

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



**LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES ENTRE
PARTICULARES.
FUNDAMENTO Y POSIBILIDADES**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER

Autor:
Felipe Johan León Florián

Asesor:
Félix Morales Luna

Jurado:
Luis Castillo Córdova (Presidente)
Félix Morales Luna
Pedro P. Grández Castro

Lima, 1 de mayo de 2013

Resumen Ejecutivo

La investigación presenta los fundamentos y posibilidades de una extensión de la tesis general de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares: la eficacia directa de los derechos sociales en el ámbito privado. Partiendo de una defensa amplia y pormenorizada, en primer lugar, de la tesis de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, y, en segundo lugar, de la postura que reconoce a los derechos sociales como derechos fundamentales, con las mismas propiedades técnico-jurídicas que éstos, y con la misma base axiológica; la investigación plantea una profundización en las razones que sostienen la limitación de la actividad de los particulares frente a la protección del ámbito jurídico de los derechos sociales. Para ello, el trabajo incursiona en la fundamentación moral de los deberes de solidaridad, discutiendo los argumentos de quienes plantean nuestra irresponsabilidad con las privaciones de los demás, y con ello la inmoralidad de la exigencia de limitación o solidaridad. Además de la discusión radicada en el ámbito de la filosofía moral, el trabajo presenta argumentos para afirmar la responsabilidad de los particulares en la satisfacción de los derechos sociales, basados en consideraciones causales sobre la incidencia de las empresas en la realización de los derechos sociales, producto de fenómenos como la globalización, la liberalización del comercio, la privatización de servicios públicos, entre otros. Sustentadas las razones que permiten afirmar que, en determinados casos, los particulares deben limitar su actividad con el objeto de no dañar ámbitos fundamentales de los derechos sociales, la investigación concluye explicitando dos casos donde se aplica dicha eficacia directa y mostrando en todo caso la forma cómo se podría delimitar adecuadamente dicha eficacia para no devenir en una imposición excesiva. Finalmente, la investigación muestra cómo el modelo de judicialización de derechos sociales (examen de razonabilidad y jurisprudencia dialógica) adoptado para sostener la cualidad ius-fundamental de los derechos sociales, puede ser utilizado también para afirmar la eficacia directa de los derechos sociales, ayudando a superar en todo caso algunas objeciones planteadas a esta eficacia.

ÍNDICE

| | |
|--------------------|---|
| Introducción | 6 |
|--------------------|---|

CAPÍTULO I: LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Algo de historia: las relaciones entre Derecho Constitucional y Derecho Privado y la doctrina de los derechos públicos subjetivos..... | 12 |
| 1.1. La escisión inicial entre Derecho Constitucional y Derecho Privado. | 12 |
| 1.2. La doctrina de los derechos públicos subjetivos | 16 |
| 1.3. La aparición de la “cuestión social” y el cuestionamiento de los fundamentos ideológicos del Derecho Privado..... | 19 |
| 1.4. El ingreso en escena de los valores y el constitucionalismo social de entreguerras | 21 |
| 2. La nueva relación entre derecho constitucional y derecho privado. El paradigma constitucional de la segunda posguerra. | 22 |
| 3. Las teorías sobre las “formas” de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares..... | 26 |
| 3.1. La tesis de la eficacia directa o inmediata (<i>unmittelbare drittwirkung</i>)..... | 28 |
| 3.2. La tesis de la eficacia indirecta o mediata (<i>mittelbare drittwirkung</i>). | 32 |
| 4. Las objeciones y los riesgos de la eficacia directa. | 39 |
| 4.1. La dificultad en la concreción de mandatos constitucionales..... | 41 |
| 4.2. El método de la ponderación como contrario al principio de seguridad jurídica..... | 43 |
| 4.3. La sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico y la invasión de competencias del legislador y del juez ordinario | 47 |
| 4.4. La amenaza al principio de autonomía de la voluntad y a la autonomía regulativa del Derecho Privado..... | 50 |

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES 61

1. Caracterización de los derechos sociales. Sobre la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales..... 62
 - 1.1. La crítica de la indeterminación. 67
 - 1.1.1. Sobre la similitud estructural entre derechos sociales y derechos civiles y políticos 67
 - 1.1.2. Sobre la textura semánticamente abierta de los derechos sociales 70
 - 1.1.3. Sobre las obligaciones dimanantes de los derechos sociales y el test de razonabilidad de la Corte Constitucional de Sudáfrica..... 72
 - 1.1.4. Sobre el carácter definitivo de los mandatos derivados de los derechos sociales y el test de proporcionalidad aplicado por Laura Clérico al mandato de prohibición de protección deficiente 81
 - 1.2. La crítica de su carácter costoso. 88
 - 1.2.1. El costo de los derechos civiles y políticos 88
 - 1.2.2. El “alto costo” de los derechos sociales..... 91
 - 1.2.3. Sobre las decisiones de distribuir recursos públicos..... 94
 - 1.3. La crítica de su configuración como derechos subjetivos..... 99
2. Acerca de la fundamentación de los derechos sociales. 112

CAPÍTULO III: LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES..... 120

1. Fundamentación moral y contextual. Deberes de solidaridad e incidencia actual de los particulares en los derechos sociales..... 121
2. Derechos sociales en el marco de las “empresas comunidad”..... 134
3. La eficacia de los derechos sociales en la prestación de determinados servicios públicos por particulares..... 142
 - 3.1. Recepción constitucional y desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia..... 144
 - 3.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina..... 148
 - 3.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso Ximenes Lopes c. Brasil..... 150
 - 3.4. Apreciación crítica..... 152

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.5. Análisis de los argumentos expresados en la sentencia 0607-2009-PA/TC. | 154 |
| 4. Límites a la eficacia directa de los derechos sociales entre particulares: el papel de la eficiencia en la fundamentación jurídica (análisis económico del derecho, justicia y derechos sociales). | 158 |
| Conclusiones | 163 |
| Bibliografía | 172 |



Introducción

En una de aquellas tantas, cálidas y prolongadas conversaciones, en el hogar pequeño pero infinitamente generoso de mis tíos, a donde llegaba, cada tarde y noche, para recibir los alimentos que ellos me proveerían durante los largos años de mi vida universitaria, escuché el amargo reclamo que, además del fuerte sentimiento de injusticia que me generó, me dio un inquietante motivo para la reflexión. Mi tío, me había contado, visiblemente contrariado, que el régimen del almuerzo había sido cambiado en su centro laboral. La vianda que podía ser alcanzada a diario por algún familiar al trabajador (y que él recibía religiosamente de mi tía) había quedado prohibida. A partir de la fecha, el refrigerio o los alimentos sólo podían ser consumidos en el cafetín ubicado en el interior de la empresa.

El trabajo de mi tío, como el de la mayoría de trabajadores de las varias empresas agroindustriales del norte del país, era pesado y físicamente agotador. El régimen de horas extras, duramente impuestas por la necesidad de tener un sueldo mínimamente digno, exponía a mi tío, como a sus demás compañeros, a un desgaste de energías físicas mayor. El cambio del régimen alimenticio empeoró toda esta situación. El almuerzo y cena servidos en el único comedor de la empresa (concesionado a un particular) eran de muy mala calidad. Las raciones eran