrativo en el que se crearon múltiples colegios y universidades privadas que veían a las personas como compradores de un servicio en lugar de titulares de un derecho.

Por ello, instituciones escolares privadas, ante problemas de pago del precio establecido, optaban por impedir el acceso a clases o de exámenes (Indecopi, 2011; La

República, 2022) o, a fin de generar la máxima utilidad posible, se construían universidades con falsas fachadas (El Comercio, 2019). Sobre esto último, se tiene que las universidades han terminado adoptando una organización empresarial para la obtención de mayores beneficios, olvidando la naturaleza real del servicio que prestan. Por ejemplo, en una entrevista realizada a César Ferradas, director del Centrum PUCP Online (que ofrece doctorados y otros programas de enseñanza), manifestó que “las universidades particulares son negocios y solo se deben supervisar como empresas” (Gestión, 2014).

Así, como sostiene la socióloga peruana Tovar (2020), "la educación no pudo mantenerse ajena al devenir de la economía y del modelo de capitalismo primario exportador, extractivista, que privilegia el lucro y la concentración de ingresos en los sectores más pudientes y posterga la inversión en lo social" (p. 24). Por ende, se comienzan a construir colegios, institutos y universidades que, por un lado, retornaron a la mirada elitista de la educación asignándole un valor de cambio altísimo a la que solo pueden acceder un grupo reducido; y, por el otro lado, quienes brindan una oferta privada accesible pero que, a fin de generar mayores ganancias, la calidad es bajísima. No obstante, esta termina siendo la opción más viable ante un sistema de educación pública precaria y de acceso limitado.

En esa línea, en la I Encuesta Nacional de Percepción de Desigualdades ENADES (2022), preparada por Oxfam, se registró que el 70% de encuestados(as) consideró que el acceso a los servicios de salud es muy desigual y únicamente el 4% percibió que no hay desigualdad. De igual manera, en relación a la educación, el 59% también lo concibió como muy desigual y solo el 5% como nada desigual.

El panorama presentado de estos dos derechos sociales revela la situación general de los derechos sociales en el Perú. Esto debido a que, conforme lo advertido, su dimensión predominantemente prestacional y, en ciertos casos, su doble naturaleza como derechos fundamentales y servicios públicos, abre las puertas a los privados para asumir su prestación y posterior desnaturalización. Ello ante una Estado que rehúye a sus obligaciones de respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

De ese modo, han venido siendo afectados por el fenómeno de la mercantilización, siendo los bienes de protección de estos derechos calificados y tratados como mercancías cuando, como se ha planteado en el capítulo inicial, los derechos sociales son justamente derechos fundamentales por su relación consustancial con el desarrollo

de la persona humana. En consecuencia, no se tratan de bienes o servicios nacidos para la venta sino para otorgar una calidad de vida digna para cada individuo.

Sin embargo, siguiendo a Abril (2015), en Latinoamérica los beneficios del crecimiento económico terminan siendo asignados, convenientemente, a favor de la protección de determinados derechos individuales, principalmente del derecho de propiedad de los medios de producción, debilitando el acceso de los derechos sociales para la mayoría de su población al no incluirlos como parte prioritaria de la agenda pública. Ante esta realidad, autores como Ribotta y Rossetti (2015), señalan que se está frente a un capitalismo cruel y temerario, que pone en peligro aquella democracia en la que el sujeto central debe ser la persona humana y uno de sus pilares la igualdad, generando una deslegitimación del poder político que rompe cualquier lazo de representatividad.

Lo dicho es visibilizado en la I Encuesta Nacional de Percepción de Desigualdades ENADES (2022), en la que el 72% y 61% de encuestados(as) consideró que la desigualdad entre ricos y pobres, así como, entre las ciudades y las zonas rurales es “muy grave”, respectivamente. Asimismo, el 66% manifestó estar de acuerdo con que los ricos tienen gran influencia en la toma de decisiones que afectan el país y que ciertos grupos poderosos son los que verdaderamente inciden en el gobierno para su propio beneficio.

En ese sentido, a partir de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el diseño institucional y las acciones u omisiones del propio Estado son las que generan una situación de complicidad estructural que valida y fomenta este estado de cosas. No solo se tiene una Constitución regresiva en materia de derechos sociales en los términos planteados sino también el desinterés demostrado por el Gobierno en la inversión social es una variable continua por más de treinta años, facilitando la expansión de las relaciones mercantiles hacia zonas que deberían ser irradiadas por la fuerza de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la visión imperante de los bienes y servicios que protege los derechos sociales como mercancía ficticia ocasiona que la ley de mercado prime en la solución de los problemas y todo asunto relativo a ellos. De ese modo, el fin de cada medida sucumbe al favorecimiento de los poderes fácticos aun cuando incluya el abandono de la agenda social por parte del poder político. Esto, sin duda, refleja la disociación que aún persiste entre la evolución normativa del Estado Social y los derechos sociales con

la realidad del país; siendo necesario buscar mecanismos para que uno sea el reflejo del otro.

3.1.2 La desnaturalización del principio de progresividad de los derechos sociales

Cuando se hace referencia a los derechos sociales suelen asociarlos automáticamente a la progresividad en su cumplimiento, pues históricamente se ha tratado de imponer la idea de que para su satisfacción se exige solo actuaciones positivas del Estado. Esto con el fin de distinguirlos de los derechos civiles y políticos; y, negar su estatus de derechos fundamentales al asumirlos como costosos e indeterminados y, por ende, carentes de exigibilidad.

Sin embargo, este mito ya ha sido rebatido en el primer capítulo al evidenciarse que la existencia de obligaciones positivas en general y la progresividad en específico no son características exclusivas de los derechos sociales; y, que los Estados tienen tanto la obligación de garantizarlos como de respetarlos y protegerlos, al igual que todo derecho fundamental. Ante ello, se evidenció la existencia de obligaciones de realización inmediata como cumplir aquellos contenidos que no están supeditados a una prestación y la satisfacción de los derechos sociales sin discriminación.

Además, aun cuando la obligación de garantizar se caracteriza por su cumplimiento progresivo, se ha reconocido que también contiene al menos dos obligaciones específicas de carácter inmediato. En primer lugar, adoptar medidas de diversa índole dirigidas a optimizarlos; y, en segundo lugar, la obligación mínima de garantizar los niveles esenciales de estos derechos para una vida digna (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008).

Sin perjuicio de lo anterior, no es factible desconocer la primacía de una fase prestacional en este tipo de derechos. Dicha situación conlleva a enfatizar en las obligaciones positivas de garantía que recaen en los Estados y su vinculación con la disponibilidad de recursos económicos. Por ello, es que la progresividad cobra un mayor grado de relevancia en los derechos sociales.

Resulta pertinente reiterar que, como se ha determinado anteriormente, tal característica no es un impedimento para la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales, lo cual ha sido aceptado desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. No

obstante, la pugna histórica y no acabada por expulsar a los derechos sociales del catálogo de derechos fundamentales, así como, vaciar de contenido al Estado Social, conlleva a reconocer los desafíos en torno a la concreción del principio de progresividad en relación al cumplimiento de los derechos sociales a fin de buscar maneras de coadyuvar a su plena efectividad.

Así, desde el Sistema Universal de los Derechos Humanos (SUDH), se tiene que el artículo 2.1 del PIDESC consagra el cumplimiento progresivo de los derechos sociales hasta alcanzar el pleno goce de los mismos, teniendo en cuenta el máximo de los recursos estatales disponibles. Por su parte, en el SIDH la situación no varía y el artículo 1 del Pacto de San Salvador recoge la misma obligación de satisfacer progresivamente los derechos sociales conforme a los recursos disponibles. En el mismo sentido, el artículo 26 de la CADH establece que los Estados deben tomar las medidas necesarias, en función a los recursos que disponga, para alcanzar progresivamente el pleno ejercicio de los derechos sociales.

Siguiendo a Abramovich y Courtis (2002), la progresividad, desde un sentido positivo, implica el deber de avanzar gradualmente hacia la satisfacción efectiva de los derechos sociales; mientras que, desde un sentido negativo, se encuentra la prohibición de regresividad. Es decir, no se debe adoptar, de forma injustificada o irrazonable, medidas que signifiquen revertir lo alcanzado para el disfrute de los derechos sociales, ya sea reduciendo los pisos de protección vigentes, restringiendo su acceso o permitiendo que los resultados de la implementación de las medidas dirigidas a su favor empeoren (Courtis, 2006).

Belloso (2016) explica que el énfasis en la progresividad al referirse a los derechos sociales parte de la aceptación de que su acceso y goce total requiere de un trabajo a largo plazo por parte del Estado. Justamente por ello, la otra cara del principio de progresividad es la no regresividad, pues se prohíbe cualquier intento de revertir lo conseguido para garantizar su satisfacción, a menos que existan motivos de suma necesidad que justifiquen razonable y proporcionalmente una medida regresiva.

En esa misma línea, es necesario enfatizar en la concepción dinámica y evolutiva de la progresividad desde el derecho internacional de los derechos humanos, en la que si bien se concibe como gradualidad, dado que la realización de los derechos sociales en su plenitud no se puede lograr de manera inmediata o en un breve plazo sino de forma paulatina, también ostenta un sentido de avance (Bregaglio, 2012). En otras palabras,

el Estado debe evidenciar una mejora continua, lo cual se condice con la obligación inmediata de tomar las medidas apropiadas para la garantía de estos derechos.

Entonces, queda claro que el principio de progresividad implica, en primer lugar, el reconocimiento de un cumplimiento escalonado de los derechos sociales hasta alcanzar su pleno ejercicio en favor de todos y todas, teniendo en cuenta su dimensión prestacional que requiere de una actuación activa del Estado para crear las condiciones suficientes de accesibilidad y disfrute de los mismos. Siendo ello así, en segundo lugar, no cabe tomar decisiones cuya materialización represente un retroceso (prohibición de regresividad). Por el contrario, en tercer lugar, se debe demostrar un avance constante hacia la obtención del fin último, proscribiendo cualquier tipo de inacción.

Sin embargo, detrás de la progresividad aún existen ciertas falencias sobre su comprensión en términos aplicativos que obstaculizan la efectividad de estos derechos como derechos fundamentales. De ese modo, se abordarán dos cuestiones problemáticas evidenciadas a partir de su concepción teórica y la realidad social peruana.

En primer lugar, la *gradualidad* como característica intrínseca de la progresividad conlleva a una noción de *flexibilidad amplia de plazos* que es usado para retardar el disfrute de los derechos sociales por parte de la sociedad en su conjunto, especialmente, de los grupos en situación de vulnerabilidad. Si bien la inacción del Estado se encuentra proscrita, la ausencia de límites temporales concretos en la fórmula progresiva ha facilitado que el poder político no busque tener en claro hasta dónde debe avanzar y hasta cuándo debe hacerlo.

Evidentemente, una situación diferente se presenta respecto a la no regresividad, pues es más visible cuando el Estado incumple aquella prohibición, en la medida que existe un piso de referencia claro que permite distinguir y determinar si ha ocurrido un retroceso. En cambio, en la fase positiva de la progresividad, la permisividad del cumplimiento escalonado abre muchas puertas para menoscabar la eficacia de los derechos sociales; y, esperar que las víctimas acudan a instancias judiciales para que actúen en un caso en particular.

Ante este panorama, se debe reconocer los intentos por enfatizar en que para el logro progresivo del pleno goce de los derechos sociales se requiere que se actúe con la máxima rapidez posible (Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1986). De igual manera, se ha reiterado que la progresividad no implica un aplazamiento indefinido para hacer plenamente efectivos los derechos sociales (Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, 2018).

Inclusive, se ha intentado establecer parámetros de tiempo más específicos que atenúen la concepción de una gradualidad infinita. Por ejemplo, cabe recordar los tres umbrales fijados por el Tribunal Constitucional peruano en el ya analizado expediente N° 01470-2016-PHC/TC, del año 2019, que estableció un primer umbral relacionado a las condiciones mínimas para subsistir y, por tanto, la necesidad de su provisión inmediata; un segundo umbral referido a la creación de condiciones básicas para vivir dignamente en colectividad que podían ser implementadas en mediano plazo; y, un tercer umbral enfocado en satisfacer proyectos de vida individuales, que podían ser abordados a largo plazo.

No obstante estos esfuerzos teóricos por delimitar la noción de progresividad, un aspecto a tener en cuenta es su asociación expresa con la sostenibilidad económica de los países, esto es, tomar acciones hasta el máximo de los recursos disponibles. Esta relación sirve para reforzar la idea de una carencia de límites claros y más rígidos, en especial temporales, al facilitarles una causa de justificación poderosa a los Estados para alegar que sí están cumpliendo con satisfacer paulatinamente los derechos sociales aun cuando sea a un ritmo sumamente lento, dado que su actuación sería proporcional a los recursos que, según ellos, disponen; lo que desde una perspectiva económica puede ser aceptado.

Es cierto que el Tribunal Constitucional peruano, al analizar la undécima disposición final y transitoria de la Constitución - que establece que cualquiera de sus disposiciones que exija "nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente" - ha reiterado que los derechos sociales no se encuentran en función al presupuesto, sino que el presupuesto debe planificarse en función a cumplir con las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos sociales (TC, Exp. N.° 01470-2016-PHC/TC, 2019). Sin embargo, en la práctica, el tema de los recursos disponibles brinda mayores herramientas a los Estados para manipular la política económica en perjuicio de la inversión social, más aún en un contexto de mercantilización de los derechos sociales.

De esa manera, se transforma la gradualidad en una espera incalculable para aquellas personas que aguardan disfrutar de una vivienda digna, alimentos esenciales, atención

primaria o educación básica. Incluso, respecto a la obligación esencial mínima que, por regla general, tiene carácter de cumplimiento inmediato, el Comité DESC, en su Observación General N° 3 (1990), no exime de la limitación económica, aunque impone al Estado una carga mayor para probar que ha utilizado todos los recursos que posee para cumplir con esta obligación.

En ese sentido, la respuesta de hasta cuándo aún sigue siendo difusa y la realidad peruana lo demuestra aún más. En efecto, de manera general, en la publicación “Perú: 50 años de cambios, desafíos y oportunidades poblacionales” (INEI, 2022), se registra que desde el 2002 hasta el 2019, el gasto social del Gobierno Central, con base al PBI, se mantuvo en promedio entre el 9,2% al 10,7%; alcanzando solo el 11,2 % en el año 2014 y el 11.1% en el 2019. Claramente, esto refleja un intento mínimo por mejorar los índices de inversión en lo social por más de 17 años. Siendo que, tuvo que ocurrir un evento extraordinario como la pandemia para convertir en inevitable un aumento del porcentaje a fin de atender la crisis suscitada, llegando al 14.1%; sin embargo, en el 2021, se redujo al 12.9%.

Ahora bien, de manera específica, en cuanto al derecho a la educación, se ha verificado en el acápite anterior el desinterés por acelerar el proceso de cumplimiento gradual de los derechos sociales hasta su máxima optimización. Esto al haber una concentración de políticas públicas focalizadas en lugar de políticas con vocación de universalidad, lo cual facilita la expansión del proceso de mercantilización de este derecho social. Sumado a ello, se tiene que en el año 1990, el 2.4 % del porcentaje del PBI fue invertido en materia educativa; mientras que, en el 2021, se alcanzó el 3.9%. Es decir, en más de treinta años solo se ha incrementado el 1.5% del gasto público para satisfacer este derecho en el Perú, con un aumento por año del 0,1% aproximadamente (INEI, 2022)¹⁹.

Asimismo, se tiene que más del 60% de la población de 15 y más años de edad no ha podido terminar el nivel primario; y, más del 50% el nivel secundario por un periodo de más de 30 años. Si bien se señala como un logro pasar del 10,2% de personas que accedían a educación superior a 30.1% en el 2021, debe tenerse presente el proceso

¹⁹ Cabe precisar que el 29 de diciembre de 2020, se incluyó en el artículo 16 de la Constitución que el Estado debe invertir cada año no menos del 6% del PBI. Ley N° 31097 Ley de reforma del artículo 16 de la Constitución Política del Perú con el fin de fortalecer el sector educación.

de mercantilización en el que se ha evidenciado no un fortalecimiento de un sistema público educativo de calidad, sino más bien la apertura de ofertas educativas privadas de bajo costo que ayuda al crecimiento porcentual pero no significa que se esté garantizando realmente el derecho a la educación. Pues la inversión educativa no ha sido un tema prioritario; y, desde una mirada comparada, los esfuerzos realizados han sido austeros (Ñopo, 2018),

De forma similar, respecto al derecho a la salud, se observa que desde el 2007 al 2019 se aumentó solo el 1,1% del gasto público en el sector salud del PBI, es decir, 0,1% de manera anual, llegando al 2,8% en ciertos años. Recién a partir de la crisis sanitaria que develó las falencias en el sistema de salud público, se logró que el aumento conseguido en más de 12 años, se realice al año siguiente al destinar el 3.6% del PBI en el 2020 (INEI, 2022).

Esto explica el hecho de que aun cuando el 81,3% de la población cuenta con un seguro de salud (INEI, 2022), la calidad del sistema público de salud continúa presentando graves deficiencias; siendo que, a inicios del año 2020, solo el 22.2% de centros de salud de atención primaria ostentaba una capacidad de instalación adecuada; mientras que, en el caso de los hospitales, el 49% (Comex Perú, 2020). Además, las reformas estatales neoliberales que datan de hace más de treinta años y persisten a través del tiempo, como se ha demostrado en el apartado anterior, han contribuido al tratamiento de la salud como una mercancía ficticia, retardando su optimización como derecho fundamental.

Asimismo, respecto al derecho a la vivienda, se recibió la visita del Relator Especial de la ONU sobre Vivienda Adecuada en el año 2003, brindando una serie de recomendaciones que permitían delimitar con mayor precisión el campo de acción del Estado; sin embargo, en una evaluación realizada sobre el cumplimiento de las mismas en el 2006, reveló que en los cuatro años transcurridos los avances habían sido escasos. Así, se mantuvo como enfoque predominante el de mercado para abordar problemas del sector vivienda; no se incluyó a la vivienda como un derecho fundamental en la Constitución; los programas Mivivienda y Techo Propio seguían sin enfocarse en los sectores con menos poder adquisitivo ni se promovió la creación de viviendas de interés social entre otros (Escalante et. al., 2008).

En la actualidad, han pasado más de quince años desde aquella visita y la situación no ha variado sustancialmente. Y, es que hace más de sesenta años, el Estado peruano

se ha olvidado de formular políticas públicas que se concentren en el crecimiento formal de las ciudades en las que se accedan a viviendas dignas y con los servicios básicos disponibles antes de ocuparlas. En su lugar, se ha permitido el crecimiento informal, sometiendo a cientos de peruanos(as), principalmente en situación de vulnerabilidad, a espacios inadecuados para su seguridad y ausencia de servicios, debiendo esperar por 14 años aproximadamente para tener agua y alcantarillado (Espinoza y Fort, 2020).

Aunado a ello, la accesibilidad a los programas sociales Nuevo Crédito Mivivienda y Techo Propio continúan siendo limitados. El primero, aunque se encuentra destinado principalmente a sectores socioeconómicos medios, en Lima, los beneficiarios se han concentrado en los sectores más altos. Respecto al segundo, dirigido a los sectores medios-bajos y bajos, la oferta es escasa y no de fácil acceso para trabajadores(as) informales, derivando en que estos sectores opten por la precariedad ante la ausencia de producción de viviendas sociales, dado que los precios de mercado de las inmobiliarias son inaccesibles (Espinoza y Fort, 2020).

Este panorama implica, en segundo lugar, una *desnaturalización del sentido de avance del principio de progresividad*, al terminar vinculándolo solo con obligaciones de medios, más no de resultados. En ese sentido, si bien el Estado llega a tomar ciertas decisiones, dando cumplimiento aparente a su obligación inmediata de adoptar medidas hacia el pleno goce de los derechos sociales, el avance que significan dichas medidas se circunscribe, en múltiples ocasiones, al plano formal y no material en cuanto a su plena ejecución.

Para entender la diferencia entre una y otra obligación, en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997), en su párrafo 7, explican que las obligaciones de conducta - medios - requieren acciones cuyo objetivo sea el garantizar el derecho social; por ejemplo, se apruebe y ejecute una política pública a fin de optimizar el derecho a la salud de las personas gestantes. En cambio, las obligaciones de resultado, demandan el cumplimiento de objetivos concretos, para ejemplificar, la reducción del porcentaje de mortalidad materna conforme lo establecido en las conferencias internacionales celebradas sobre la materia.

En ese sentido, la Corte IDH, a través de su jurisprudencia, ha enfatizado que el artículo 26 de la CADH involucra sustancialmente una obligación de hacer; en otras palabras, la adopción de diversos mecanismos y la provisión de todo lo necesario para dotar de

efectividad a los derechos sociales. Pero no solo ello, indica además que a partir de este primer nivel de acción, se abre paso al segundo nivel, que es la implementación de tales medios adoptados. Lo cual permitirá rendir cuentas sobre el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos sociales; claro está, teniendo en consideración los recursos disponibles de cada Estado (Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, 2018).

Sin embargo, en el Informe presentado al Comité DESC de las Naciones Unidas por el colectivo "Los Pacientes Importan" (2022)²⁰ evidencia el estancamiento en el primer nivel de acción. De esa forma, detallan cómo en el 2011 se promulgó la Ley N° 29698, Ley que declara de Interés Nacional y Preferente Atención el Tratamiento de Personas que padecen Enfermedades Raras o Huérfanas, pero tuvieron que esperar 9 años para su reglamentación y hasta la fecha aguardan su plena implementación; así como, del Plan Nacional de Prevención, Diagnóstico, Atención Integral de Salud, Tratamiento, Rehabilitación y Monitoreo de las Enfermedades Raras o Huérfanas 2021-2024, aprobado en el 2020.

De manera similar, en el año 2021, se creó el Registro Nacional de Pacientes con enfermedades raras o huérfanas; no obstante, hasta julio de este año 2022 solo se tiene un registro de 381 personas. Así, este colectivo alerta que no basta con la creación de dicho registro si es que no se logra llegar a toda su población objetivo. De igual modo, en el 2021, se cumplió con adoptar una Ley Nacional del Cáncer y expedir su Reglamento; sin embargo, la búsqueda de resultados concretos no se evidencia plenamente ante la aún ausencia de hospitales especializados en materia oncológica, carencia de programas de prevención oncológica y para el diagnóstico; y, falta de personal especializado, aunado al desabastecimiento de medicamentos oncológicos (Los Pacientes Importan, 2022)

Por último, resulta pertinente evocar el instituto procesal denominado "Apelación por Salto", pues refleja estos la interrelación entre estos dos obstáculos presentados en relación la progresividad de los derechos sociales en sus dos vertientes - gradualidad y avance -; así como, su institucionalización y normalización. Efectivamente, dicho instituto creado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional en el año 2010, tiene como finalidad enfrentar los retrasos indebidos en la ejecución de las sentencias

²⁰ Colectivo dedicado a la defensa de los derechos humanos de las personas con enfermedades raras, huérfanas, crónicas, autoinmunes y con cáncer,

expedidas por el mismo Tribunal o aquellos casos en los que se ha ejecutado su decisión de manera imperfecta o desvirtuada.

Ante tales supuestos, se ha habilitado que el demandante pueda recurrir directamente al Colegiado Constitucional. No obstante, se estipuló que este recurso no procedía, entre otros, cuando se ha establecido expresamente que la ejecución del mandato contenido en la sentencia constitucional es de cumplimiento progresivo (TC, Exp. N.º 00004-2009-PA/TC, 2010, párr. 14).

Tal exclusión, positivizada recientemente en el artículo 22 del Nuevo Código Procesal Constitucional del año 2021, si bien hace referencia a las obligaciones progresivas en general, su incidencia en la efectividad de los derechos sociales es evidente y sustancial al ser la progresividad uno de sus rasgos más distintivos y predominantes dada su naturaleza. En ese sentido, cabe preguntarse porqué no es factible acudir al Tribunal Constitucional para alertar que el plazo transcurrido en la etapa de ejecución está siendo excesivo; o, que no se están dando avances visibles en un periodo de tiempo razonable y, por ende, se está desnaturalizando su decisión.

Esto refleja que, pese a que existe un punto de llegada que consiste en alcanzar la satisfacción plena de los derechos sociales, aún no se percibe una complementariedad positiva entre la gradualidad y el avance continuo como parte de la noción de progresividad. Por el contrario, el primero sirve para normalizar la carencia de tiempos límites para arribar a la meta final o como un justificante para avances tardíos o únicamente mínimos, lo cual resulta paradójico viniendo del Tribunal Constitucional, dado que en su mayoría de veces ha jugado un rol de aliado importante para el fortalecimiento de los derechos sociales en el Perú.

Frente a este tipo de situaciones, nuevamente no se puede desconocer el trabajo que se ha venido efectuando para desarrollar parámetros e indicadores para determinar el cumplimiento del principio de progresividad en términos de resultados, desde pronunciamientos de órganos supervisores que fijan objetivos concretos hasta indicadores específicos. Por ejemplo, los Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se dividen en tres: i) estructurales, es decir, qué medidas el Estado ha adoptado; ii) de proceso, que analizan la calidad del esfuerzo realizado para la implementación de decisiones; y, iii) de resultado, sobre el impacto real (Pinto, 2012).

Tales indicadores sirven con fines de supervisión para los órganos de derechos humanos y aunque continúan siendo genéricos, podrían ser usados como insumos para que los Estados definan el camino, con objetivos concretos, hacia el objetivo último de alcanzar la plena satisfacción de los derechos sociales, lo cual demuestra que es posible establecer parámetros para determinar su exigibilidad. Asimismo, se cuenta con Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030²¹, en la que se ha intentado establecer una fecha cierta como límite temporal, sumado a metas específicas. Inclusive, en el ámbito interno, se tienen los Planes Nacionales de Derechos Humanos, en los que también se trazan metas en periodos determinados.

Sin embargo, la disociación con la realidad persiste sin lograr mitigar la desnaturalización que se viene produciendo del principio de progresividad en el Perú. Y es que, como se ha tratado de evidenciar, el distanciamiento o la renuencia del poder político por potenciar la dimensión positiva de la progresividad ha generado un uso inadecuado de su esencia, atacando a la efectividad de los derechos sociales y siendo indiferentes a los mecanismos que se crean para atenuar este tipo de actuaciones estatales, incluso los aprobados por ellos mismos. Al contrario, aprovechan cualquier característica que les permita legitimar su actuación negligente y tardía, como el factor económico.

Esta situación alerta que no solo se requiere de límites y objetivos concretos sino también de un arduo control como se abordará más adelante. La realidad de estos más de treinta años demuestra un avance incipiente a un ritmo escalonado que se mantiene a la misma velocidad minúscula, por lo que se debe continuar en la lucha por la reivindicación de estos derechos y adoptar toda medida dirigida a ello.

3.1.3 La falta de inclusión política de los grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad como víctimas directas de la no satisfacción plena de los derechos sociales

Para comenzar, se debe tener presente que la participación de la sociedad civil en la cosa pública se trata de un derecho fundamental que como tal toda persona es titular. De ese modo, este derecho encuentra su reconocimiento tanto en la Constitución como en tratados internacionales, específicamente, en el artículo 25 del PIDCP y en el artículo

²¹ Para conocer más sobre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible: Organización de las Naciones Unidas (s.f.) *Objetivos de Desarrollo Sostenible* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

23 de la CADH, en los que se establece que cada uno(a) de los(as) ciudadanos(as) tienen el derecho humano a participar, ya sea de manera directa o a través de delegados(as) representativos(as), en los asuntos públicos.

En esa línea, resulta conveniente establecer qué se entiende por participación ciudadana a fin de corroborar que ciertos grupos poblacionales cuentan con dicho derecho solamente a nivel discursivo, predominando su exclusión. Así, de manera general, se tiene que la participación ciudadana es la intervención en la esfera política a través del voto para elegir a sus gobernantes; así como, la influencia efectiva que la ciudadanía como miembros de una comunidad política logra de manera directa sobre las decisiones que tomarán aquellas autoridades electas como sus representantes, quienes deberán actuar acorde a lo que sus representados(as) están exigiendo (Shack y Arbulú, 2021; Villareal, 2009).

De manera más concreta, además de la participación que se materializa en las elecciones, se requiere dotar de capacidad a la ciudadanía para influir en la gestión pública, en específico, de aquellos planes de acción dirigidos a satisfacer sus derechos, es decir, las políticas públicas. Justamente por ello, se busca que las mismas sean producto de un procedimiento de construcción social acorde al interés público y que abra espacio a las demandas de las personas a fin de optimizar sus derechos fundamentales (Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, 2009). En consecuencia, se busca una participación ciudadana que tenga una injerencia real.

Ahora bien, Shack y Arbulú (2021) realizan un estado de cosas sobre la oferta de mecanismos de participación ciudadana en la formulación de las políticas públicas en el Perú, teniendo en cuenta sus cuatro fases, las cuales denominan: planeamiento, diseño, implementación y evaluación. En la primera de ellas, hacen referencia al proceso de planeamiento nacional llevado a cabo en el 2019, con la dirección del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN). Esta herramienta participativa dio como resultado el documento "Visión del Perú al 2050", cuyo contenido buscaba recoger las diferentes perspectivas de miembros de la sociedad civil sobre cuál debería ser el camino a seguir para construir un país respetuoso de los derechos fundamentales.

De igual modo, se menciona al proceso de planificación de desarrollo concertado territorial, previsto en las Leyes Orgánicas de los Gobiernos Regionales (Ley N° 27867) y Municipalidades (Ley N° 27972), el cual tiene como fin generar espacios de

coordinación y diálogo, ya sea a nivel local o regional, entre autoridades y habitantes para crear sus planes de desarrollo. De manera similar sucede con el proceso de presupuesto participativo, implementado en la Ley N° 28056, “Ley Marco del Presupuesto Participativo”; dado que, en términos generales, se establece que los gobernantes de las regiones, provincias o distritos, junto con la sociedad civil, definen de qué manera y hacia dónde deben dirigirse los recursos económicos, con base al plan de desarrollo previamente deliberado y adoptado.

En cuanto a las herramientas de participación en la segunda fase, se reconoce la importancia de que los diferentes actores de la sociedad intervengan de manera activa en el diseño de los programas o planes de acción. Sin embargo, solo se menciona a la consulta previa y a los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), que se enmarcan en las políticas públicas ambientales.

Respecto a la tercera fase de implementación de una política pública, los autores identifican tres mecanismos básicos de participación ciudadana. En primer lugar, los núcleos ejecutores del Fondo de Cooperación para el Desarrollo Nacional (Foncodes), mediante los cuales se organizan a las comunidades en estos núcleos a fin de que participen ellos mismos en la ejecución de los proyectos programados para su beneficio. En segundo lugar, los comedores populares, cuya participación activa ha permitido el manejo de los recursos dirigidos a satisfacer el derecho a la alimentación de los más vulnerables. Por último, las juntas vecinales, que son grupos de vecinos(as) organizados(as) que coadyuvan a la eficacia de una política pública, por ejemplo, en el caso de seguridad ciudadana.

En relación a la fase de evaluación, se hace mención a los cabildos abiertos reconocidos en la Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 119, que pueden servir como espacios para que las autoridades públicas convoquen a los miembros de sus distritos o provincias a analizar el cumplimiento de las metas o proyectos programados. En el ámbito de los Gobiernos Regionales, en su Ley Orgánica en el artículo 24, se encuentran las audiencias públicas regionales que deben ser celebradas como mínimo dos veces al año a efectos de rendir cuentas sobre lo que se ha alcanzado en su gobierno. Otro mecanismo de alcance más general que se señala son los Libros de Reclamaciones de las entidades públicas, ya que permiten canalizar los descontentos con lo implementado.

De lo expuesto, se observa un primer problema consistente en la escasa oferta pública de herramientas de participación ciudadana continuos y sostenibles; así como, la existencia de diversas falencias respecto a las ya existentes. Efectivamente, en la primera etapa, si bien con la realización de un foro nacional se abrieron espacios de diálogos, cabe cuestionarse porqué el producto final no menciona expresamente a grupos en situación de vulnerabilidad como migrantes o personas privadas de la libertad. De igual manera, respecto a los mecanismos de participación previstos en el ámbito local y regional, resulta pertinente preguntarse si realmente son accesibles para todos(as) y si permiten ejercer una real influencia en la toma de decisiones.

En la segunda etapa se evidencia aún más la ausencia de oferta para que la ciudadanía participe. Un ejemplo de ello es lo sucedido con las ollas comunes, ya que aun cuando se promulgó la Ley N° 31458, que las reconoce como organizaciones sociales de base y les otorga un financiamiento, su reglamentación dista de cómo se organizan, poniendo en peligro su labor, por lo que sus integrantes demandaron su inclusión en el diseño de las políticas que les afectan (Idehpucp, 2022; Defensoría del Pueblo, 2022). Por otra parte, resulta revelador que de los 209 conflictos sociales existentes en el país en agosto de 2022, 133 son de tipo socioambiental (Defensoría del Pueblo, 2022), pese a que los dos únicos mecanismos señalados en esta fase se circunscriben a políticas sobre dicha materia.

Respecto a los mecanismos participativos en las dos últimas fases, se advierte su complejidad de materialización como sucede con la constitución de núcleos ejecutores o su supeditación a la voluntad política al igual que en caso de la convocatoria a cabildos abiertos o el tratamiento efectivo de reclamaciones. De igual modo, se observa que los comedores populares o juntas vecinales son una especie de aliados sin incidencia real en la construcción de aquellas políticas públicas que buscan enfrentar a problemas públicos en los que ellos(as) interactúan día a día, siendo solo un instrumento más para el Estado que puede usar en la ejecución de sus políticas, más no los hacen parte del proceso, como lo ocurrido en el ejemplo expuesto de las ollas comunes.

Este recuento general conlleva a retomar la pregunta de cuánto facilita el Estado para que la ciudadanía ejerza su derecho a la participación en los términos planteados. En esa línea, los mismos autores Shack y Arbulú (2021) reconocen la escasa participación de la sociedad civil en los asuntos públicos. A lo que, acertadamente, responden que se debe, en primer lugar, a que las personas ignoran cuáles son las herramientas con las

que cuentan para ejercer su derecho más allá de las elecciones y, en segundo lugar, los altos costos que representan activar alguna de estas herramientas.

Al respecto, es importante recordar la situación de desigualdad material en la que se sitúan ciertos grupos poblacionales, con un grado de vulnerabilidad que puede alcanzar niveles que ponen en riesgo su misma existencia. Esta situación conlleva a que la demanda por mecanismos de participación ciudadana sea reducida pues la prioridad será mejorar sus condiciones de vida. Por ello, es imprescindible enfocar el tema del desconocimiento no solo como un problema de difusión de información sino también analizarlo, de forma interdependiente, como un problema de reparto inequitativo de derechos que se refleja en la carente capacidad de control que pueden ejercer desde la posición en la que se encuentran.

Por ende, siguiendo a Lindblom (1991), se tiene que las personas con escasos recursos económicos y, por lo tanto, posicionados en estatus social inferior en comparación a los que poseen más, tienen un nivel de participación menor. Paradójicamente, son estos grupos los que requieren una atención prioritaria y urgente a través de políticas públicas para la satisfacción de sus derechos sociales ante la situación de desventaja en la que se hallan, tal como se visibiliza en una sentencia estructural; por lo que, es importante enfocarse en este sector de la población, ya que su participación en los asuntos públicos que incidirán directamente en ellos(as) debería ser resguardada y promovida al máximo.

Y es que, como se ha visto, el Perú es una sociedad sumamente desigual en la que el Estado prefiere realizar un esfuerzo minúsculo de avanzar gradualmente hacia la plena satisfacción de los derechos sociales, cuyo fin es justamente proveer las condiciones básicas para que toda persona pueda vivir y desarrollarse dignamente en sociedad. Si se lograra esto último, se habilitaría una participación más activa en la cosa pública, dado que su principal preocupación ya no será su supervivencia.

De esa manera, la no participación de los sujetos en situación de vulnerabilidad no se trata de una libre elección sino de una respuesta a aquel estado de desigualdad que los excluye y compele a la apatía y a la ausencia de motivación por conocer las herramientas de participación con las que cuentan. Esto se agrava cuando pese a tales barreras deciden participar en la construcción de políticas públicas pero deben enfrentar a una élite que controla el poder político y a una subordinación del interés público al privado como regla.

Cabe precisar que la sociedad civil es el escenario en el que surgen diferentes actores, individuales o colectivos, con intereses comunes, heterogéneos u opuestos que buscarán ejercer la capacidad de control e influencia que deberían poseer en su condición de ciudadanos(as) (Sol Arriaza, 2012). No obstante, la elaboración de políticas públicas suele estar concentrada en pocas manos, siendo escenario de un juego del poder para ser parte del proceso (Lindblom, 1991).

Esta élite no solo estará integrada por los representantes elegidos por voluntad popular para ser decisores sino también por actores sociales con una aptitud altísima para lograr compartir espacio en la cúpula política construida, excluyendo del juego a aquellos(as) que no cumplan con los requisitos para ser considerados(as) “aptos(as)” de influir verdaderamente en la toma de decisiones. Por ejemplo, Lindblom (1991) visibiliza que aun cuando sujetos excluidos históricamente han logrado organizarse para buscar influir en la gestión pública y teóricamente su reconocimiento como sujetos plenos de derechos es un consenso, como las personas racializadas o las mujeres, el interés prestado por las autoridades públicas es menor en comparación a si están frente a grupos fenotípicamente hegemónicos y hombres.

Por otra parte, se tienen a los(as) que dirigen las grandes empresas privadas, quienes organizan, gestionan y ejecutan tareas de relevancia pública, por ejemplo transporte, vivienda, alimentación, etc. Esto ha servido para que adquieran una posición privilegiada frente a cualquier ciudadano(a), bajo la creencia de que es la única salida para evitar inestabilidades, pese a que su fin real sea meramente lucrativo, acomodándose a sus intereses. De ese modo, las autoridades públicas les habilitan mayores canales de trato directo para escuchar sus requerimientos y que estos generen un impacto en la elaboración de la política pública de su interés (Lindblom, 1991).

Además, la ventaja empresarial se sostiene en otros dos factores. En primer lugar, los fondos que disponen son abundantes frente a los recursos con los que cuentan otros grupos de interés, basta con recordar a los lobby empresariales. En segundo lugar, sus fuentes de financiación no afectan de manera directa su economía personal o, en su defecto, tienen el suficiente poder económico para evitar un impacto relevante en su supervivencia, ya que podrán obtener los recursos no solo económicos sino también humanos de las empresas que manejan. Una situación diferente vive la mayor parte de la ciudadanía, ya que si quieren participar deben realizar trabajos de bases o colaborar de sus propios ingresos escasos, brindando tiempo y esfuerzo que carecen (Lindblom, 1991).

Claramente, este posicionamiento de lo privado sobre la ciudadanía en el marco de la participación política es aún más evidente cuando existe un proceso de mercantilización de derechos sociales como ocurre en el Perú, pues se produce una expansión de la visión mercantil hacia bienes que no son objetos de comercio (mercancías ficticias), aumentando el poder político del gran empresariado. Así, se mantiene una constante de puertas abiertas más allá de la época electoral para ellos y un horario de cierre al finalizar el día de elecciones para la mayoría de ciudadanos(as) (Lindblom, 1991).

Esto se materializa cuando la ciudadanía, en especial los más vulnerables, ejercen su derecho a la protesta para ser escuchados(as) por los tomadores públicos de decisiones pero reciben como respuesta una desproporcionada represión policial. Según la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, desde - paradójicamente - el retorno a la democracia en el año 2000 hasta abril de 2022 se han reportado 166 fallecidos civiles como consecuencia de la acción policial y más de 2600 heridos (Ojo Público, 2022).

Por el contrario, las facilidades de comunicación brindadas a las empresas permiten que ejerzan una persuasión sobre las autoridades públicas sin tener que activar mecanismos de protesta que representen un peligro para su vida o integridad. Asimismo, tienen la posibilidad de ofrecer intercambios que beneficien los intereses particulares de los gobernantes o en compensación al apoyo recibido en campañas electorales. En ese sentido, en muchas ocasiones los(as) grandes empresarios(as) ocupan el puesto de las autoridades públicas al elegir las reglas de juego que deben implementarse, por ejemplo, en temas tributarios; o, al lograr imponer su perspectiva frente a un problema público (Lindblom, 1991).

Sumado a esta posición privilegiada de la clase alta empresarial, se encuentra otro grupo de interés que propugna una democracia elitista en la que solo ciertas personas están calificadas para el debate público: la élite intelectual. Así, a medida que las personas acceden a un mayor nivel educativo su grado de participación también aumenta al tener un acercamiento a diversos temas. En ese sentido, se ha venido construyendo una equivalencia entre preparación y título universitario que, en una sociedad tan desigual en la que la mercantilización del derecho a la educación impide que más personas puedan acceder a ella, se convierte en una fórmula de exclusión de los que menos tienen.

Efectivamente, se suele enaltecer a profesionales especialistas, minimizando toda información proveniente de quien carece de instrucción académica al considerar que no

cuentan con los conocimientos técnicos requeridos para elaborar una política pública (Sol Arriaza, 2012). Sin embargo, se omite que la construcción de una política pública es un proceso esencialmente político (Villareal, 2009), con una diversidad de actores sociales que representan una variedad de perspectivas que no pueden ser analizadas solo desde una mirada analítica y abstracta.

Ante esta situación, resulta evidente que en el Perú predomina un control popular de naturaleza débil de las políticas públicas, que se limita principalmente al que se ejerce al momento de sufragar y elegir a quienes los(as) representarán (Lindblom, 1991). De ese modo, la participación de la gran mayoría de la sociedad civil en espacios de toma de decisión empieza y culmina en las elecciones presidenciales, congresales o de autoridades regionales y locales.

Debido a ello, cuando se hace referencia a la participación ciudadana existe un consenso en aceptar la intervención directa de los(as) ciudadanos(as) a través de su voto, más no en otros procesos políticos como en la gestación de una política pública. Esto debido a que se parte de la premisa que una vez electos(as) los delegados(as) del poder del pueblo, no se requiere de una mayor intervención de la sociedad civil como sujeto social pues ya están sus representantes, a menos que excepcionalmente sean llamados para un referéndum. El gran problema de esta democracia representativa, predominante en el Perú, radica en que este piso mínimo, más o menos igualitario, que habilita un control aunque sea débil de las políticas públicas, cada vez se torna más difuso y excluyente.

En primer lugar, desde la vertiente de sujetos activos con capacidad de voto, cabe tener en consideración las limitaciones para participar en las urnas, puesto que grupos en situación de vulnerabilidad como menores de edad y migrantes extranjeros no forman parte del electorado y en el caso de los(as) adultos(as) mayores resulta facultativo emitir su voto. Aunado a ello, tampoco pueden ser elegidos(as), no teniendo la posibilidad de estar representados(as) de manera directa en espacios de toma de decisión política.

En segundo lugar, desde la perspectiva de a quién se elegirá como su representante, se observa que diversos grupos históricamente excluidos continúan sin hallar en el poder político a alguien con quien se identifiquen. Por ejemplo, sobre las comunidades campesinas, indígenas y pueblos originarios, no se ha logrado una representación efectiva, pese a que la cuota electoral que obliga su inserción en la lista de postulantes a las Elecciones Regionales y Municipales, quedándose solo en la fase de postulación;

situación que se repite con las mujeres (Defensoría del Pueblo, 2017). Asimismo, en las Elecciones Generales 2021, se reveló la escasa participación de personas con discapacidad y afrodescendientes como candidatos(as) elegibles (Jurado Nacional de Elecciones, 2021).

En ese sentido, como evidencia el investigador Herrán (2006), la democracia sustentada en el sufragio no ha logrado desarrollar una relación intrínseca con los intereses de las minorías. Por ende, visibiliza el silenciamiento de estos grupos sociales en vulnerabilidad por la lógica de las mayorías detrás de las elecciones, por lo que es necesario dotarlos con otros mecanismos de participación que tengan en consideración los factores de vulnerabilidad a efectos de responder adecuadamente y facilitar que tengan voz y su voto cuente, solo así se estará ante decisiones que pueden ser catalogadas como justas.

En tercer lugar, en una democracia esencialmente representativa es perceptible cómo los partidos políticos son actores principales en el tejido social en contraste con las organizaciones civiles o el mismo ciudadano(a). Sin embargo, en la actualidad, es visible su debacle como organizaciones capaces de canalizar las demandas sociales (Sol Arriaza, 2012). Tal situación ha originado que, por un lado, el Congreso, que se caracteriza como el poder del Estado con mayor grado de representatividad al albergar diferentes fuerzas políticas, pierda legitimidad al no ser concebido más como un espacio de diálogo y escucha en favor del interés público.

Además, los grupos de interés privilegiados con poder económico y social, lucharán para que las desigualdades que son fuentes de sus privilegios se mantengan, por lo que buscarán que su voluntad política se imponga. De esa manera, se insertan en las organizaciones partidarias, financiando campañas electorales.

En ese sentido, resulta pertinente señalar que según el Barómetro de las Américas (2021), desde el 2010 al 2021, el porcentaje de aceptación del cierre del Congreso peruano ha ido en aumento. Siendo que, en el 2018-2019, se alcanzó el 59% a favor; y, en el 2021, el 45%. De igual modo, se tiene que en el 2019, solo el 9% de los(as) encuestados(as) mostró su confianza en el Congreso; mientras que, en el 2021, subió solo en un 3%. Por otra parte, respecto a la confianza en los partidos políticos, se revela una mínima confianza en los mismos desde el 2006 al 2021, alcanzando solo el 8%. Debido a ello, en el 2021, solo el 50% apoya a la democracia, sumado a que desde el

2006, mantiene una constante de presentar el menor porcentaje al promedio en América Latina.

Ante esta ruptura del nexo entre representado(a) y representante y la falta de representatividad, la sociedad civil en general y los grupos en situación de vulnerabilidad específicamente pierden poco a poco su más elemental instrumento para influir mínimamente en los asuntos públicos. Así, no solo se enfrentan a una escasa oferta de mecanismos de participación ciudadana, a una élite intelectual que los degrada o a un empresariado con capacidad de influir en la cosa pública sin mayor dificultad - subordinando el interés privado sobre el público - sino también su control electoral se debilita; siendo los más vulnerables los primeros excluidos, ya que se les suma la preocupación por satisfacer sus necesidades básicas humanas por sí solos(as).

En este punto, resulta ilustrativo tener presente la *dinámica participativa* explicada por Díaz (2017), que involucran dos tipos de proceso. Por un lado, los *de consulta*, en los que se invita a la ciudadanía con el fin de legitimar decisiones ya tomadas por el solo hecho de haberlos convocado para informarles o consultarles. Por ello, se genera un impacto bajo de la participación por ser el ciudadano(a) un agente externo, sumado a que el grado de extensión de la misma se reduce para ciertos grupos de interés. Por el otro lado, están los *de involucramiento*, en los que se convoca a la ciudadanía desde el primer momento de formulación de la agenda pública y los involucra a lo largo de la gestación del proyecto o programa, pues se busca el diálogo, la deliberación y su influencia real en el resultado final.

Lamentablemente, con base en lo expuesto, se observa una clara tendencia a un impacto bajo de la participación en la cosa pública por parte de los grupos poblacionales en vulnerabilidad, limitando su intervención a lo consultivo o informativo en lugar de garantizar su involucramiento efectivo en el que se denote su capacidad decisoria. A esto se le suma el problema de las barreras para incrementar la demanda ciudadana desde el Estado, siendo que el grado de extensión de la dinámica social participativa es limitada con una mirada elitista. Por ende, se genera solamente una representación simbólica en la que el público objetivo de las decisiones políticas a tomar puede o no influir verdaderamente en el planeamiento, diseño, ejecución o evaluación de las mismas.

Así, paradójicamente, los(as) beneficiarios(as) del plan de acción que requieren con urgencia recibir los efectos materiales de la política son limitados a una injerencia

externa, promoviendo su desinterés por los asuntos públicos y perdiendo las ventajas de contar con aquellos(as) individuos que interactúan día a día con el problema público y conocen de él no solo como observadores sino también como víctimas. Debido a ello, se debe buscar una democracia participativa más allá de las elecciones, implementando instrumentos que permitan evolucionar hasta un nivel de control ciudadano(a) decisorio o co-gestión, teniendo en consideración los factores de vulnerabilidad de grupos sociales cuya regla es la exclusión de lo público.

3.2 Una política pública y una sentencia estructural: el Tribunal Constitucional como decisor en la formulación de una política pública en defensa de los derechos sociales.

En este último capítulo, se demostrará de qué manera las sentencias estructurales son instrumentos idóneos para reivindicar los derechos sociales en el Perú a partir de la transformación del Tribunal Constitucional peruano en un decisor esencial en la formulación de políticas públicas, quien no solo las controlará “desde afuera” sino también “desde adentro”. Para lo cual, se explicará la relación entre los aspectos integrantes indispensables de una sentencia estructural y el ciclo de las políticas públicas, evidenciando cómo su equivalencia permite enfrentar las principales problemáticas identificadas en torno a la efectividad de los derechos sociales y así garantizar el componente social de un verdadero Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

Una de las principales críticas contra las sentencias estructurales es si verdaderamente son capaces de transformar realidades. Siguiendo a Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010), se tiene que desde un enfoque neorrealista una sentencia estructural solo será efectiva si produce efectos instrumentales directos, es decir, si logró modificaciones conductuales en los sujetos procesales, cumpliéndose materialmente lo ordenado, tal como la formulación de la política pública solicitada por el órgano jurisdiccional; o, mínimamente, indirectos, manifestados en la movilización social que deriva de la sentencia a fin de exigir que la misma se cumpla

En contraposición, desde un enfoque constructivista, se enfatiza también en los efectos simbólicos detrás de este tipo de sentencia, materializados en los replanteamientos de discursos o concepciones con motivo de la decisión judicial expedida. Esto ya sea de manera directa al permitir el ingreso de un lenguaje de derechos para atender un

problema público; o, indirecta a partir de la visibilización por parte de la sociedad de asuntos graves olvidados (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010).

A partir de lo expuesto, cabe señalar que dado el estado de cosas injusto al que se enfrenta una sentencia estructural, lograr cambios materiales es una tarea sumamente compleja, más aún desde los parámetros neorealistas. Sin embargo, corresponde realizar dos precisiones. En primer lugar, el Tribunal Constitucional no solo ordena y deja al arbitrio de las autoridades públicas para que elaboren una política pública sino que él será parte de su proceso de creación. Justamente por ello, en el capítulo anterior, se sostuvo que para generar una transformación social tangible la sentencia estructural debe ser debidamente dictada, teniendo en claro cuál es el problema constitucional de orden estructural y los remedios fuertes o intermedios a adoptar, acompañado de un seguimiento fuerte.

Así, en segundo lugar, resulta importante el análisis general que realizan los constructivistas teniendo en consideración los diferentes impactos que trae consigo una sentencia estructural. Sin embargo, debe quedar claro que los denominados efectos simbólicos no son ajenos a la elaboración de una política pública, sino que forman parte de la misma; por lo que su incidencia no solo se limita al nivel discursivo. Y esto se percibe solo si se comienza a entender al Tribunal Constitucional como un decisor de las políticas públicas.

Para ello, como punto de partida, es relevante recordar que - a efectos de la presente investigación - una política pública es un conjunto de decisiones adoptadas por un Gobierno, en las que también intervienen otros actores de la sociedad civil, a fin de resolver una situación insatisfactoria concebida como un problema público. Esto a través del diseño e implementación de lo que será una hipótesis de mejora respecto al estado de cosas anterior (Tamayo, 1997; Velásquez, 2009; Subirats y Blanco, 2013).

En consecuencia, el proceso de gestación de una política pública es sumamente complejo en lugar de un proceso ordenado, secuencial y lineal. No obstante, a fin de facilitar una mayor comprensión, se optará como estrategia de estudio el análisis de la formación de una política pública como un ciclo compuesto de cuatro fases: i) formación de la agenda; ii) formulación y decisión sobre la política; iii) implementación; y, iv) evaluación (Aguilar, 1993; Torres Melo y Santander, 2013).

De esa manera, en el presente acápite, dicha estructura permitirá demostrar el nexo entre cada fase de una política pública con los aspectos integrantes de una sentencia estructural, evidenciando cómo el Tribunal Constitucional peruano, en ejercicio de sus competencias constitucionales y convencionales, al expedir una sentencia estructural está participando en la construcción de una política pública como un agente interno. Siendo que tal circunstancia habilitará que el Tribunal se enfrente en el plano pragmático - y ya no solo teórico - a los principales obstáculos anteriormente presentados para la plena efectividad de los derechos sociales en el Perú como auténticos derechos fundamentales.

3.2.1. Formación de la agenda y el diagnóstico del problema constitucional estructural

La formación de la agenda requiere de un conjunto de decisiones interdependientes entre sí, tales como decidir el problema en abstracto que se tomará en cuenta como asunto prioritario y la concretización de dicho problema a fin de delimitar el problema público objeto de la política pública (Aguilar, 1993). En síntesis, se toman dos grandes decisiones: por un lado, se elegirá el problema a dar respuesta por el Gobierno; y, por el otro lado, se definirá la manera en la que se concebirá dicho problema, lo cual trazará la ruta de acción que deberán seguir las autoridades públicas y todo sujeto que intervenga (Elder y Cobb, 1993).

Efectivamente, sobre la primera decisión a tomar, se debe tener en cuenta que existen múltiples situaciones de hecho indeseables que pueden ser vistos como un problema de interés general que requiere la intervención de las instituciones del Estado para revertirla por su gravedad y complejidad que afecta el desarrollo mismo de la sociedad. Por ello, el reto inicial es determinar cuáles de estas situaciones reprochables son lo suficientemente prioritarias como para que el Gobierno las presente como un problema que requiere de una política pública. Cabe enfatizar que esta primera etapa resulta imprescindible pues los recursos estatales no son ilimitados y la gama de situaciones por atender los superan ampliamente.

Respecto a la segunda decisión, una vez escogido el asunto público en términos generales, corresponde delimitar la visión del mismo sobre la cual se construirá la hipótesis de mejora; esto es, definir el problema ante su naturaleza policéntrica. En otras palabras, una situación de hecho no deseada puede deberse a múltiples factores o puede ser analizada desde diferentes cosmovisiones, por ende, no es factible abordarlo

de manera plena e inmediata. Así, se requiere responder a la pregunta de cuál es el problema concreto detrás del problema genérico seleccionado como prioritario que formará finalmente parte de la agenda del Gobierno como el problema público definido; debiéndose tomar una decisión entre la gama de respuestas que surgirán (Lindblom, 1991).

Y es que una política pública no emerge a partir de un hecho notoriamente determinado y con una mirada única, sino que al ser un proceso tanto analítico como político la situación no deseada podrá generar diversas definiciones teniendo en cuenta las múltiples percepciones de los diferentes actores inmersos (Wildavsky citado por Elder y Cobb, 1993), quienes tratarán que sus agendas sistémicas propias se conviertan en la agenda institucional. En ese sentido, se tiene que el problema público no se construye únicamente con base en hechos objetivos, sino que se suman convicciones y valores; aunado al análisis de los recursos disponibles.

A partir de lo expuesto, cabe responder qué incidencia tiene en esta fase el Tribunal Constitucional con la expedición de una sentencia estructural. Siendo la respuesta para dicha interrogante que “todo”, ya que el Tribunal comienza su papel como decisor de una política pública y se encargará plenamente de formular la agenda. Esto gracias al diagnóstico del problema constitucional de orden estructural que realiza.

En efecto, es pertinente recordar que, en primer lugar, con base en una controversia - en su mayoría - interpartes o concreta, el Tribunal Constitucional detecta que existe un estado de cosas injusto que estaba siendo ignorado por autoridades, la sociedad y la misma parte procesal que acudió solicitando auxilio judicial. De ese modo, el Colegiado destapa un problema público de violaciones de derechos fundamentales grave, reiterada y masiva en contra de grupos o sujetos en situación de vulnerabilidad.

Así, se está tomando la primera decisión para la formación de la agenda, pues el Tribunal ha determinado que las **condiciones de resultado** detectadas constituyen un asunto público que debe ser atendido con prioridad. Dado que contraviene, según lo expuesto en el primer capítulo, los pilares de un Estado Constitucional-Convencional, basado en el respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales; así como, el ejercicio de un poder político limitado que debe estar al servicio de la persona humana, según lo estipulado en la Constitución como norma suprema. Además, en el caso específico de los derechos sociales, se quebranta la esencia de un Estado Social, el

cual ha reconocido la necesidad de garantizar tales derechos por su vinculación directa con la supervivencia de sus miembros y el desarrollo en condiciones materiales dignas.

Seguidamente, el Colegiado Constitucional tomará la segunda decisión consistente en definir o delimitar el problema público que ingresará a la agenda. En efecto, como parte del diagnóstico del estado de cosas injusto que habilita la emisión de una sentencia estructural, el Tribunal determina cuáles son las **condiciones de proceso** que conllevaron a las condiciones de resultado identificadas. Es decir, en atención a los hechos del caso en concreto e información proveniente de otras fuentes, definirá el problema público a partir de las causas específicas de orden estructural que identifica como relevantes dentro del escenario de violencia estructural existente, cuyo principal promotor es el propio Estado.

Para ejemplificar, resulta conveniente evocar el caso de las hermanas Cieza (Exp. N° 00853-2015-PA/TC, 2017). Brevemente, la controversia recayó en que las autoridades educativas no permitieron que las demandantes se matricularan en un colegio de educación básica para continuar sus estudios secundarios en la provincia de Utcubamba - Amazonas por ser mayores de edad, pues según la normativa actual correspondía que estudiaran en un Centro de Educación Básica Alternativa. Sin embargo, no había uno en el lugar donde vivían.

A partir de este acto lesivo concreto, el Tribunal Constitucional peruano identificó las **condiciones de resultado** de un estado de cosas injusto, consistente en la violación grave y reiterada del derecho fundamental a la educación de niños, niñas y adolescentes en zonas rurales. De ese modo, visibilizó la urgencia de abordar el problema de la educación rural como un asunto público prioritario. Posteriormente, para completar su diagnóstico, el Tribunal identificó las **condiciones de proceso** que servirían para definir el problema público que ingresaría a la agenda. En ese sentido, advirtió qué detrás de la situación de hecho mediaban factores estructurales de exclusión y bloqueo institucional por parte del Estado, teniendo en cuenta que en las zonas urbanas los índices de intervención estatal eran más altos y, con ello, mayores resultados positivos en materia educativa.

En consecuencia, con base en los hechos del caso como brújula y las estadísticas que se recabaron sobre el bajo porcentaje de escolares en el ámbito rural en comparación a las zonas urbanas, la violencia estructural revelada fue enfocada en la ausencia de condiciones básicas para que niños(as) y adolescentes en edad escolar logren estudiar

el nivel primario y secundario. De esa manera, el Tribunal Constitucional decidió abordar el problema de la educación rural desde la accesibilidad y disponibilidad del derecho a la educación, siendo esta la definición del referido problema público que ingresará a la agenda del Gobierno para su tratamiento.

Por consiguiente, se observa cómo los denominados efectos simbólicos comienzan a abrir el camino para la concreción de resultados materiales en la medida que el Tribunal Constitucional es el encargado de formular la agenda y así aperturar el proceso de construcción de una política pública. Ahora bien, es importante destacar que la relevancia de esta primera intervención del Tribunal no solo radica en que determinado asunto sea tratado con la importancia que se merece sino también que brindará una definición del problema público que establece el objetivo que se perseguirá con la política pública a fin de que dicho problema detectado mejore gradualmente (Barch, 1998).

Justamente por ello, para los derechos sociales, la participación del Tribunal Constitucional en esta primera fase en su calidad de garante de la Constitución - y también de los tratados de derechos humanos en el ámbito interno - resulta imprescindible ante el proceso de mercantilización existente y la preponderancia de determinados actores de la sociedad civil que buscan convertir su agenda mercantilista como la institucional. Por ende, a continuación se explicará cómo la formación de la agenda en manos del Tribunal al realizar el diagnóstico del problema constitucional estructural permite que los derechos sociales en el Perú cobren la efectividad que se reclama.

A. Lo social como parte de la agenda desde un enfoque de los derechos humanos

Los Estados tienen la obligación jurídica de respetar, proteger y garantizar los derechos sociales, dado su carácter de derechos fundamentales, reconocido no solo a nivel interno sino también internacional. Sin embargo, como se ha visto, los mismos pueden ser satisfechos ya sea mediante recursos públicos o a través de operaciones comerciales. Esto último no debería desconocer su naturaleza de derechos fundamentales pero claramente abre las puertas a su desnaturalización de acuerdo a la fórmula neoliberal de mercado eficiente y Estado ineficiente, que ha terminado por desarticular, en específico, las políticas sociales (Pautassi, 2007).

Solo en el caso del Perú, en el apartado anterior, se presentó el panorama de mercantilización al que están sometidos este tipo de derechos, el retraso en cuanto a su garantía en estas últimas décadas; así como, las ventajas de determinados actores con poder adquisitivo y político para incidir en la toma de decisiones públicas. Tal situación ha bloqueado los esfuerzos por posicionar a los derechos sociales en la agenda pública como un asunto de urgente atención; o, en caso haya sido elegido como un tema relevante, su definición ha sido superficial y limitada por una mirada predominantemente mercantilista.

Ahora bien, se ha determinado que cuando el Tribunal Constitucional realiza el diagnóstico del problema constitucional de orden estructural está dando inicio al ciclo de formación de una política pública al encargarse de formar la agenda pública. Entonces, cabe preguntarse cuál es la ventaja para los derechos sociales de que este primer paso esté a cargo del Colegiado en lugar de los actores políticos tradicionales. Pues, la respuesta se resume en que para dicha labor se aplicará el denominado *enfoque basado en derechos humanos*, cuya aplicación en la adopción de una política pública es imprescindible (TC, Exp. N° 033-2010-PI/TC, 2012);

En efecto, el ingreso del Tribunal en la formulación de la agenda pública representa una medida idónea para generar, principalmente, un contramovimiento respecto a aquel proceso de mercantilización de la cuestión social imperante en el país que menoscaba la efectividad de los derechos sociales. Esto en tanto su razonamiento estará irradiado por una herramienta de análisis que presenta a los derechos humanos como un límite infranqueable a la actuación del Estado en lugar de otro tipo de interés privado o personal, encontrándose delimitada por el sistema de reconocimiento y protección, tanto constitucional como convencional, de tales derechos (CIDH, 2018).

Así, no se trata de concebir a los derechos a un nivel meramente discursivo que solo ofrece un marco conceptual sino también con plenos efectos operacionales que inciden en la toma de decisiones políticas (Pautassi, 2007). Para una mejor comprensión de la importancia del enfoque de derechos humanos para contrarrestar la expansión mercantil sobre los bienes y servicios protegidos por los derechos sociales, se debe tener en cuenta que dicho enfoque parte de la premisa de la interdependencia de los derechos humanos, por lo que el reconocimiento teórico de los derechos sociales como derechos fundamentales se encuentra protegido y, en consecuencia, se buscará la plena optimización y operatividad en el plano pragmático de estos derechos ante cualquier situación que los ponga en peligro.

Bajo esta lógica, en el ámbito de las políticas públicas, el enfoque en derechos humanos termina por concretizarse de la siguiente manera. En primer lugar, exige que se elabore un diagnóstico del problema público en el que necesariamente se hable en términos de derechos, es decir, se identifique: i) al derecho o derechos que se pretenden garantizar con la política pública y su nivel de satisfacción actual; ii) a los titulares de tales derechos y, en específico, a los sujetos que si bien formalmente son titulares se enfrentan a determinadas condiciones que impiden tanto el acceso como el goce de sus derechos; y, por último, iii) a los obligados de respetar, proteger y garantizar los derechos en juego; así como, su comportamiento (Constantino et. al., 2014).

En segundo lugar, este enfoque reclama un análisis de las causas de la situación no deseada enfocadas en una visión estructural del problema. En efecto, si bien las causas pueden ser estructurales, consistentes en conductas sociales enraizadas e institucionalizadas que exigen medidas a largo plazo; subyacentes, que resultan más visibles por ser consecuencia de las primeras; e inmediatas, que se pueden relacionar fácilmente con el problema principal al ser las más manifiestas y coyunturales (Constantino et. al., 2014), las primeras requieren una especial atención, puesto que ataca directamente a grupos poblacionales específicos en situación de vulnerabilidad cuya supervivencia misma está comprometida (CIDH, 2018).

Esta última exigencia responde a que uno de los principales pilares de este enfoque es la igualdad y no discriminación (CIDH, 2018), el cual exige que ninguna decisión pública valide una jerarquía entre "dignidades". Por ello, ante determinados sujetos que se enfrentan a situaciones de desventaja que impiden el goce efectivo (igualdad material) de sus derechos reconocidos (igualdad formal) se debe mirar dicha situación como consecuencia del estado de cosas desigual producto de la estratificación social, de la distribución inequitativa de recursos y otros factores de exclusión que los sitúan en una "posición inferior" en los hechos. Por consiguiente, la universalidad de los derechos debe ser leída a la par de la equidad a fin de que se brinde una protección reforzada a quien lo necesite (Giménez y Valente, 2010).

Teniendo en claro ello, cabe especificar el impacto positivo de la irradiación del enfoque en derechos humanos en las dos decisiones que integran el proceso de formulación de la agenda pública social en manos del Tribunal Constitucional. En cuanto a la selección de un problema público y su calificación como prioritario para el Estado, resulta evidente que para tomar dicha decisión se debe percibir a una determinada situación como no deseada y que necesita ser solucionada por las autoridades públicas, dado su gran

impacto en la sociedad. Claro está que si un estado de cosas es normalizado, visto como inevitable o que es un asunto que puede ser resuelto sin intervención estatal, será más difícil que llame la atención y, en consecuencia, ingrese a la agenda institucional.

Esto es lo que ocasiona el ya estudiado proceso de mercantilización de los derechos sociales, pues - conforme lo expuesto en el acápite anterior - los bienes o servicios protegidos por los mismos terminan reducidos, en los términos de Polanyi, en mercancías ficticias, colocando a la cuestión social fuera del debate de las políticas públicas y más como un asunto del mercado, aprovechándose de su dimensión prestacional. De esa manera, impera la mirada económica puramente eficientista y utilitarista, en la que el interés general es equivalente al bienestar de las mayorías.

Por ello, ante situaciones en las que, por ejemplo, niños y niñas del sector rural no cuentan con las mismas condiciones educativas que en las zonas urbanas del país, tal como sucede en el caso de las hermanas Cieza, es más fácil su invisibilización, tomarlas como un asunto que podrá ser resuelto por el mercado o, inclusive, seguir el patrón histórico de marginación al considerarlas como una “carga” que no exige una inmediata atención por ser “costosa”. Por el contrario, con el enfoque de derechos humanos, el solo hecho de advertir que un grupo poblacional está en condiciones de desigualdad, lo tomará como un tema de derechos que necesita a un Estado presente que cumpla con sus obligaciones de garantizar los derechos fundamentales de cada uno(a) de sus miembros.

En consecuencia, con la demanda de las hermanas Cieza, no se trató meramente de la situación de unos(as) jóvenes en edad escolar que no tenían una institución educativa cerca para continuar sus estudios. En su lugar, con la identificación de las **condiciones de resultado** del estado de cosas injusto estructural, se develó que un grupo poblacional, titulares de derechos, de manera reiterada, se ha visto privada de gozar de su derecho fundamental a la educación, cuya gravedad resulta insostenible en un Estado Social Constitucional-Convencional, reconociendo sus condiciones de vulnerabilidad como mujeres jóvenes y población rural.

Dicha concepción traerá consigo que se observe, en primer lugar, la existencia de un problema público; y, en segundo lugar, sea calificado como de suma urgencia pues se trata de una situación de violación grave y reiterada de derechos fundamentales de una de las partes “más débiles” de la sociedad que demanda medidas positivas inmediatas. Así, el diagnóstico “titular - derecho - sujeto obligado” permitirá mejorar la comprensión

de la magnitud de lo que implica privar de las condiciones materiales básicas para subsistir y vivir dignamente, tratando a los derechos sociales como lo que son: derechos fundamentales.

Ahora bien, esta concreción de los derechos a cargo del Tribunal no se limita a esta primera decisión sino que su mayor impacto viene en la definición de la situación ahora sí calificada como no deseada y prioritaria. En efecto, no solo está el peligro de que las políticas sociales no sean concebidas como asuntos preferentes sino también que en caso se las coloque, se reproduzca la lógica mercantil y netamente económica como enfoque predominante cuando se proceda con la definición del problema. Y es que, se puede llegar a coincidir en que todos/as requieren alimentos, educación, trabajo y otros bienes y servicios que brinden las condiciones materiales para una vida digna; no obstante, el problema y las colisiones radican en de qué manera se logra tal acceso y disfrute (Lindblom, 1991).

En esa línea, Gusfield - citado por Edd y Cobb (1993) - señala que los diversos actores sociales buscarán que su definición sea la que la autoridad pública adopte o, en su defecto, pugnarán para que alguna definición no sea tomada en cuenta. Al respecto, se ha demostrado que en el país a través de las últimas décadas se ha optado por la predominancia de una lógica mercantil para el tratamiento de los derechos sociales que han estancado su progresividad, gracias a la ventaja empresarial existente.

Como consecuencia de ello, el centro de las políticas públicas es la persona humana pero en la versión de consumidor(a) o trabajador(a) que debe ingresar a la dinámica del mercado para proveerse de sus servicios y bienes para vivir, dejando a un lado a los grupos menos favorecidos, quienes deben “emprender” para alcanzar niveles de vida dignos o esperar por largos años que el Estado se preocupe por ellos(as). Así, el enfoque mercantilista imperante, conjugado con una mirada asistencialista, opta por definir el problema público desde sus causas inmediatas o de una manera superficial que apague momentáneamente el descontento.

Por ejemplo, cabe recordar cómo en el ámbito educativo en lugar de optar por el fortalecimiento del sistema de educación pública a nivel nacional se ha enfatizado en políticas públicas focalizadas - no necesariamente dirigidas a los más vulnerables - a través de entrega de un grupo selectivo de becas o la creación de un centro educativos de alta calidad para un sector reducido, que implica - en su mayoría - el traslado de los(as) estudiantes de sus lugares de residencia. De ese modo, se buscan alternativas de solución que no colisionen con los intereses hegemónicos predominantes.

En consecuencia, el enfoque de derechos humanos con el principio de igualdad y no discriminación como uno de sus pilares demanda que el problema público de carácter social sea definido desde sus causas estructurales para lograr una igualdad material para todos y todas. Esta premisa se materializa plenamente con el diagnóstico de las **condiciones de proceso** del estado de cosas injusto que habilita la emisión de una sentencia estructural, dado que el Tribunal Constitucional buscará remover las barreras institucionalizadas a efectos de que aquellos(as) sujetos en situación de vulnerabilidad alcancen - al menos - un nivel mínimo de satisfacción de sus derechos sociales.

En ese sentido, desde un enfoque tradicional - asistencialista y mercantil-, el problema público se aborda con base en una perspectiva sectorizada y vertical. En cambio, a partir de un enfoque basado en derechos humanos, se propone una mirada integral, diferenciada e interseccional, teniendo en cuenta la noción de desarrollo humano, sumado a que el problema público es un asunto de derechos que exigen ser optimizados; es decir, se comienza a hablar en términos de obligaciones. Además, con este enfoque de derechos humanos se enfatiza en los principios de universalidad e interdependencia detrás de los derechos humanos (Giménez y Valente, 2010), que derrota cualquier intento de excluir a los derechos sociales o seguir tratándolos como obligaciones morales.

En definitiva, siguiendo a Esping-Andersen - citado por Britos (2015) - el respeto, garantía y protección de los derechos sociales como derechos fundamentales permite contrarrestar el estatus mercantil asignado a la educación, salud, alimentación, trabajo, entre otros bienes o servicios que permiten a las personas vivir dignamente sin depender del mercado. De ese modo, la definición de la situación no deseada partirá del reconocimiento de la persona humana como titular de derechos y al Estado como obligado de asegurarlos.

De esa manera, se impacta también en el análisis económico detrás de las políticas sociales que inciden en su abordaje. Tal como visibilizó García Cobián pese a que el presupuesto público debe ser un instrumento en favor de los derechos fundamentales en general, ello no se ha logrado; lo cual resulta fundamental para la garantía de los derechos sociales en atención a su preponderantemente dimensión prestacional. Por ello, con el enfoque de derechos humanos, se permite una lectura de la teoría eficientista a fin de que se concilie con la redistribución de riquezas y gasto público en equidad.

En efecto, siguiendo a Ronald Dworkin, citado por Gómez (2012), no es factible olvidar la “carga moral pública” detrás de las regulaciones económicas, debiéndose comenzar a hablar en términos de mínimos en lugar de esperar un “efecto rebote”, con el objetivo de garantizar una igualdad mínima. Solo así se evitará deshumanizar a un sector de la población que se posiciona como la parte más débil y que, en consecuencia, no debe asumir algún costo en asignación de recursos sino más bien debe hacerlo la parte más fuerte de la relación, no los más vulnerables.

Para citar un ejemplo, en Colombia, la Corte Constitucional gracias al Estado de Cosas Inconstitucional pudo implementar su propio programa de regulación económica, como juez constitucional, en la que reivindicaba los valores de solidaridad y equidad social, enfrentándose a aquellos programas tradicionales que optan por una visión puramente eficientista. Así, la Corte buscó una perspectiva conciliadora en la que releyó la eficiencia en el sentido de que, paradójicamente, resultaba ineficiente apostar exclusivamente por el bienestar de las mayorías cuando ello implicaba trasladar los costos a la parte más débil como a los grupos en situación de vulnerabilidad (Gómez, 2012)

En ese sentido, la irradiación del enfoque de derechos humanos en el manejo de los recursos públicos permite que la definición del problema público social no esté supeditada a la respuesta de si cuesta mucho o no; o, si resulta útil en términos de las mayorías. Por el contrario, la pregunta guía será si realmente abordar el problema desde determinada arista conllevará a que el patrón de exclusión sea roto a fin de mejorar las condiciones de vida de los grupos poblacionales más vulnerables y brindarles por lo menos un nivel mínimo de satisfacción de sus derechos sociales que les permita vivir dignamente en sociedad.

En síntesis, es posible afirmar que el enfoque de derechos humanos permite una relectura de la teoría económica en específico y de la cuestión social en general. Por ello, en primer lugar, cuando se elige el problema público genérico que debe ocupar el primer nivel de prioridad del Estado al identificar las condiciones de resultado del estado de cosas injusto estructural está alertando de una situación de privación de derechos sociales que es urgente porque se está vulnerando derechos fundamentales.

Toda vez que no se trata de cualquier violación de derechos, sino una cuyas características son su altísima gravedad y reiterancia en el tiempo, dado que los titulares de los derechos vulnerados son parte de un grupo poblacional en situación de

desventaja respecto a los otros, siendo este un criterio para medir la gravedad del asunto en lugar de un criterio de invisibilización como lo postula la teoría eficientista. Con ello, se enfrenta a la mirada utilitarista y se derriba la noción de la cuestión social como una carga o una situación que debe ser resuelta exclusivamente mediante las fuerzas del mercado para pasar a referirse como un incumplimiento de obligaciones estatales en materia de derechos fundamentales que exige una atención enseguida.

En segundo lugar, con la identificación de las condiciones de proceso del estado de cosas injusto estructural se evidencia también la influencia del enfoque de derechos humanos en la definición del problema público social al abordarlo a partir de sus causas estructurales a fin de lograr una verdadera transformación de lo que está impidiendo un nivel mínimo de goce como titulares de tales derechos de forma permanente. Siendo esto un reflejo de la reivindicación de los derechos sociales como derechos fundamentales cuyos bienes y servicios no están sujetos primero a las reglas de la lógica mercantil sino, por el contrario, responden a las reglas de protección y garantía de los derechos humanos, derivado de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

Así, resulta pertinente reconocer la posición privilegiada del Tribunal Constitucional respecto de los demás decisores públicos tradicionales en esta fase del ciclo de las políticas públicas y es que como garante de la Constitución y máximo intérprete de la misma en el andamiaje constitucional tiene proximidad con el lenguaje de derechos humanos, facilitando su concreción en los términos planteados precedentemente. En consecuencia, se advierte cómo la formación de la agenda pública en manos del Colegiado al determinar el estado de cosas injusto que habilita una sentencia estructural visibiliza los problemas en torno a los derechos sociales y los define teniendo en cuenta su naturaleza de derechos y no como mercancías, trazando la ruta de acción dirigida a optimizarlos en ese sentido.

3.2.2. Formulación y decisión sobre la política y el diseño de órdenes estructurales

Una vez construida la agenda institucional, corresponde el diseño de las decisiones de políticas públicas que serán implementadas a fin de remediar la situación no deseada que se ha advertido. En otras palabras, se decidirá por aquellas alternativas más satisfactorias que permitirán afrontar el problema público elegido y definido (Dante y Subirats, 2014).

Por ello, para el diseño y adopción de este tipo de decisiones es imprescindible tener presente en todo momento la primera fase del ciclo de formación de una política pública, es decir, el problema público y su definición, pues la misma posibilita conocer cuál de todas las causas que pueden originar el problema será abordada. Solo así resulta factible comenzar a responder la interrogante de “qué hacer” para enfrentar la causa expuesta.

En ese sentido, se tiene que una decisión de este tipo se caracteriza en que para tomarla debe existir una gama de opciones entre las que se decide por una o unas de manera voluntaria. Claramente, detrás de una determinada elección, está un procedimiento de evaluación de ponderación y descarte. Esto debido a que se exige que las decisiones de políticas públicas que se tomen deben generar una incidencia positiva en la realidad o, al menos, buscaba lograrla. Las decisiones deben ser vistas como mejoras respecto a decisiones anteriores; justamente por ello, en la definición de política pública dada se enfatiza en la misma como hipótesis de mejora.

Siguiendo a Delgado (2009) y González y Gómez (2007), para construir el plan de acción se requiere, en primer lugar, la *fijación de los objetivos* que se pretenden lograr, ya que estos permitirán establecer la dirección que se quiere seguir, sumado a que estos deben ser cuantificable en plazos concretos (Ruíz, 2013). En segundo lugar, se *identifican o gestan las alternativas o medios* encaminados a lograr los objetivos trazados. Es decir, se trata de observar las opciones existentes y de crear otras según corresponda, En tercer lugar, se procede a *analizar las alternativas* en atención a sus ventajas y desventajas; en otras palabras, un examen comparativo, en especial de costo - beneficio. En cuarto lugar, corresponde que el decisor público competente tome la decisión sobre la *alternativa más satisfactoria* para la materialización de los objetivos.

En este proceso decisional del ciclo de formación de una política pública el Tribunal Constitucional tiene una intervención sumamente relevante cuando comienza a diseñar las órdenes estructurales dirigidas a remediar el problema constitucional diagnosticado. En efecto, tal como se ha determinado en el capítulo anterior, un aspecto integrante imprescindible de una sentencia estructural es el establecimiento de remedios con efectos *erga omnes* que permitan revertir el *statu quo* injusto visibilizado; para lo cual, se exige que los mismos sean construidos, por regla general, desde un enfoque moderado y, excepcionalmente, desde un enfoque fuerte.

De esa manera, recordando lo señalado por Gutiérrez (2016) y Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015), un remedio estructural moderado - llamado también una orden prescriptiva dialógica - tiene la característica de consagrar un fin amplio que debe ser perseguido para lograr un fin mayor consistente en la superación del estado de cosas injusto detectado en los términos que lo haya definido el Tribunal Constitucional. Esto es así debido a que se busca dar oportunidad a que sean las autoridades públicas intervinientes quienes detallen el contenido de la política pública mediante una actividad dialógica que involucre a las víctimas de la situación vulneradora de derechos y demás actores sociales que tengan interés en participar.

En resumen, el Colegiado constitucional cuando dicta una *orden estructural moderada* lo que está haciendo es *fijar objetivos específicos matrices* que necesitan ser implementados y cumplidos para mejorar el problema público desde una de sus aristas; detallando lo que se busca y disponiendo límites temporales (corto, mediano o largo plazo). Con ello, resulta evidente que el Tribunal asume de manera directa la primera tarea del proceso de toma de decisiones de una política pública al establecer los objetivos que servirán de base para las próximas decisiones.

En ese sentido, la identificación de las alternativas (medios) para concretar tales objetivos, su comparación y posterior elección seguirán siendo materias que tienen como protagonistas a los decisores políticos tradicionales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional también tendrá una participación importante como co-decisor en los siguientes pasos del proceso decisional de posibles alternativas de solución al problema público. De ese modo, la actuación del Colegiado no será *ex-post* o solo mirará desde afuera, sino que su capacidad de control e influencia se continuará ejerciendo desde adentro.

En efecto, no solo se tendrá presente al Tribunal Constitucional como mediador y fiscalizador a lo largo del proceso de selección de medios - aspecto que será abordado en el siguiente acápite - sino también debe tenerse en claro que los objetivos que establezca son concreciones de normas constitucionales y convencionales. Por tanto, las propuestas de medios y su respectivo análisis estarán sujetas tanto a los recursos disponibles como a los valores y principios jurídicos que inspiran los objetivos fijados.

De ese modo, el Tribunal Constitucional será el encargado de establecer el marco de acción referente en el que se deberán mover las autoridades públicas; así como, la deliberación y diálogo entre los actores cuando traza los objetivos constitucionales,

guiado por los alcances del *status quo* injusto que se busca revertir. Entonces, la habilitación de dicho marco no se encuentra definido únicamente por la disponibilidad de recursos, sino también teniendo en cuenta lo jurídico y, en este caso, irradiado por un enfoque basado en los derechos humanos. De esa manera, las alternativas y su análisis comparativo deben circunscribirse dentro del referido marco para el diálogo respectivo.

En este punto, debe precisarse que con el diálogo deliberativo no se busca la eliminación del ejercicio de autoridad, en este caso, representado también por el Tribunal Constitucional, sino que se busca un equilibrio. Si con el diálogo se llegan a acuerdos pues la intervención de la autoridad se reducirá al mínimo; sin embargo, ante un alto grado de conflictividad, el diálogo se convertirá más que en una herramienta resolutoria en un proceso de aprendizaje con intercambio de información y soluciones que de una u otra manera influyen en la toma de la decisión pública, brindando legitimidad a la misma. En ese escenario, la autoridad realiza un trabajo importante para que ante un conflicto de intereses latente encuentre una opción equilibrada (Brugue, 2014)

Ahora bien, aun cuando por regla general los objetivos están en manos del Tribunal Constitucional y la identificación de medios, su análisis comparativo y la selección final de tales alternativas se encuentra reservada para los decisores políticos públicos tradicionales, en determinadas ocasiones el Tribunal también asumirá la tarea de elegir la alternativa a implementar frente al problema. Y es que, cabe recordar que en algunas situaciones la adopción de remedios moderados no será suficiente, necesitando que se dicten remedios fuertes u órdenes prescriptivas unidireccionales, cuya característica central es su especificidad.

Efectivamente, mediante este último tipo de remedios, el Tribunal no solo establece el fin constitucional que se debe seguir sino que además señala que necesariamente se debe hacer para lograr dicho objetivo. Claro está que para arribar a dicha elección el Tribunal ha tenido que atravesar todo el proceso decisional que implica esta fase de una política pública: primero, partiendo del objetivo plasmado, identificar las alternativas existentes; analizarlas entre sí y elegir una de ellas.

En ese aspecto, se debe tener presente que dicho proceso de elección se circunscribe a salvaguardar la plena eficacia de las normas constitucionales y convencionales, guiándose a partir de las mismas desde la fijación de objetivos. Para lo cual, se vale de

la jurisprudencia, observaciones generales, opiniones consultivas y otros que han permitido construir un catálogo de medidas necesarias que los Estados deben y pueden implementar para satisfacer los derechos fundamentales en general y los derechos sociales en específico que facilita la labor de formular decisiones. Este “respaldo ideológico - político” (Brugue, 2014) resulta coherente a las bases que sostiene un Estado Constitucional y Convencional como el Perú, por lo que no debería generar mayor controversia.

Si bien, como se ha señalado anteriormente, los remedios fuertes cierran cualquier espacio de diálogo en cuanto a su contenido, pues detallan una acción específica, requiriendo resultados de si se cumplieron o no; termina siendo una respuesta al nivel de renuencia del Estado; y, los grados de afectación de los derechos en juego en relación a su contenido constitucionalmente protegido. Al respecto, siguiendo a Brugue (2014), ciertas circunstancias requieren una simbiosis entre un ejercicio deliberativo y el principio de autoridad pública, representado en el presente caso por el Tribunal Constitucional.

A. El establecimiento de objetivos constitucionales y medios con límites temporales verificables

Ahora que se tiene en claro cuál es la intervención del Tribunal Constitucional como co-decisor en esta segunda fase del ciclo de una política pública a partir del diseño de los remedios estructurales que dicta en el marco de una sentencia estructural, resulta oportuno evidenciar el impacto de ello en la optimización de los derechos sociales en el Perú. Para lo cual, es importante recapitular las obligaciones estatales respecto a los derechos sociales que se detallaron en capítulos anteriores.

Así, en una primera división se tienen a las obligaciones de respetar, proteger y garantizar; mientras que, en una segunda división se categoriza entre obligaciones de naturaleza inmediata y progresiva. Como se ha mencionado, el Tribunal Constitucional, mediante su jurisprudencia, ya ha determinado que respetar y proteger vienen siendo generalmente obligaciones inmediatas y, respecto a garantizar, indicó que esta contiene obligaciones tanto progresivas como de carácter inmediato (no discriminación, mínimo existencial y adopción de medidas).

A partir de lo expuesto, dada la dimensión preponderantemente prestacional de los derechos sociales, cabe reiterar que los principales problemas que los aquejan recaen cuando se trata de cumplir la obligación de garantizarlos. Justamente por ello, uno de

los principales obstáculos para la efectividad de este tipo de derechos que se abordó precedentemente es la desnaturalización del principio de progresividad.

En efecto, aun cuando se ha reiterado constantemente que la progresividad significa no solo gradualidad sino también implica un avance continuo hacia la satisfacción plena de los derechos sociales, la realidad peruana ha demostrado una completa desconexión entre ambas dimensiones. Y es que, se ha visibilizado una carencia de razonabilidad extrema en los periodos de tiempo que transcurren para generar supuestos avances que terminan configurándose como progresos minúsculos en comparación a las desigualdades sociales existentes en el país; siendo que solo buscan dar la apariencia de que el aspecto positivo del principio de progresividad se está cumpliendo.

Ante ello, la participación del Tribunal Constitucional como decisor en esta segunda fase del ciclo de una política pública juega un rol trascendental para enfrentar tal falencia. En primer lugar, a partir de la fijación de los objetivos que se pretenden alcanzar cuando se dictan los remedios moderados de orden estructural se logrará establecer *plazos específicos razonables*. Sobre la base de los cuales las autoridades públicas competentes deben implementar los medios que se decidan como los más satisfactorios, sirviendo además como *límite temporal final* para la calendarización que estos realicen posteriormente.

De esta manera, al dictar órdenes estructurales cuya fórmula implica necesariamente la inclusión de plazos específicos significa dar inicio al proceso de formulación de decisiones con el establecimiento de objetivos claros y metas temporales concretas que guíen las demás decisiones que involucran esta segunda etapa. Esto constituye a su vez una forma de asegurar la eficacia de la sentencia del Alto Tribunal y su impacto material o instrumental.

En ese sentido, la gradualidad no será visto de forma abstracta sino que deberá aterrizar y ajustarse al periodo de tiempo preestablecido, lo cual favorecerá a que cualquier cambio en el mismo requiera una justificación precisa, disminuyendo los riesgos de estancamiento o prolongación indebida. Aunado a que se resguardará la noción de avance detrás del principio de progresividad, pues tendrá una fecha límite que debe respetar. Claro está que el *cálculo de los plazos estará guiado bajo una lógica de derechos humanos que tendrá presente necesariamente la urgencia y los principios de razonabilidad y proporcionalidad*, estando exento de la mirada mercantilista que intenta dilatar y debilitar la noción de exigibilidad de los derechos sociales.

Además, la obligación general de garantizar los derechos sociales atraviesa por un *proceso de especificación y determinación concreta* relacionada al problema constitucional estructural detectado (problema público). Esto conlleva al segundo motivo relevante del papel del Tribunal Constitucional en esta etapa, consistente en que los objetivos constitucionales que se tracen podrán ser concebidos como *obligaciones de resultado*, exigiendo al Estado peruano que se alcancen dichos objetivos; de lo contrario la sentencia como tal perdería todo sentido vinculante.

Para una mejor comprensión de lo afirmado, cabe recordar la clasificación entre obligaciones de medios y resultados expuestos en el apartado anterior. Respecto a los primeros, se tiene que el Estado debe realizar determinada conducta (positiva o negativa) para dar por cumplido la obligación de este tipo, ya que su fin último es la materialización de un comportamiento. En contraposición, las obligaciones de resultado exigen al Estado conseguir ciertos efectos a partir de determinadas conductas que pueden ser elegidas libremente por el agente estatal.

Conforme lo demostrado anteriormente, cuando se habla de satisfacer derechos sociales automáticamente se invocan los "esfuerzos" que se realizan, enfatizando en que están cumpliendo con sus obligaciones de comportamiento y restándole importancia a los resultados (Mejía, 2013); lo que ha servido a sus detractores para enaltecer la gradualidad y omitir la dimensión dinámica de avance del principio de progresividad. Si bien el "hacer algo" es el punto de partida, no se debe perder de vista sus efectos. Puesto que se termina tomando medidas que en sí mismas no son diligentes ni tienen la intención de obtener determinados resultados en un plazo razonable; tratando solo de evitar cualquier alegación de incumplimiento omisivo.

En consecuencia, la fijación de objetivos constitucionales por el Tribunal como parte del proceso decisorio de una política pública representa la determinación de resultados concretos y específicos que deben ser alcanzados para generar un avance real encaminado a la plena satisfacción de los derechos sociales. Debido a ello, no solo bastará que se decidan los medios sino que el foco principal, en el marco de una sentencia estructural, recaerá en que se cumpla efectivamente el objetivo. Solo así se podrá dar por ejecutada la sentencia del Tribunal en sus propios términos; teniendo como ventaja la fuerza normativa que emana de ella.

En esa línea, es oportuno reincidir en que estos objetivos constitucionales no son invenciones de los magistrados constitucionales, sino que son expresiones de los

principios y valores supremos que sostienen un Estado Constitucional y Convencional. De esa forma, es que al estar ante vulneraciones graves, reiteradas y masivas de, en este caso, derechos sociales como consecuencia de un bloqueo institucional y una violencia estructural latente, la reversión de aquel *status quo* injusto demandará que los objetivos se elaboren a partir del marco normativo que los protege, teniendo presente su contenido, ámbitos de protección y obligaciones estatales asumidas; lo que permite reducir el grado de indeterminación detrás de las disposiciones en materia de derechos sociales y la identificación más clara y precisa de mandatos concretos.

Por ende, si bien después de haber trazado los objetivos se le devuelve cierto protagonismo a los decisores públicos tradicionales para que continúen con el proceso decisional que involucra esta segunda fase, el marco ideológico establecido por el Tribunal reducirá significativamente su discrecionalidad. De ese modo, se pone freno a todo tratamiento de los derechos sociales como mercancías ficticias y se reivindica su naturaleza de derechos fundamentales para lograr una progresividad que denote avances. Siendo que el Tribunal deberá estar atento a cualquier conflicto de intereses a fin de resguardar que las elecciones que se efectúen estén acordes al referido marco.

Por otra parte, se ha visto también cómo la vinculación intrínseca entre la obligación de garantizar los derechos sociales y la progresividad ha ocasionado la invisibilización de una de las obligaciones que, por su vital importancia, su cumplimiento debería darse de manera inmediata, esta es, la obligación de satisfacer los niveles mínimos para la existencia misma de la persona humana. Es decir, el deber del Estado de proveer lo básico para que la supervivencia de la persona deje de estar en riesgo cuando esta no pueda hacerlo por sí misma. Sin embargo, los índices de desigualdad en el país, la escasa inversión social y, en general, la conducta del Estado peruano en estas últimas décadas evidencian una preocupación insignificante por acatar a plenitud esta obligación esencial.

Siendo ello así nuevamente ingresa el Tribunal Constitucional para remediar dicha falencia, dado que - conforme lo expuesto precedentemente - ante circunstancias excepcionales no solo asume la tarea de iniciar el proceso de formulación de decisiones con la fijación de objetivos sino también decidirá ciertos medios específicos a implementar cuando dicta un remedio estructural fuerte. De ese modo, la elección final por parte del Tribunal asegura que las obligaciones mínimas vulneradas que se identifiquen a raíz del problema constitucional estructural detectado sean atendidas urgentemente por las autoridades públicas, sin lugar a mayores debates por su

esencialidad y teniendo presente que en el marco de una sentencia estructural el grupo protegido está en situación de vulnerabilidad.

Esto es un piso mínimo que pondrá el Alto Tribunal para que los decisores políticos tradicionales continúen construyendo sobre él, lo cual se condice con su propia jurisprudencia en la que estableció los tres umbrales de cumplimiento de los derechos sociales ya expuestos con anterioridad, disponiendo que el primer umbral relacionado al suministro de recursos mínimos en favor de aquellas personas cuya supervivencia está en peligro debe atenderse de forma inmediata y celeridad. Claramente, el Tribunal como máximo intérprete de la Constitución posee la capacidad técnica suficiente para decidir este tipo de soluciones que devienen de una argumentación jurídica constitucional que busca el respeto de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado peruano.

Esta misma lógica podrá ser aplicada ante la renuencia prolongada del Estado por realizar determinada conducta positiva en favor de los derechos sociales que conllevará al Tribunal a dictar un remedio fuerte. Ello a fin de evitar que siga transcurriendo el tiempo sin acciones concretas que termine situando a quienes necesiten de dichas medidas en un grave peligro, más aún si se está ante grupos en situación de vulnerabilidad.

Finalmente, otro punto clave es que, ya sea ante un remedio moderado o fuerte, el Tribunal Constitucional intervendrá en el análisis de los costos y beneficios de las diferentes alternativas que se identifiquen, cuyo resultado es básico para la elección final. Al respecto, cabe recordar que uno de los obstáculos para la comprensión plena de la progresividad en su dimensión positiva es su relación con la sostenibilidad económica de los países y el mal uso estatal de la misma para justificar conductas tardías y escasos avances.

Por ello, si bien el referido análisis en el sector público suele reducirse tradicionalmente a criterios meramente económicos (González, 2013), en el ámbito de las políticas públicas, esto podría conllevar a que, contrariamente a su fin, se efectúen elecciones opuestas a derechos fundamentales y que solucionan solo aparentemente los problemas públicos. Esto en la medida que da paso a posturas utilitaristas y mercantilistas, que buscan lo menos costoso y la máxima ganancia posible.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano, en su condición de co-decisor, tiene la oportunidad nuevamente de institucionalizar un análisis de costo y beneficio, con lentes de los derechos humanos, que conjugue tanto la eficiencia como la redistribución equitativa de los recursos públicos, lo que guiará de manera adecuada la selección de alternativas y su análisis comparativo entre sí; más aún cuando se tratan de derechos sociales que se presumen “costosos”. Dicha posición se sostiene en el segundo párrafo del artículo 77 de la Constitución, que estipula la equidad en el reparto de recursos; así como, menciona no solo a la eficiencia como criterio para la elaboración y ejecución del presupuesto sino también establece que se debe prestar atención a las necesidades básicas sociales.

En este extremo, es pertinente y necesario responder brevemente al posible cuestionamiento que surja de la intervención del Tribunal en relación al tema presupuestario. Dado que, en ciertas ocasiones, se suele decir que es ilegítimo que el Colegiado asuma esta tarea si es que desconoce de economía, acusándolo de causar mayor gasto y de atentar contra la Ley de Presupuesto. Frente a ello, el Tribunal, en condición de máximo intérprete de la Constitución, ha sostenido, en aquellos casos en los que los derechos sociales demandan recursos, que el presupuesto no es un fin en sí mismo sino un instrumento para el bienestar colectivo, tal como lo estipula el principio de justicia presupuestal en un Estado Social (García Cobián, 2015; TC, Exp. 2945-2003-AA/TC, 2004).

Por ende, ante situaciones excepcionales - como un estado de cosas injusto estructural - es imprescindible que se adopten medidas que respondan a dicho evento; por ejemplo, las entidades intervinientes puedan revisar su presupuesto y analizar su reajuste (García Cobián, 2015). Además, para satisfacer los derechos sociales no solo se tiene la riqueza distribuida en una Ley de Presupuesto, sino también abarca la riqueza por distribuir y lo proveniente de la cooperación internacional. Por consiguiente, lo único que hará el Tribunal es reencaminar la política económica en atención a lo dispuesto por la Constitución.

3.2.3. La implementación y evaluación de una política pública y la etapa de seguimiento de una sentencia estructural

Una vez diseñado el plan de acción en papel, corresponde materializarlo. Esta fase en el ciclo de una política pública es la llamada *implementación*, en la que todas las acciones hechas (actividades - procesos) para enfrentarse al problema público se

ponen en práctica, con la gestión de recursos humanos, financieros, etc. (*inputs*) para generar resultados (*outputs*). Estos últimos terminarán siendo analizados en la fase de evaluación de la política pública para identificar los impactos causados (*outcomes*), esto es, los beneficios generados a corto, mediano y largo plazo; así como, producir mayor información relacionado al problema público y las alternativas para abordarlo (Delgado, 2009).

Teniendo en cuenta ello, *prima facie*, puede parecer que el Tribunal Constitucional no tiene ninguna cabida como co-decisor en la implementación de una política, pues la gestión de recursos generalmente implica procedimientos legislativos y administrativos que escapan de su esfera de competencia. Sin embargo, siguiendo a Wildavsky - citado por Roth (2002) - y teniendo presente el paradigma de Estado Constitucional y Convencional al cual se adscribe el Perú, la implementación debe ser entendida, en un sentido más amplio, como un *proceso de aprendizaje continuo y evolutivo*.

Ello en la medida que mientras se busca que las elecciones se transformen en hechos, se pueden presentar circunstancias que exijan una reconfiguración de medios elegidos e incluso de los objetivos trazados, demandando volver a la etapa de formulación de decisiones. Asimismo, pueden ocurrir diversos fallos de implementación, tal como programar cierta actividad y luego realizar otra, no completar la acción planificada u otros derivados de causas institucionales, administrativas o políticas (Londoño y Bolaños, 2018).

En este punto, corresponde invocar al último de los componentes de una sentencia estructural, a la fase de seguimiento, a fin de comprender de qué modo el Alto Tribunal continúa en su posición de decisor de una política pública. Para lo cual, es preciso recordar que el dictado de las órdenes estructurales, que viene a ser la formulación de decisiones, no culmina el proceso constitucional que dio origen a la intervención del Tribunal, dado que la violencia estructural que viola derechos fundamentales reiterada, grave y masivamente tiene como pieza clave la violencia institucional traducida en una inercia permanente. Por tanto, no es factible dar por culminado el litigio sin que esté plenamente confirmado que el aparato estatal nuevamente está en movimiento.

De ese modo, la responsabilidad básica e inicial que tiene el Colegiado constitucional es asegurar el *desbloqueo total* de las instituciones públicas para que no se repita la misma historia de bloqueo institucional que conllevó al estado de cosas injusto que motivó su intervención y, en consecuencia, lo resuelto hasta ese momento no se

estranque en lo discursivo (Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito, 2010). Así, a partir del seguimiento fuerte que realiza el Tribunal al convocar a audiencias públicas periódicas o la creación de comisiones de seguimiento específicas en que participan diferentes actores, entre ellos las entidades públicas responsables de hacer algo, facilita que se garantice la implementación de sus órdenes y el despliegue de las actividades y procesos que sean necesarios.

No solo ello, sino que el Tribunal al mantener sobre sí la facultad de supervisar el cumplimiento de su sentencia en sus propios términos, también posee - por su estatus en el andamiaje constitucional - la *facultad de detener, reencaminar y reconstruir sobre la implementación entendida como un proceso y aprendizaje*. Dado que fiscalizará que los remedios estructurales adoptados y las demás elecciones tomadas bajo el parámetro constitucional-convencional sean implementados adecuadamente y sin que se desvirtúen. Por ende, se convierte en un guardián de la materialización de sus decisiones y en un compañero vigilante de su implementación, listo para remover cualquier obstáculo, fijar nuevas alternativas o corregirlas, o promover el arribo de otros acuerdos (Gutiérrez, 2016).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional interviene en la *gestión de los recursos o inputs, en específico, económicos*. Esto debido a que, en esta etapa, la irradiación del enfoque de derechos humanos en el tema presupuestal - explicado en el apartado anterior - que deriva en la conciliación entre una política económica eficientista y de redistribución equitativa deberá verse fehacientemente reflejado en la aprobación de la asignación presupuestal destinado a la realización del plan de acción.

Finalmente, se tiene que el Colegiado será quien *optará por el enfoque de la implementación que se usará*. Esto debido a que en la mayoría de oportunidades la Administración Pública opta por un enfoque tradicional de implementación de "arriba hacia abajo" (*top down*), en el que predomina los principios de jerarquía, autoridad y separación de lo político con lo técnico (Roth, 2002). En cambio, a partir de la realización de un seguimiento fuerte necesariamente se instalará un espacio de diálogo entre diferentes actores públicos, destinatarios directos de la política pública, y, en general, representantes de la sociedad civil interesados.

De ese modo, este activismo dialógico por parte del Tribunal Constitucional cuando se trata de una sentencia estructural conllevará a la instauración de un enfoque de implementación denominado *de buen gobierno* en los términos de Roth (2002). Esto a

través de las audiencias públicas, conformación de comisiones de seguimiento, emisión de autos de seguimientos, etcétera.

Ahora bien, para medir que se está actuando correctamente y determinar la efectividad de las decisiones tomadas, es necesaria su *evaluación*. Esta última fase del ciclo de una política pública implica realizar un juicio de cómo se viene ejecutando el plan de acción; así como, sus resultados e impactos (Gris, 2012). De ese modo, se evalúa tanto lo que viene sucediendo, teniendo presente los recursos usados, las actividades hechas y los productos visibles que se generaron; así como, se efectúa una valoración de los impactos provenientes de las decisiones tomadas sobre el problema público.

Para llevar a cabo la evaluación correspondiente, resulta imprescindible la *generación de información* a fin de reconocer el nivel de avance de las actividades y el cumplimiento de los objetivos. Debido a ello, otra tarea fundamental es la *construcción de indicadores* que permitan una vigilancia objetiva y continua. A partir de los datos recabados, será posible determinar tanto los *resultados* de las elecciones tomadas y el **impacto** que efectivamente causaron como consecuencia de las mismas (Gris, 2012).

Teniendo en cuenta ello, cabe responder si el Tribunal tiene cabida en esta etapa del ciclo de una política pública. Evidentemente, el órgano constitucional a fin de resolver si su sentencia estructural ha sido cumplida y se ha alcanzado el fin último consistente en superar el estado de cosas injusto detectado, debe emprender un proceso de monitoreo, el cual se manifiesta en su fase de seguimiento. Es a partir de esta actividad que el Tribunal Constitucional no solo será decisor en la construcción de la agenda institucional, en la formulación de decisiones y en la implementación sino que culminará su participación evaluando que las decisiones que ha venido tomando cumplan la razón de ser que activó su intervención.

En primer lugar, en cuanto a la *producción de información para medir los niveles de cumplimiento*, se tiene que en el seguimiento directo que realiza el Tribunal desde un enfoque fuerte habilita un espacio de interacción y diálogo, abundante en datos, entre los destinatarios de la política pública, las instituciones estatales competentes y demás representantes de actores civiles interesados, directa o indirectamente, con el problema público. Además, gracias a la periodicidad continua, se facilita una evaluación constante desde diferentes perspectivas, sumado a la posibilidad de que el Tribunal mismo constituya comisiones que recaben la información y exija a las autoridades públicas que entreguen informes cada cierto periodo de tiempo.

Todo ello convierte al Tribunal Constitucional en un receptor y productor de información útil, a partir de diferentes fuentes, para determinar el avance de la política pública construida. Así, le es factible decidir de qué manera está operando el procedimiento de desbloqueo institucional que ha ordenado y el proceso de implementación de las elecciones hechas, incluyendo la ejecución presupuestal. Para lo cual, el Tribunal Constitucional construye sus propios *criterios de evaluación* a fin de expedir sus autos de seguimiento decidiendo si se ha cumplido o no con los objetivos constitucionales establecidos y cotejar con la evaluación que realicen los demás órganos del Estado competentes.

Ahora bien, con base en la experiencia colombiana, se puede determinar que la facultad de seguimiento del Alto Tribunal está acompañada de la necesidad de crear indicadores que le facilite su labor como decisor y mediador. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, en su emblemática sentencia estructural T-025 del 2004, perfeccionó un sistema de indicadores clasificados en: i) de goce efectivo de derechos, dirigidos a determinar el impacto ocasionado en los(a)s receptores de las decisiones en relación a revertir su posición dentro del estado de cosas injusto; ii) complementarios, encargados de brindar una visión general sobre los resultados generados de manera global por cada derecho en juego; y, iii) los sectoriales, elaborados por cada entidad pública interviniente para medir los resultados de su actuación (Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito, 2015).

Por ende, la construcción de indicadores resulta una actividad intrínseca de un seguimiento fuerte que permitirá calificar la actuación estatal y verificar si las instituciones intervinientes están produciendo *resultados* y que los mismos sean coherentes a los plazos de tiempo establecidos. Además, el Tribunal, a efectos de declarar como superado el estado de cosas injusto, debe medir el *impacto* de las decisiones y responder si la población destinataria de la política pública efectivamente ha mejorado como consecuencia del plan de acción diseñado y ejecutado (Geltner et al., 2011). Este análisis también coadyuvará a la obtención de información más precisa sobre si se requiere algún replanteamiento de decisiones porque las actuales no están funcionando.

A. El Tribunal Constitucional como fiscalizador de resultados y mediador del control popular

Recapitulando, se tiene que la facultad de seguimiento del Tribunal Constitucional con la expedición de una sentencia estructural le permite continuar como decisor en la materialización - en parte - de las etapas de implementación y evaluación del ciclo de una política pública. Teniendo en claro ello, ahora resulta relevante identificar cómo esta relación sigue coadyuvando a la reivindicación de los derechos sociales en el Perú.

Para lo cual, es preciso recordar uno de los principales obstáculos en torno a la garantía de los derechos sociales expuesto en apartados anteriores, consistente en la escasa presencia de mecanismos participativos efectivos para los grupos más vulnerables a lo largo del ciclo de una política pública, primando un control popular de naturaleza débil circunscrito a las elecciones. Esto sumado a la crisis de representación política por la que se atraviesa y la captura por parte de las élites intelectuales y económicas de los austeros espacios de representación existentes gracias a la mercantilización de estos derechos.

En este contexto, es que los grupos o colectivos que enfrentan las mayores desventajas para acceder y disfrutar de los derechos sociales terminan siendo acallados(as) o sus opiniones no tomadas en cuenta en la gestación de las políticas públicas, aunque se observe que las mismas, formalmente, están dirigidas a ellos(as). Tal situación conlleva a decisiones públicas alejadas de la realidad y situaciones de conflicto entre Estado-ciudadano(a) al no percibir un real interés sobre las condiciones que atraviesan.

Aquel panorama general será neutralizado por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera. En cuanto a la implementación, se debe partir por reconocer que el estar frente a un seguimiento fuerte propio de una sentencia estructural inevitablemente el enfoque de la implementación será el de buen gobierno, tal como se adelantó en el acápite anterior. En esa línea, se produce la construcción de un espacio de diálogo por parte del Colegiado y la inclinación por un activismo dialógico que rompe tanto con la conexión tradicional entre este y los sujetos procesales basada en un papel (sentencia) como la relación vertical entre los(as) que ostentan el poder político subidos en un pedestal y los "otros" como subordinados(as).

Así, el Tribunal llevará a cabo la importante tarea de elaborar un mapa de actores a fin de invitarlos(as) directamente a participar, promoviendo un diálogo inclusivo y deliberativo. En consecuencia, abandona el enfoque tradicional top down, en el que se carecía de espacios de participación y diálogo con los(as) destinatarios(as) de la política pública y abre paso a un nuevo marco de referencia pragmático que - pese a sus propias dificultades para materializarse - reemplazará a la jerarquía por la participación entre múltiples actores; a la interdependencia y articulación entre poderes y demás órganos constitucionales en lugar de su división estricta; y, el replanteamiento de la autoridad como único método para coadyuvar a hacer algo (Stoker citado por Roth, 2002).

Ahora bien, resulta importante reconocer la existencia de diferentes dificultades para lograr una verdadera inclusión de los(as) actores históricamente excluidos(as), existiendo el peligro de caer nuevamente en una elitización participativa. Por ejemplo, desde la experiencia colombiana a partir de su sentencia estructural sobre desplazamiento forzado expedido por la Corte Constitucional (T-025 del año 2004), se identificó el uso de tecnicismos que podía ocasionar barreras del conocimiento; la diversidad de perspectivas dentro del mismo grupo que generaban barreras logísticas; o, la centralización en ciertos representantes (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015).

Ante ello, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional comienza la apertura de un espacio mínimo de diálogo, dado que su actuación se circunscribe a un problema público delimitado en términos de su competencia. Por ende, el poder político no debe evadir su responsabilidad de maximizar dicho espacio, lo cual corresponderá al Tribunal fiscalizar que se cumpla. Además, tales barreras obligan a que el órgano constitucional prevea posibles soluciones, siendo conscientes de que romper décadas de exclusión e invisibilización es una tarea compleja.

Sin perjuicio de lo alertado, lo cierto es que, conforme reconocen los mismos autores César Rodríguez y Diana Rodríguez (2015), la sentencia del T-025 levantó un escenario que promovió una de las mayores expresiones de la democracia: la participación horizontal y directa de la sociedad civil. En ese sentido, la apuesta por un constitucionalismo dialógico y, por ende, una democracia deliberativa conllevará a que el ciclo de las políticas públicas en su fase de implementación y evaluación también sean llevados a cabo bajo este parámetro mediante la actuación del Tribunal,

coadyuvando a que las políticas sociales no sean más meros instrumentos “legitimadores” sin efectividad para los(as) que más lo necesitan.

En la misma línea, se tiene que el Tribunal Constitucional combate la desnaturalización del principio de progresividad mediante su intervención activa en el desbloqueo institucional, de manera conjunta - principalmente - con los(as) destinatarios(as) de la política pública. Es así que a partir de la fase de seguimiento se habilita un monitoreo continuo a efectos de que las órdenes estructurales (decisiones) dictadas sean materializadas.

Esto resulta fundamental para los derechos sociales porque conviene recordar que tienen una dimensión predominantemente prestacional que ante su mercantilización conlleva a una desnaturalización del principio de progresividad que rige su plena satisfacción, lo cual se traduce en un bloqueo institucional frente a cualquier modificación del status quo que implique un atentado a los intereses clientelares o de las élites económicas. De ese modo, para el Tribunal no bastará, para dar por cumplida su sentencia, acciones a nivel discursivo que solo intentan aparentar un avance hacia la satisfacción cabal de ese tipo de derechos.

Además, el espacio de diálogo constituido por el Colegiado habilita a que el grupo en situación de vulnerabilidad al que se le intenta restaurar sus derechos sociales pueda brindar información, en su calidad de víctima y observador(a), sobre sí se está haciendo algo; convirtiéndose en una fuente de información igualmente activa e imprescindible que la versión estatal. Este nivel de involucramiento, a su vez, generará un contraataque hacia los factores que favorecen la inercia estatal, dado que - como señalan Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2015) - sin movilización social los obstáculos para una transformación social serán difíciles de derribar.

Ahora bien, en relación a la facultad de detener, corregir y/o modificar del Tribunal Constitucional en la implementación y bajo un contexto de aprendizaje colaborativo, de por sí su principal contribución en favor de los derechos sociales será el de disipar cualquier interés mercantil que socave su naturaleza de derecho fundamental al momento de ejecutar las órdenes. Esto teniendo presente que la existencia de intereses contrapuestos no desaparecerá.

En esa línea, resulta pertinente reiterar que con los mecanismos dialógicos que activa el Tribunal se logra conectar voces de los diversos colectivos; siendo que, de manera específica en el marco de una sentencia estructural, dicha conexión permite dar no solo voz a estos grupos históricamente excluidos, víctimas de una violencia estructural que los invisibiliza, sino también la posibilidad de incidir realmente. Y es que los(as) mismos(as) destinatarios(as) de la política pública serán capaces de alertar al Colegiado que los remedios estructurales dictados o las decisiones tomadas colectivamente no se están concretizando conforme lo establecido.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional es un mediador del control popular capaz de activar su facultad de detener el proceso de implementación y corregir las fallas que se presenten cuando así lo pongan en su conocimiento. Debe tenerse presente que en un contexto tradicional, en múltiples ocasiones, las autoridades públicas prefieren no escuchar o hacer caso omiso a las voces de la sociedad civil; por ello, un espacio dialógico dirigido por un órgano cuya única función es resguardar la Constitución y la dignidad humana es de suma relevancia.

Asimismo, una implementación con un enfoque de buen gobierno-dialógico permitirá una materialización más rápida de las elecciones hechas, pues podrá contar con la colaboración de los diferentes agentes, facilitando que la Administración Pública responda de manera más celerante a cualquier circunstancia que requiera un replanteamiento de decisiones o la formulación de acuerdos acorde al marco de acción referente establecido por el Tribunal. Por ejemplo, como cuando para continuar con la implementación del programa o para la ejecución de una alternativa se necesita de un consentimiento previo de algunos actores (Delgado, 2009).

Así, queda claro que el tránsito a lo concreto no solo se satisface con la burocracia sino que exige el involucramiento de todos los actores posibles en posiciones iguales (teniendo en cuenta las situaciones de desventaja que existan) para su éxito y, de ese modo, evitar situaciones conflictivas que impidan la concretización de las elecciones tomadas; por ello, la relación entre implementadores y el grupo objetivo es transcendental. Esta premisa cobra mayor relevancia en las políticas sociales en las que para dar una apariencia de legitimidad convocan a los destinatarios u otros actores relacionados sin otorgarles poder de decisión, predominando la visión mercantilista que los reduce a consumidores o a beneficiarios que vienen a ser salvados(as) con una narrativa impuesta y asistencialista. .

De otro lado, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010) también hacen referencia a un efecto coordinador. Para ejemplificar, en el caso de la sentencia sobre desplazamiento forzado en Colombia, se tiene que para la implementación de la política se requería tanto al gobierno nacional como al municipal, distrital y departamental. Siendo que incluso se designó a un coordinador territorial en uno de sus Autos de Seguimiento, asignando responsabilidades determinadas o recordando las obligaciones jurídicas que tenía cada entidad. Así, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declaró que previo a la emisión de los referidos autos sobre el problema del desplazamiento predominaba una desarticulación.

Por último, respecto a la gestión de recursos económicos, cabe recordar que uno de los argumentos más usados para negar la condición de derechos fundamentales a los derechos sociales es que su satisfacción resulta “costosa”. Si bien la atribución exclusiva de esta característica ya ha sido desmentida en el primer capítulo, aún es un reto pendiente que la conciliación entre la política económica eficientista y la política de redistribución equitativa no solo quede en la elaboración presupuestal sino que se ejecute realmente. De esta forma, ante cualquier cambio presupuestal que se requiera no sea visto como una “traba o carga” que conlleve a paralizaciones; en su lugar, se busque priorizar el gasto social en favor de aquellos(as) grupos cuya subsistencia o condiciones básicas de vida está en riesgo.

Seguidamente, corresponde hacer referencia a la evaluación y cómo la permanencia del Tribunal como decisor en esta fase al contar con una facultad de seguimiento fuerte en el marco de una sentencia estructural sigue el camino de reivindicación de los derechos sociales en el país. En ese sentido, respecto a la intervención del Tribunal Constitucional como generador de información, se observa que la concepción dialógica inherente a su facultad de supervisión trae consigo que las decisiones públicas sean monitoreadas por los(as) mismos(as) destinatarios(as) de la política pública, canalizando la información que tengan en espacios inclusivos - audiencias públicas, comisiones de seguimiento, etc. - en los que verdaderamente puedan incidir.

En efecto, es importante tener presente que la evaluación es un instrumento de obtención de conocimiento (Gris, 2012), ya sea para formular decisiones, tales como ampliar el programa, cambiarlo o cancelarlo, o para medir el grado de cumplimiento de los remedios dictados u órdenes a implementar. Sin embargo, en un escenario en el que el propio Estado es cómplice de la violencia estructural que padecen ciertos grupos

poblacionales (estado de cosas injusto) y que se traduce en la elitización de la participación política de la sociedad civil, tenerlo como única fuente de información o la “oficial” resulta insuficiente y parcializado.

Por ello, la conversión de la información proveniente de aquellos grupos históricamente invisibilizados en fuente activa de decisiones, es decir escucharles y asegurarles que dicha información será objeto de deliberación (Brugue, 2014), contrarresta la ausencia de mecanismos de reclamo social al acercarlos al poder público al igual que las élites empresariales o intelectuales. Por ende, el Tribunal pondrá en posiciones iguales, como debía ser desde un principio, a las autoridades públicas y a los sujetos cuyos derechos intenta proteger; siendo que la información que produzca, por ejemplo, en sus autos de seguimiento lo refleje.

Ahora bien, un segundo aspecto de la evaluación de una política pública implicaba la construcción de indicadores para medir los niveles de cumplimiento de las decisiones tomadas (resultados) y el impacto que causaron en el grupo poblacional receptor. La intervención del Tribunal Constitucional en relación a dicha tarea resulta precisa, pues debe asumir la elaboración de un sistema de indicadores que facilite la supervisión de su sentencia y con ello, de la política pública.

Lo relevante de tal labor para los derechos sociales es que los indicadores serán escritos en un lenguaje de derechos. Efectivamente, en un contexto en el que la pugna por reducir los objetos de protección de los derechos sociales en meros bienes económicos y fomentar un Estado pasivo respecto a los mismos, el establecimiento de indicadores cuyo contenido se fundamenta en las obligaciones nacionales e internacionales asumidas respecto a ellos coadyuva a su exigibilidad como derechos fundamentales en el plano pragmático y que las mismas no queden como compromisos que pueden o no ser cumplidos.

Además, los indicadores en políticas públicas tradicionalmente se reducen a lo económico, es decir, cuánto se gastó y cuánto se logró en términos de cuantificación monetaria para hablar del éxito del programa. En consecuencia, como se ha visto a lo largo de los primeros capítulos, en el caso de las políticas sociales históricamente se suelen fijar niveles de cumplimiento bajísimos con el argumento de que se necesita recursos económicos y no resulta prioritario invertir en un grupo pequeño grandes sumas de dinero. Por ello, la elaboración de indicadores en términos de derechos sigue

velando por la conciliación entre la visión económica con la jurídica, en la que la satisfacción de los derechos es el eje rector por ser una obligación que no se encuentra en debate (Rodríguez Franco y Rodríguez Garavito, 2015)

Claramente esto permite enfrentar la desnaturalización del principio de progresividad y vigilar por acciones graduales que representen avances concretos hacia el goce total de los derechos sociales, alertando cualquier insistencia de bloqueo o retroceso. Justamente por ello, la CIDH (2008) consideró necesario la creación de un sistema de indicadores a fin de medir de mejor manera el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones en materia de derechos sociales consagrados en el Protocolo de San Salvador y así determinar responsabilidades ante cualquier acción u omisión que represente un peligro para los mismos.

En ese sentido, el construir indicadores específicos y acordes a la realidad propia contribuye a una mejor evaluación al contar con parámetros claros, concretos y con una mirada hacia la plena concreción de los objetivos constitucionales propuestos. De esa manera, el privilegio por los resultados con el dictado de las órdenes estructurales se evidencia también en la forma de evaluar y monitorear al enfatizar en cuánto se viene cumpliendo, si los avances son idóneos conforme a los plazos designados y el impacto que genera la política pública.

Asimismo, con los mecanismos de diálogo liderados por el Tribunal, como las audiencias públicas o las comisiones de seguimiento, se incorporará el enfoque de las víctimas y demás actores sociales que no tienen las ventajas para acercarse a los decisores de políticas públicas tradicionales. Por ende, en esta etapa de seguimiento - evaluación seguirán siendo una fuente de información activa importante en relación a la creación colectiva de indicadores que sean realmente idóneos para medir los resultados e impactos de la política pública; así como, proporcionar datos más cercanos a la realidad para calificar los grados de cumplimiento de los mismos.

Lo anterior también conlleva a promover un énfasis en los outcomes (impacto), pues se prestará mayor atención no solo a lo que se vaya realizando sino también cómo ello acerca al objetivo último de superar el estado de cosas injusto a partir de la labor del Estado, lo que representará un cumplimiento del principio de progresividad en su fase evolutiva, cuyo fin es conducir hasta la plena efectividad de los derechos sociales. Para ello, la visión de los destinatarios(as) de la política pública será trascendental para

conocer qué es lo que verdaderamente se necesita tener presente para conseguir efectos materiales. De esa manera, el diálogo como reemplazo de la representación y de la delegación permite reconocer a las víctimas directas o indirectas como una de las más idóneas para dar información útil (Puga, 2013).

Ante ello, es importante evocar la dinámica participativa que plantea Díaz (2017). Por un lado, se tienen los procesos de consulta en los que solo se invita a la ciudadanía con el fin de legitimar decisiones ya tomadas, con un impacto bajo de la participación por ser el ciudadano(a) un agente externo; siendo estos los que priman en el Perú respecto a los sujetos en situación de vulnerabilidad conforme lo expuesto en apartados anteriores. Por otro lado, se encuentran aquellos procesos de involucramiento en los que la persona influye en el resultado final.

Estos últimos son los que el Tribunal Constitucional logrará institucionalizar con un seguimiento fuerte desde un activismo dialógico al brindar a los grupos en situación de vulnerabilidad un espacio en el que se encuentren en posiciones iguales a los que ostentan el poder político, formal y fácticamente, para monitorear, denunciar inacciones o cuestionar resultados o presuntos impactos. Con esto, llevar a cabo una implementación y evaluación de políticas sociales impregnadas con las ventajas que tal participación trae consigo a fin de ciertamente garantizar una mejora del problema público social (Estado de Cosas Injusto).

Ahora bien, en el Perú, como se ha dicho, se han dado los primeros pasos para institucionalizar las sentencias estructurales, estando aún en proceso de perfeccionamiento. Así, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha optado por dos mecanismos de seguimiento, que evidencian su apuesta - como se debe - por un seguimiento fuerte: la creación de una comisión de seguimiento y la realización de audiencias públicas. En este contexto es que el 05 de agosto de 2020 se realizó la audiencia de supervisión de cumplimiento - la segunda en la vida institucional del Tribunal - de la ya citada sentencia recaída en el expediente N° 0853-2015-PA/TC, caso de "Las hermanas Cieza", del año 2017.

Recapitulando, en dicha sentencia se ordenó al Ministerio de Educación formular las decisiones que asegurarían llegar al objetivo de garantizar la disponibilidad y accesibilidad a la educación básica en zonas rurales, dando la orden fuerte de empezar por Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica. De ese modo, se estableció

como plazo para diseñar, proponer y ejecutar el programa hasta 4 años, debiendo el Ministerio de Educación coordinar con el Poder Legislativo e informar cada 6 meses los avances al Colegiado. Ahora bien, en la audiencia de supervisión, convocada después de más de tres años, se observó aún las debilidades en cuanto a la institucionalización de un seguimiento fuerte y una mirada dialógica que permita una evaluación integral en favor de los derechos sociales.

Por ejemplo, solo se contó con la presencia de la parte demandante y aunque se les pidió que contaran su experiencia y los cambios que habían observado no hubo otra participación de la población estudiantil, colectivas, etc.; así como, solo se citó al Ministerio de Educación y a las autoridades educativas inicialmente demandadas. Por otra parte, el Ministerio de Educación presentó la Política de Atención Educativa en Ámbitos Rurales, aprobada por Decreto Supremo 013-2018-MINEDU del 14 de diciembre de 2018. Sin embargo, no se advirtió el diseño de indicadores de cumplimiento claros por parte del Tribunal ni una predisposición por generar un diálogo sobre las decisiones tomadas, concentrándose en él la escucha y respuesta.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 2020, el Tribunal emitió el Auto N° 01 de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en él se determinó que el Estado no había logrado un nivel de cumplimiento acorde a los plazos establecidos, el objetivo propuesto y la orden fuerte dictaminada. Esto al no priorizar las regiones más vulnerables ni asignar y ejecutar el presupuesto de manera acorde con las acciones a implementar (nuevos centros educativos, arreglar infraestructura y mejorar de condiciones de los docentes). Por tanto, si bien se reconocieron los esfuerzos llevados a cabo (medios) el privilegio por los resultados conllevó a que se estableciera que el proceso aún se mantenga abierto. Sumado a ello, ante las nuevas circunstancias producto de la pandemia por Covid-19, el Tribunal señaló la importancia de reajustar el plan.

Más de un año después, se realizó la segunda audiencia, el 2 de junio de 2021, en cuyo auto el Tribunal comenzó a exigir cifras exactas y acciones concretas, por lo que el proceso aún no podía darse por concluido. Asimismo, se enfatizó en las acciones de coordinación con el Poder Legislativo a fin de poder implementar el plan de acción que asegure la concreción del objetivo constitucional propuesto. Por otro lado, se registró un insípido avance en la materialización del enfoque dialógico al extender la invitación a participar en la audiencia al Congreso, pero persistió la ausencia de las víctimas del estado de cosas injusto detectado y de otros actores civiles de relevancia. De ese modo,

todavía resulta una tarea inacabada el consolidar un seguimiento fuerte en nuestro país, lo cual es una consecuencia lógica de la carencia de una recepción formal de este tipo de sentencia.

Por otra parte, la información generada en la fase de seguimiento permitirá retornar a la segunda etapa del ciclo de una política pública, es decir la formulación de decisiones. Esto con las ventajas de contar con datos construidos bajo un enfoque de derechos humanos que enfrenta la concepción mercantilista de los derechos sociales; con una estructura más específica y realista que frena la desnaturalización del principio de progresividad; y, desde una mirada colectiva, que posiciona a los grupos en situación de vulnerabilidad como parte esencial de la transformación social.

Finalmente, si bien a efectos explicativos se ha evidenciado la conexidad entre la fase de formulación de decisiones con la expedición de los remedios estructurales, en el caso de las órdenes estructurales moderadas se debe precisar que irán dotándose de contenido en la fase de seguimiento a través del mismo esquema dialógico propuesto. Y es que es más probable que se diseñen decisiones óptimas de manera colectiva (Lindblom, 1991), aunque en ciertas ocasiones - como se mencionó anteriormente - deban dictarse órdenes fuertes cuyo contenido es de indiscutible cumplimiento.

En síntesis, cada uno de los componentes de una sentencia estructural conlleva al Tribunal a asumir un rol de decisor dentro del ciclo de una política pública, en este caso de carácter social. Desde la definición del problema público con el diagnóstico del estado de cosas injusto, la formulación de decisiones con el diseño de las órdenes estructurales y la implementación y evaluación mediante la facultad de seguimiento fuerte que asume el Alto Tribunal. Gracias a ello, se logrará la construcción de políticas públicas que coadyuven a la reivindicación de los derechos sociales en el Perú, empezando por los grupos en situación de vulnerabilidad, al oponerse a los principales obstáculos detectados para la efectividad de este tipo de derechos. Estos son: los intereses mercantiles; ausencia de una aplicación del principio de progresividad desde su dimensión positiva; y, la exclusión de los "otros" que sirve para su invisibilización como titulares de derechos fundamentales sociales.

CONCLUSIONES:

A lo largo de la presente tesis, se realizó una investigación detallada con el fin de analizar el impacto de las sentencias estructurales en la protección efectiva de los derechos sociales en el Perú por parte del Tribunal Constitucional peruano. Por ello, se planteó como objetivo general de esta investigación determinar de qué manera este tipo de sentencia se convierte en un medio que coadyuva a dotar de efectividad a los derechos sociales a través de su incidencia directa en la elaboración de una política pública, concluyendo lo siguiente:

1. No resulta factible comprender a plenitud la relación entre una sentencia estructural del Tribunal Constitucional y la efectividad de los derechos sociales si es que no se conoce previamente el marco de actuación en el que dicha relación cobrará vida, otorgándole sentido y legitimidad. Así, se ha determinado que el Perú es un Estado Social, Constitucional y Convencional de Derecho, cuya identidad sustancial es la defensa integral de la persona humana como individuo y ser relacional dentro de una sociedad.
2. El Tribunal Constitucional del Perú, como máximo garante de la Constitución en el andamiaje constitucional, tuvo un rol protagónico en el arraigamiento del Estado Social en nuestro país a través de sus sentencias, sobre todo, al reconocer a los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales subjetivos que incorporan como objetos de protección a bienes o servicios que cada persona, como miembro de una sociedad, necesita acceder y disfrutar para vivir y subsistir en condiciones dignas. No obstante, se ha dado inicio a un segundo momento en el que la preocupación se enfoca ahora en la efectividad de los derechos fundamentales sociales, esto es, en lograr que el plano normativo-teórico conseguido se refleje en la realidad social peruana.
3. Es importante tener presente que el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano constitucional y tribunal jurisdiccional excepcional en atención a sus competencias, presenta tanto una dimensión política como jurídica, en tanto el control constitucional que ejerce sobre toda decisión pública influye en la estructura y funcionamiento de los poderes del Estado y otros órganos constitucionales. Es así que con la judicialización de la política, se terminó por abandonar la teoría de las *political questions* que postulaba que existían asuntos políticos constitucionales que no eran pasibles de ser justiciables; y, en su lugar, se sostiene que no existe zona

que esté exenta de control constitucional, evidenciándose una postura en favor del activismo judicial.

4. Una muestra de ello es que el Tribunal Constitucional peruano ha incluido como uno de sus objetos de control de constitucionalidad a las políticas públicas, las cuales constituyen instrumentos de suma relevancia para la efectividad de los derechos fundamentales. Esto, principalmente, en relación a los derechos sociales teniendo en consideración su fase predominantemente prestacional.
5. Para ejercer este control, el Tribunal desarrolló un test dirigido a identificar *déficits* en torno a las políticas públicas que justificara su pronunciamiento: *i) Déficit de existencia*: si se ha elaborado o no la política pública; *ii) Déficit de ejecución*: si ha ocurrido una implementación efectiva; *iii) Déficit de consideración suficiente*: si ha tomado en cuenta los aspectos relevantes en relación al derecho a proteger; *iv) Déficit de respeto suficiente*: si ha ocurrido una vulneración manifiesta de derechos fundamentales (déficit de violación manifiesta), si se han planteado medidas inadecuadas (déficit de razonabilidad) o si se han tomado en cuenta situaciones urgentes (déficit de protección básica); y, *v) Déficit de confrontación de problemas estructurales*: si se ha prestado atención a los hechos que impiden la materialización de las políticas públicas y el derecho, tales como un déficit de participación política, de transparencia, de fiscalización y rendición de cuentas o de evaluación de impacto.
6. Este test de *déficits* sienta un primer nivel del control de constitucionalidad sobre las políticas públicas en el que el Tribunal Constitucional realiza un control externo a fin de identificar y señalar la pertinencia de formular una política pública o, en caso exista una, si cuenta con lo mínimo conforme al parámetro constitucional y convencional. De esa manera, las autoridades públicas competentes serán las llamadas exclusivas para revertir el déficit detectado.
7. Ahora bien, con base en sus antecedentes provenientes del constitucionalismo estadounidense y colombiano, una sentencia estructural viene siendo un tipo de sentencia que aborda la existencia de una violación grave y reiterada de derechos fundamentales de un conjunto de personas en situación de vulnerabilidad como resultado de factores estructurales (estado de cosas injusto), por lo que se establecen órdenes complejas que guardan relación con el funcionamiento de una política

pública (remedios estructurales) y se incluye una orden de vigilancia a fin de asegurar que el problema constitucional sea superado (facultad de seguimiento).

8. El diagnóstico del Estado de Cosas Injusto ocurre a partir de un acto lesivo concreto que revela la existencia de una vulneración de derechos fundamentales masiva, reiterada y grave en contra de grupos poblacionales vulnerables (condiciones de resultado) que ha sido causada por fallas provenientes de un contexto de violencia estructural, en el que un bloqueo institucional ha contribuido esencialmente a perpetuar los resultados inconstitucionales (condiciones de proceso). En consecuencia, será necesario la concurrencia tanto de las condiciones de proceso como de resultado para configurar el problema constitucional que habilita la emisión de una sentencia estructural, lo que la diferencia de sentencias como las exhortativas o las que contienen un precedente vinculante o, en ciertos casos, una declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional.
9. Los remedios estructurales no se limitan a los sujetos procesales sino que tienen efectos generales, caracterizándose por su complejidad al involucrar procesos institucionales que culminan con la gestación de una política pública y su carácter prospectivo. Estos pueden clasificarse en: i) una orden estructural moderada o prescriptiva dialógica, que presenta una estructura genérica en la que se establecen límites temporales pero fines amplios para que la propia autoridad pública elija los medios a implementar con base en un activismo dialógico inclusivo y deliberativo; y, ii) una orden fuerte o prescriptiva unidireccional, que estipula un mandato específico que debe ser cumplido sin mayor diálogo en cuanto a su contenido. La elección de uno u otro dependerá del nivel de renuencia estatal y los grados de afectación de los derechos en juego.
10. El seguimiento fuerte es realizado por el propio Tribunal Constitucional, quien transformará su estructura misma para crear espacios y herramientas idóneas y dialógicas, tal como el establecimiento de salas especializadas, comisiones de seguimiento y audiencias públicas periódicas, a fin de asegurar que el Estado de Cosas Injusto sea superado y así pueda dar por concluido el proceso. En esta etapa velará por cómo se están implementando sus órdenes; evaluará los grados de cumplimiento e impacto de los mismos; y, realizará las correcciones o modificaciones que correspondan. Todo ello de la mano de la participación activa de las víctimas, el Estado y demás actores de la sociedad civil.

11. El Tribunal Constitucional peruano, en su práctica jurisprudencial, ha emitido sentencias estructurales que demuestran su recepción tácita en el ordenamiento jurídico-constitucional. Siendo que incluso se cuenta con un "Sistema de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional" que si bien no fue creado en función a las sentencias estructurales, ha reconocido la posibilidad de una facultad de seguimiento propio del Tribunal; así como, creó una comisión interna especializada para ello y fijó audiencias públicas que culminaban con la expedición de autos de seguimiento. Sin embargo, hasta la fecha, el Tribunal no las ha mencionado expresamente ni ha desarrollado lineamientos claros para su expedición, dando como resultado, por ejemplo, sentencias estructurales imperfectas que han carecido de una fase de seguimiento.
12. Se han identificado tres principales obstáculos para la efectividad de los derechos sociales en el Perú. En primer lugar, los derechos sociales han sido absorbidos por el fenómeno de mercantilización, por lo que su tratamiento se encuentra supeditado a un enfoque mercantil, pese a su vinculación intrínseca con el desarrollo de la persona humana que los elevan a la máxima categoría de derechos fundamentales. De ese modo, los bienes y servicios que protege son concebidos como objetos de intercambio comercial, primando las reglas del mercado, como la obtención de la máxima ganancia posible y el acceso solo a quien puede pagar el precio; y, una visión de la persona humana como consumidor o instrumento para generar riqueza.
13. En segundo lugar, el principio de progresividad que rige el alcance de la satisfacción plena de los derechos sociales, en atención a su fase predominantemente prestacional, ha sido desnaturalizada por el Estado al evidenciar conductas tardías y sin resultados concretos en favor del mayor disfrute de estos derechos. La progresividad implica desde su dimensión positiva: i) el cumplimiento gradual de los derechos sociales hasta lograr su pleno ejercicio y ii) un avance constante hacia la obtención del fin último, proscribiendo cualquier tipo de inacción; mientras que, desde su dimensión negativa, significa la no adopción de decisiones que representen un retroceso (prohibición de regresividad), recayendo los problemas aplicativos principalmente en su dimensión positiva.
14. Respecto a la gradualidad, la ausencia de límites temporales concretos se presta para una flexibilidad de plazos que permite un cumplimiento del contenido de estos derechos a un ritmo irrisorio, más aún en un contexto de mercantilización. Sobre el

avance constante, se tiene la ausencia de una preocupación real del Estado peruano por la materialización de resultados que evidencien que se está marchando hacia adelante continuamente. En ese sentido, la progresividad termina circunscribiendo en “hacer algo” paulatinamente, es decir en obligaciones de medios; olvidando la importancia de demostrar efectos materiales reales en las condiciones de vida de las personas, sobre todo, más vulnerables.

15. En tercer lugar, los grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad no tienen una participación efectiva en la construcción de una política pública social, aun cuando esta está dirigida a la presunta satisfacción de sus derechos sociales, dado los altos costos de acceso a espacios de toma de decisión sobre la “cosa pública”, la primacía de una élite empresarial e intelectual, y la ruptura con sus representantes políticos elegidos mediante voto. De esa manera, sus opciones, perspectivas e intereses son ignorados e invisibilizados, pese a su cercanía con el problema público que brindaría información útil para un acercamiento a la realidad que se busca transformar.
16. Ante estos obstáculos, se ha corroborado que las sentencias estructurales son mecanismos que contribuyen al cumplimiento efectivo de los derechos sociales, principalmente en su dimensión prestacional, debido a que a través de las mismas el Tribunal Constitucional, como su órgano emisor, se convierte en un decisor excepcional durante todo el ciclo de formación de una política pública social que coadyuva al tratamiento de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales. Es decir, en este segundo nivel del control de constitucionalidad de una política pública el Tribunal, ante una situación gravísima como el de un Estado de Cosas Injusto, ejercerá una verificación desde “adentro” y tomará decisiones que darán como resultado una política pública social capaz de enfrentar los principales obstáculos que impiden la efectividad de estos derechos empezando por los grupos poblacionales más vulnerables.
17. Por ello, se partió por establecer el concepto de política pública como un conjunto de decisiones adoptadas por un Gobierno, en las que también intervienen otros actores de la sociedad civil, a fin de resolver una situación insatisfactoria concebida como un problema público. Esto a través del diseño e implementación de lo que será una hipótesis de mejora respecto al estado de cosas anterior. Siendo que, la formación de una política pública puede ser concebida como un ciclo compuesto de cuatro

fases: i) formación de la agenda; ii) formulación y decisión sobre la política; iii) implementación; y, iv) evaluación.

18. En ese sentido, el Tribunal Constitucional del Perú al realizar el diagnóstico del Estado de Cosas Injusto llevará a cabo la formación de la agenda pública al decidir que determinado problema público social requiere una atención prioritaria del Estado y definir desde qué arista deberá ser abordado con base en un enfoque de derechos humanos que enfrenta la lógica mercantil impregnada en el tratamiento de los derechos sociales.
19. Por un lado, al identificar las condiciones de resultado el Tribunal romperá con la normalización e invisibilización detrás de una situación de privación de derechos sociales en el Perú producto de su abordaje como objeto de comercio. De ese modo, lo selecciona como un problema público que debe ingresar inmediatamente a la agenda institucional, en un lenguaje de derechos, en la medida que titulares de derechos fundamentales sociales están siendo despojados de su acceso y disfrute; y, el Estado, como sujeto obligado a mantener la plena vigencia de los derechos, debe intervenir; más aún cuando se tratan de grupos poblacionales vulnerables que demandan una protección reforzada.
20. Por otro lado, al establecer las condiciones de proceso, el problema público es definido desde una de sus causas estructurales en lugar de solo abordarlo superficialmente a partir de sus causas inmediatas o coyunturales para no transformar la dinámica de mercado en funcionamiento. Además, con el enfoque de derechos humanos, la definición del problema público no estará subordinada a sí misma mucho o si generará un resultado positivo para una mayoría con base en una política económica puramente eficientista, sino que se centra en determinar qué arista anclada al patrón de exclusión debe ser roto a fin de mejorar las condiciones de vida de los grupos poblacionales más vulnerables, impregnando a lo económico de los valores de equidad y justicia que también deben tener en cuenta.
21. Asimismo, el Tribunal Constitucional al establecer los remedios estructurales interviene en el proceso de formulación de decisiones en el ciclo de una política pública decidiendo límites temporales y obligaciones de resultado que enfrenta la desnaturalización de la dimensión positiva del principio de progresividad de los

derechos sociales, aunado a que mantiene la irradiación del enfoque de derechos humanos para evitar cualquier estancamiento.

22. Cuando se dictan los remedios moderados, el Tribunal decide los objetivos constitucionales que deben ser alcanzados para revertir el Estado de Cosas Injusto, fijando límites temporales específicos y calculados con base en criterios de urgencia, proporcionalidad y razonabilidad para que ello se cumpla. Así, de una gradualidad en abstracto se establecen márgenes más concretos y de un enfoque en las obligaciones de medios, el Estado pasa a enfocarse en cumplir las obligaciones de resultados exigidos mediante los objetivos trazados, evidenciando sus avances progresivos hasta ese fin.
23. En relación a los pasos restantes del proceso decisonal, el Tribunal Constitucional mantiene una posición de co-decisor junto con las demás autoridades públicas, dado que los objetivos constitucionales representan el marco de acción referente, basado en un enfoque de derechos, en el que se anclarán las decisiones posteriores, proscribiendo cualquier interés ajeno a la optimización del derecho social vulnerado. Además, en específico, sobre el análisis de costo-beneficio, el Tribunal asegura la presencia no solo de criterios económicos eficientistas sino también de justicia y equidad.
24. Cuando se dictan los remedios fuertes, el proceso decisonal está a cargo exclusivamente del Tribunal Constitucional, quien señalará la alternativa que deberá ser implementada. Con ello, se tratará de evitar que ciertas obligaciones de garantizar, como la obligación mínima existencial, cuyo cumplimiento debe darse de inmediato sean absorbidas completamente por la noción desnaturalizada de gradualidad del principio de progresividad; generando una situación de grave peligro para las personas en situación de vulnerabilidad que necesitan urgentemente de dichas medidas.
25. Finalmente, mediante el seguimiento fuerte, el Tribunal Constitucional también tiene un papel decisor en las dos últimas fases del ciclo de una política pública: implementación y evaluación, a través de la fiscalización continua y la creación de espacios de diálogo inclusivos y deliberativos, así como, de indicadores de cumplimiento basados en términos de derechos. Todo ello permitirá la participación efectiva de los grupos poblacionales afectados por el problema público, el

aseguramiento del avance gradual hacia de plena satisfacción de los derechos sociales y la exclusión de cualquier factor mercantil en la toma de decisiones.

26. Es así que en la implementación, entendida como un proceso de aprendizaje continuo y evolutivo en el que se gestionan los recursos existentes para concretar las actividades y procesos elegidos, el Tribunal Constitucional con su facultad de seguimiento incide en tres cuestiones importantes. En primer lugar, en la gestión de recursos, en específico económicos, asegurándose de que la ejecución del presupuesto sea realmente una expresión de la conciliación entre una política económica eficientista y una de redistribución equitativa. En segundo lugar, puede detener, reencaminar o reconstruir ante cualquier fallo de implementación que evite la optimización del derecho social como derecho fundamental, incluyendo la fiscalización sobre las elecciones que se realicen en el marco de los remedios moderados, siendo factible una redirección a la fase anterior de formulación de decisiones.
27. Por último, el Tribunal Constitucional decide que el enfoque de implementación tradicional basado en los principios de autoridad y jerarquía sea reemplazado por un enfoque de buen gobierno, en el que prima el diálogo entre las víctimas, el Estado y cualquier otro actor de la sociedad civil. Con ello, el Tribunal Constitucional asegura un efecto desbloqueador de la mano de los(as) destinatarios(as) de la política pública y habilita un espacio de coordinación entre actores para la materialización de las elecciones hechas, previniendo situaciones de conflicto.
28. Respecto a la etapa de evaluación de una política pública, una de las tareas que se realiza es la generación de información sobre lo que se viene realizando y que servirá de insumo para la toma de otras decisiones. En este aspecto, el Tribunal Constitucional, a partir de sus mecanismos dialógicos de seguimiento, canalizará información proveniente de los(as) mismos(as) destinatarios(as) de la política, facilitando una fotografía más próxima a la realidad y menos parcializada a diferencia de cuando esta data solo proviene de agentes estatales. En ese sentido, el enfoque de las víctimas se convierte en un aspecto central que influenciará de forma decisiva en esta etapa, acercándolos al poder político.
29. Una segunda tarea en esta fase es la construcción de indicadores para medir los grados de cumplimiento a través de la identificación de resultados. Esto también será

asumido por el Tribunal Constitucional, estableciendo indicadores que se desprenden de las obligaciones estatales en derechos fundamentales cuyo cumplimiento no debe estar en debate, conciliando esta visión jurídica con la tradicional económica presente en su elaboración. Además, determinan parámetros más claros y concretos de acción, privilegiando los resultados y, de ese modo, la dimensión positiva y evolutiva del principio de progresividad. Aunado a ello, a fin de decidir si el Estado de Cosas Injusto ha sido superado, se hará mayor énfasis en los *outcomes* (impacto), prestando más atención no solo a lo que se vaya realizando sino también a cómo ello está mejorando la vida del grupo poblacional beneficiario a partir de la labor del Estado.

30. En ese sentido, es importante que el Tribunal Constitucional del Perú incluya formalmente a la sentencia estructural como parte de su catálogo de sentencias, debiendo tener presente que esta debe estar compuesta por un Estado de Cosas Injusto, remedios estructurales moderados o fuertes y un seguimiento fuerte. Siendo que, la presente investigación permitió corroborar que dicho órgano constitucional puede y debe aprovechar al máximo la posibilidad excepcional que le brinda este tipo de sentencia de actuar como decisor en el ciclo de formación de una política pública que contribuya a la superación, paso a paso, de los obstáculos que impiden una efectivización plena de los derechos sociales, empezando por quienes requieren de una protección reforzada del Estado y que no la han recibido a través del tiempo; no debiendo mostrar temor o renuencia a reconocer y aceptar este nuevo papel que responde a una situación anómala a la que no puede ser indiferente como máximo garante de la Constitución y los derechos humanos, más aún en una sociedad tan desigual como la peruana.

REFERENCIAS:

- Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (63), 96-138.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta S.A.
- Abril, E. (2015). Reivindicación de los derechos sociales. Una crítica a los presupuestos liberales en S. Ribotta, A. Rossetti y R. de Asís Roig (Coord.) *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria* (pp. 137-154). Editores Dykinson.
- Aguilar, L. (1993). Estudio introductorio en L. Aguilar Villanueva (Ed.) *Problemas públicos y agenda de gobierno* (pp. 15-72). Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Aguiló, J. (2001). *Sobre la constitución del Estado Constitucional*. Doxa, Iss 24.
- Alarco, G. & et al (2019) *Riqueza y desigualdad en el Perú: Visión panorámica*. Oxfam.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alexy, R. (2000). Derechos Sociales Fundamentales en M. Carbonell, J. Cruz Parceró, R. Vásquez (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (1era ed., pp. 67-85). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11), 3-14.
- Alvites, E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Derecho PUCP*, (80), 361-390. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.010>
- Amaya, J. (2018). ¿Una sentencia exhortativa o un Consejo Constitucional? *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1-11.

- Bachof, O. (1986). Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional: entre derecho y política. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (57), pp. 837 – 852
- Bardach, E. (1998). *Los ochos pasos para el análisis de políticas públicas: Un manual para la práctica* (D. García-Junco Machado, Trad.). CIDE México.
- Barómetro de las Américas (2021). *Cultura política de la democracia en Perú y las Américas 2021: Tomándole el pulso de la democracia*. <https://iep.org.pe/wp-content/uploads/2021/04/AB-Peru-2021.-Cultura-politica-de-la-democracia-abril-2022-1.pdf>
- Barriga Pérez, M. (2014). Sentencias estructurales y protección del derecho a la salud. [Tesis para optar el título de Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Belloso Martín, N. (2016). Los derechos sociales en tiempos de crisis: su progresividad y su exigibilidad como retos del estado constitucional. *Revista Internacional Consinter de Direito* 02 (02), 125-158. <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00002.05>
- Benda, E. (1996). El Estado Social de Derecho. En E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse y W. Heyde, *Manual de derecho constitucional* (2ª ed). Marcial Pons.
- Bilchitz, D. (2003) Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence. *South African Journal on Human Rights*, (19:1), 1-26. DOI: 10.1080/19962126.2003.11865170.
- Bilchitz, D. (2017). *Pobreza y derechos fundamentales la justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*. Marcial Pons.
- Bonavides, P. (2018). El carácter pionero de la Constitución de México de 1917. *Revista Derechos en Acción Año 3*, (8), 587-599.
- Bregaglio Lazarte, R. (2010). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados*. [Tesis para optar el grado de Magíster en Derechos Humanos]. Pontificia Universidad Católica del

Perú.

Bregaglio Lazarte, R.; Constantino, R. y Chávez Yrigoyen, C. (2014). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú el Plan Nacional de Derechos Humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Konrad Adenauer Stiftung.

Britos, N. (2015) Desmercantilización y derechos sociales. Una lectura sobre las mercancías ficticias en Karl Polanyi en S. Ribotta, A. Rossetti y R. de Asís Roig (Coord.) *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria* (pp. 197-204). Editores Dykinson.

Brugué-Torruella, Q. (2014). Políticas públicas: Entre la deliberación y el ejercicio de autoridad. *Revista Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, Vol. 1, (1), 37-55.

Bustos, R. (2012). XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (95),13-63.

Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública. 25 y 26 de junio de 2009.

Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala. Serie C No. 378. Caso contencioso. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de mayo de 2019).

Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Serie C No. 340. Caso contencioso. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de agosto de 2017).

Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Serie C No. 349. Caso contencioso. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de marzo de 2018).

Caso Ximenes Lopes v. Brasil. Serie C No. 149. Caso contencioso. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (4 de julio de 2006).

Castilla, K. (2009). Los primeros pasos para la construcción del diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos. *Revista Mexicana de Justicia*, (14), 165-187. ISSN 1870-0586

Castro, A. (05 de mayo de 2020). El negocio de la salud: clínicas y aseguradoras elevan

precios de servicios y planes de Covid-19. *Ojo Público*. <https://ojo-publico.com/derechos-humanos/salud/clinicas-y-aseguradoras-elevan-precios-sus-planes-para-covid-19>

Rodríguez, C. (2010). ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. En C. Rodríguez Garavito (Coord.) *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* (pp. 434-493) Colección Estudios CIJUS.

Chayes, A. (1976). The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. Vol. 89, (7), 1281-1316.

Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237 de 2004. 31 de mayo de 2004 (Perú).

Código Procesal Constitucional. Ley N° 31307 de 2021. 21 de julio de 2021 (Perú).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. Sección II. Derechos económicos, sociales y culturales, y situación penitenciaria. Capítulo VI: los derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev. 2.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Políticas públicas con enfoque de derechos humanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasyPublicasDDHH.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990). Observación General N° 3 del Comité de DESC.

Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas. (16 de febrero de 2021). Sector privado continúa coordinaciones con el Estado para acelerar vacunación masiva de peruanos contra la covid-19, del 16 de febrero. <https://www.confiep.org.pe/noticias/destacado/sector-privado-continua-coordinaciones-con-el-estado-para-acelerar-vacunacion-masiva-de-peruanos->

- Constitución Política de Perú [CP]. 12 de julio de 1979 (Perú).
- Constitución Política de Perú [CP]. 31 de octubre de 1993 (Perú).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Corte Constitucional de Colombia. N° T-025. 2004.
- Corte Constitucional de Colombia. N° T-153-98. 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Unificación. N° 559. 1997.
- Corte Constitucional de Sudáfrica. Government of the Republic of South Africa & Grootboom. 2000.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. Brown vs. Board of Education of Topeka. 1954.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. Hutto Vs. Finney. 1978.
- Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios en C. Courtis (Comp.) *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (1era. Ed., pp. 3-52). Editores del Puerto.
- Cruz Rodríguez, M. (2019). Decisiones estructurales y seguimiento judicial en Colombia (1997-2017). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (117), 167-202.
- Defensoría del Pueblo (2020). Imposibilidad de atención en los servicios de salud de Lima es inminente. Comunicado del 20 de mayo. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-imposibilidad-de-atencion-en-los-servicios-de-salud-de-lima-es-inminente/>
- Defensoría del Pueblo (8 de mayo de 2017). Informe sobre límites a la participación política en el Perú.
- Defensoría del Pueblo. (2020). *Crisis de oxígeno para pacientes de covid-19: alternativas de solución*. Serie Informes Especiales N° 017-2020-DP.
- Delgado Godoy, L. (2009). Las políticas públicas. El ciclo de las políticas públicas. *Clases de políticas públicas. Eficacia, legalidad y control. Indicadores de*

gestión. Tema 3. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Consejería de Administraciones Públicas. Escuela de Administración Regional.

- Dente, D. y Subirats, J. (2014). ¿Cómo entender una decisión de políticas públicas? ¿Necesitamos un modelo? en *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*. Ariel.
- Díaz, A. (2017). Participación ciudadana en la gestión y en las políticas públicas. *Gestión y política pública*, Vol. 26, (2), 341-379.
- Díaz, J. (2019). *La fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Alcances y límites*. [Tesis para optar el título de Magíster en Investigación Jurídica]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz, J. (2021). El carácter político de las controversias constitucionales y los desafíos de la justicia constitucional: constitucionalización y convencionalización en C. Landa Arroyo, D. García Belaunde y M. Jamaica Vega (Ed.) *Constitución y democracia. Libro homenaje a Valentín Paniagua* (pp. 477-490). Editorial Nomos y Thesis.
- Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. 22-26 de enero de 1997.
- Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, (3), 391–418. <https://doi.org/10.1093/icon/mom021>
- Dixon, R. (2014). Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles en R. Gargarella (Comp.) *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 51-103). Editorial Siglo XXI.
- Domingo, P. (2004). Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization*, (1), 104-126. DOI: 10.1080/13510340412331294152
- Echaide, J. (2012) El Proceso de Mercantilización de Bienes Comunes como Expresión de la Acumulación Originaria Hoy y su Relación con la Liberalización Comercial. *Revista interdisciplinaria de gestão social*, Vol.1, (1), 277-292.

- El Comercio. (2019). Alas Peruanas: así luce la falsa fachada en universidad de Jesús María. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/alas-peruanas-universidad-falsa-fachada-local-jesus-maria-fotos-noticia-nndc-642494-noticia/>
- Elder, C. y Cobb, R. (1993). Formación de la agenda. El caso de la política de los ancianos en L. Aguilar Villanueva (Ed.) *Problemas públicos y agenda de gobierno* (pp. 77-104). Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Escalante, C. (2008). *Situación del derecho a la vivienda en el Perú. Balance del período 2003-2006, desde la perspectiva de la sociedad civil, tres años después de la misión cumplida en el Perú por el Sr. Miloon Kothari, Relator Especial de la ONU sobre Vivienda Adecuada como Parte Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado* (1era ed.).
- Espinoza, A. y R. Fort. (2020). *Hacia una nueva Política de Vivienda en el Perú: Problemas y posibilidades*. Grupo de Análisis para el Desarrollo.
- Estupiñan Silva, R. (2014). La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología en *Manual de derechos humanos y políticas públicas* (pp. 193-231). Red de Derechos Humanos y Educación Superior de Barcelona. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf>
- Fariñas Dulce, M. (2015). Ajustes neoliberales al constitucionalismo social en S. Ribotta, A. Rossetti y R. de Asís Roig (Coord.) *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria* (pp. 119-136). Editores Dykinson.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (15), 113-136.
- Fletcher, W. (1982). The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. *The Yale Law Journal*, Vol. 91, (4), pp. 635-697.
- Galtung, J. (2016). La violencia cultural, estructural y directa. *Cuadernos de estrategia*, (183), 147-168.
- García Cobián Castro, E. (2015). La «constitucionalización» del derecho presupuestario y la protección de los derechos fundamentales: apuntes para la reflexión en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, Vol. 20, (20), 161-184.

- García- Pelayo, M (1981) El "status" del Tribunal Constitucional. *Revista española de derecho constitucional*, (1), 11-34. ISSN 0211-5743.
- Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos en R. Gargarella (Comp.) *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 87 – 115). Editorial Siglo XXI.
- Gertler, P.; Martínez, S.; Rawlings, L.; Premand, P. y Vermeersch, C. (2011). *La evaluación de impacto en la práctica*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial.
- Gestión. (30 de abril de 2014). Las universidades particulares son negocios y solo se deben supervisar como empresas. *Gestión*. <https://gestion.pe/peru/politica/universidades-particulares-son-negocios-deben-supervisar-empresas-58754-noticia/>
- Giménez, C. & Valente, X. (2010). El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes. *Cuadernos del Cendes*, vol. 27, (74), 51-79.
- Giuffré, C. (2023). De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico. *Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia*, (55), 141-169.
- Gómez Pinto, L. (2012). *El juez de las políticas públicas: del estado de cosas inconstitucional en la política económica*. Grupo Editorial Ibañez.
- González, A. (2013) El análisis coste-beneficio como herramienta para una gestión pública basada en evidencias. *Economía industrial*, (390), 23-32.
- González Campo, C. y Gómez Cárdenas, C. (2007). El proceso de toma de decisiones en políticas públicas. *Prospectiva: Revista de Trabajo Social e intervención social*, (12), 75-104. Universidad del Valle.
- González, B. (2002). *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Civitas.
- Grández, P. (2007). Las "peculiaridades" del precedente constitucional en el Perú. En P. Grández, E. Carpio (Comp.) *Estudios al precedente constitucional* (1era. Ed.,

pp. 79-106) Palestra.

Gris Legorreta, P. (2012). La Evaluación de Políticas Públicas como Instrumento para la Rendición de Cuentas. *Revista: Trimestre fiscal*, (9), 187-207.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. (1era ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Gutiérrez, A. (2016). *El amparo estructural de los derechos*. [Tesis para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencia Política]. Universidad Autónoma de Madrid.

Haberle, P. (2003) *El Estado constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Herrán, E. (2006). *Participación de grupos en situación de vulnerabilidad en la definición de acciones afirmativas y en el diseño de políticas públicas*. Documento de Trabajo N° E112006. Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas de México.

Hirsch, D. (2007). Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law. *Oregon Review of International Law*, vol. 9, 1–66.

Instituto de Estudios Peruanos. (2022). I Encuesta Nacional de Percepción de Desigualdades.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2022). El Indecopi brinda recomendaciones para adquirir autotest COVID-19 y medicamentos genéricos. *Autoridad Nacional de Protección al Consumidor*. <https://www.consumidor.gob.pe/en/-/el-indecopi-brinda-recomendaciones-para-adquirir-autotest-covid-19-y-medicamentos-genericos>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (16 de diciembre de 2011). Colegios privados no pueden impedir que alumnos rindan exámenes por retraso en el pago de pensiones. *Portal web institucional*. https://indecopi.gob.pe/testbusqueda/-/asset_publisher/assVAmoRuJIX/content/colgios-privados-no-pueden-impedir-que-alumnos-rindan-examenes-por-retraso-en-el-pago-de-pensiones?inheritRedirect=false

- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2022). *Perú: 50 años de cambios, desafíos y oportunidades poblacionales*. Informe. <https://www.gob.pe/institucion/inei/informes-publicaciones/3254297-peru-50-anos-de-cambios-desafios-y-oportunidades-poblacionales>
- Iturralde, C. (2022). Importancia de la participación en el diseño de políticas públicas de rehabilitación social en Ecuador. *Revista Economía y Política de la Universidad de Cuenca*, (28), 21-32.
- Jurado Nacional de Elecciones. (2021). Participación política de las poblaciones en situación de vulnerabilidad. *Perfil electoral: Elecciones Generales* (8). <https://observaigualdad.jne.gob.pe/participacionpolitica/Afroperuanos/Perfil%20N%C2%B008Participaci%C3%B3n.pdf>
- Kelsen, H. (2011) La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 249-300. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3764308>
- Ku, L. (2013). *La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas públicas*. [Tesis para optar el título de Magíster en Derecho Constitucional]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- La Parra Casado, D. y Tortosa Blasco, J. (2003). Violencia estructural: una ilustración del concepto. *Revista Documentación social*, (131), 57-72.
- La República. (26 de noviembre de 2022). Minedu: ¿colegios pueden impedir dar exámenes a escolares si no pagan la pensión? *La República*. <https://larepublica.pe/sociedad/2022/11/26/minedu-colegios-pueden-impedir-dar-examenes-a-escolares-si-no-pagan-la-pension-indecopi>
- Landa, C (2000) Justicia constitucional y political questions. *Pensamiento Constitucional*, Vol. 7, (7), 111-140.
- Landa, C. (2002) La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en R. Méndez (Coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (primera edición, pp. 319-347). Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Landa, C. (2010). Los precedentes constitucionales. El caso del Perú. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (14), 193-234. ISSN 1138-4824.
- Landa, C. (2016). *Convencionalización del Derecho peruano*. Palestra.
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa, C. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa, C. (2019). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*. (2da. Ed.). Palestra.
- Langford, M. (2009). Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico. *Revista Internacional de Derechos Humanos, Sao Paulo, Brasil*, (11), 99-134.
- Laporta, F. (1999). Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (22), 321-330.
- León, F. (2013). *La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*. [Tesis para optar el título de Magister en Derecho Constitucional]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lindblom, C. (1991). *El proceso de elaboración de políticas públicas*. E. Zapico Goñi (Trad.). Ministerio para las Administraciones Públicas de Madrid.
- Londoño, J. y Bolaños, X. (2018). Un acercamiento a los fallos de implementación, sus marcos de estudio, definiciones y causas. *Revista de Estudiantes de Ciencia Política*, (13-14), 25-45.
- Los Pacientes Importan (2022). *Situación de los derechos humanos de los pacientes con enfermedades raras, huérfanas, crónicas, autoinmunes y cáncer en el Perú*. Informe del colectivo los pacientes importan al comité de derechos económicos sociales y culturales de la Organización de las Naciones Unidas.
- Lovatón, D. (2017). *La gestación del Estado Constitucional Interamericano en el Perú*. [Tesis para optar el título de doctor en Derecho]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Madriñán, E. (1997) *El Estado social de derecho*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Mejía, J. (2013). Las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos sociales y culturales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, (03), 79-102.
- Mezzetti, L. (2015). Los derechos sociales fundamentales. Nueva Jurídica, Bogotá.
- Montaño, F., Santos, G. y Alfaro, Y. (17 de abril de 2022) Duelo e indiferencia: contradicciones en el recuento de víctimas de las últimas protestas. *Ojo Público*. <https://ojo-publico.com/derechos-humanos/contradicciones-el-recuento-victimas-las-ultimas-protestas>
- Nash, C. (2018). La relación entre la justicia y la política en la experiencia chilena. Develando la realidad tras el mito. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, (48), 811-834.
- Nash, C. (2015) Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia" en V. Bazán (Ed.) *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 05. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales* (pp. 125-149). Colección Konrad Adenauer.
- Nino, C. (2000). Sobre los derechos sociales en M. Carbonell, J. Cruz Parceró, R. Vásquez (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (1era ed., pp. 137-143). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ñopo, H. (2018). *Análisis de la Inversión Educativa en el Perú desde una mirada comparada*. Informe final: Proyecto Fortalecimiento de la Gestión de la Educación en el Perú (FORGE). Impresiones y Ediciones Arteta E.I.R.L.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2008). *Folleto informativo No. 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales*.
- Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia en V. Bazán (Ed.) *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 05. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales* (pp. 91-116). Colección Konrad Adenauer.

- Pacheco, M. (2006) Arango, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales, legis, Bogotá, 2005. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXIII, 455-464.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966.
- Pautassi, L. (2007). La articulación entre políticas públicas y derechos, vínculos difusos en X. Erazo (Coord.) *Políticas públicas para un estado social de derechos: el paradigma de los derechos universales*. LOM.
- Peces-Barba, G. (1999). Los modelos de evolución histórica de los derechos fundamentales. Capítulo VI. En *Curso de derechos fundamentales, teoría general* (pp. 145-199). Universidad Carlos III.
- Pinto, M. (2012). Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales. *Revista IIDH*, Vol. 56, 157-187.
- Pisarello, G. (2001). Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Isonomía*, (15), 81-107.
- Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2 al 6 de junio de 1986.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: Protocolo de San Salvador. 17 de noviembre de 1988.
- Puga, M. (2013). *Litigio estructural*. [Tesis para optar el título de Doctor]. Universidad de Buenos Aires.
- Ramírez Huaroto, B. (2013). *El "estado de cosas inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. [Tesis para optar el título de Magister en Derecho Constitucional]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ribotta, S. y Rossetti, A. (2015) Prefacio. en S. Ribotta, A. Rossetti y R. de Asís Roig (Coord.) *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria* (pp.

11-23). Editores Dykinson.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social*.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Rodríguez, C. (2013). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 14, 1-27.

Rodríguez, H. (1997). Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993. *Revista Derecho & Sociedad*; (12), 91-100.

Rojas, J. (2017). Nuestro incipiente "activismo dialógico": las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional. *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, (12), 221-240.

Roth, A. (2002). *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Decisiones Aurora.

Ruiz, C. (2013). *Manual para la elaboración de Políticas Públicas*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://revinfodir.sld.cu/index.php/infodir/article/view/12/16>

Sabel, C. y Simon, W. (2004). Destabilization Rights: How Public Litigation Succeeds». *Harvard Law Review*, vol. 117, (4), 1016-1101.

Sánchez Gómez, S. (2020). Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de los derechos socioeconómicos: salud y educación. *Ius Et Veritas*, (60), 146-158. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.007>

Shack, N. y Arbulú, A. (2021). *Una aproximación a los mecanismos de participación ciudadana en el Perú*. Contraloría General de la República, Perú.

Sociedad de Comercio Exterior Perú. (4 de setiembre de 2020). Más del 77% de establecimientos de salud del primer nivel de atención y 51% de hospitales y clínicas en Perú carecen de capacidad instalada adecuada. <https://www.comexperu.org.pe/en/articulo/mas-del-77-de-establecimientos-de-salud-del-primer-nivel-de-atencion-y-51-de-hospitales-y-clinicas-en-peru->

- Sol Arriaza, R. (2012). *El Desafío de la participación ciudadana en el estado democrático de derecho y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los estados centroamericanos* (1era Ed.). FLACSO.
- Solís, A (1999) La dimensión política de la justicia constitucional. *Revista Parlamentaria Asamblea Legislativa República de Costa Rica*, (2).
- Sosa Sacio, J. (2015). Crítica a la dignidad humana y la noción de “necesidades básicas” como un posible mejor fundamento para los derechos. *THEMIS Revista De Derecho*, (67), 87-99.
- Subirats, J. y Blanco, I. (2013). Claves para el desarrollo de políticas locales de cohesión social en un contexto de cambio y complejidad en *Claves para el desarrollo de políticas locales de cohesión social en un contexto de cambio y complejidad* (pp. 46-68). Oficina de Coordinación y Orientación de Barcelona. Programa URB-AL III.
- Tamayo, M. (1997). El análisis de las políticas públicas en R. Bañón y E. Carrillo (Comp.) *La nueva Administración Pública*. (Capítulo 11, pp. 281-312). Alianza Editorial S.A.
- Tole, J. (2004). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Revista Derecho del Estado*, (16), 99-143.
- Torres, F. (25 de junio de 2020). ¿Por qué las clínicas cometen abusos y el Estado no hace reformas de fondo? *Salud con Lupa*. <https://saludconlupa.com/noticias/por-que-las-clinicas-hacen-cobros-abusivos-y-el-estado-no-hace-reformas-de-fondo/>
- Torres-Melo J. y Santander, J. (2013). *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*. Bogotá D.C. IEMP Ediciones.
- Tovar Samanez, T (2020) Educación sin república. Hitos de la educación peruana en el último siglo. *Revista de Sociología*, (31), 13-38.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 011-2002-AI/TC. 2002.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 0008-2003-AI/TC. 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 2945-2003-AA/TC. 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 2945-2003-AA/TC. 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 2016-2004-AA/TC. 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 2579-2003-HD/TC. 2004

Tribunal Constitucional del Perú. N° 0008-2005-PI/TC. 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 0024-2003-AI/TC. 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 5854-2005-PA/TC. 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 5854-2005-PA/TC. 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 2002-2006-PC/TC. 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 2730-2006-PA/TC. 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 04539-2012-PA/TC. 2007. Fundamento de voto del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 02670-2008-HC. 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 02675-2008-HC. 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 02833-2008-HC. 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 03386-2009-PHC. 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 03386-2009-PHC. 2009.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 00017-2008-PI/TC. 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 03426-2008-PHC/TC. 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 004-2009-PA/TC. 2010

Tribunal Constitucional del Perú. N° 033-2010-PI/TC. 2012.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 00021-2010-AI. 2012.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC. 2015.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 00134-2014-PHC. 2015.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 03228-2012-PA/TC. 2016.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 00853-2015-PA/TC. 2017.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 04086-2016-PA/TC. 2017.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 0006-2018-PI/TC. 2018.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 02566-2014-PA/TC. 2018.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 04007-2015-PHC/TC. 2019.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 00889-2017-PA/TC. 2019.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 01470-2016-PHC/TC. 2019

Tribunal Constitucional del Perú. N° 02034-2009-PA. 2019

Tribunal Constitucional del Perú. Auto N° 01 de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del expediente N° 0853-2015-PA/TC. 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 05436-2014-PHC/TC. 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 0002-2020-CC/TC. 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 03112-2015-PA/TC. 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Resolución Administrativa N.º 065-2020-P/TC. 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Auto N° 02 de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del expediente N° 0853-2015-PA/TC. 2021.

Tribunal Constitucional del Perú. N° 02383-2019-AA. 2021.

Tushnet, M. (2003). "Sir, Yes, Sir!": The Courts, Congress, and Structural Injunctions. Book Review en R. Sandler y D. Schoenbrod *Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government* (pp. 189-203). Constitutional Commentary.

- Valadés, D. (2003) Peter Häberle: un jurista para el Siglo XXI. Estudio Introductorio. *El Estado constitucional* (pp. XXI – LXXXIII). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Valdivia, M. (2017). Acciones estatales antes y durante la epidemia de cólera de 1991 en J. Lossio y E. Barriga (Ed.) *Salud pública en el Perú del siglo XX: paradigmas, discursos y políticas* (pp. 111-122). Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto Riva-Agüero.
- Vargas Hernández, C. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional" *Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, vol. 1, (1), 203-228.
- Velásquez, R. (2009). Hacia una nueva definición del concepto de "política pública". *Desafíos*, vol. 20, 149-187. Universidad del Rosario.
- Vigo, R. (2016). El Estado de Derecho Constitucional y su transición al Estado de Derecho Convencional. En A. Flores (Coord.), *Control de Convencionalidad y decisiones judiciales* (pp. 383-396). Tirant lo Blanch.
- Villareal, M. (2009). *Participación ciudadana y políticas públicas*. Décimo Certamen de Ensayo Político, pp. 31-48.
- Weaver, R. (2004). The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review*, Vol. 41, 1617- 1632.
- Young, K. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford Constitutional Theory.
- Zagrebelsky, G. (1999) *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia* (M. Gascón, Trad.). Trotta.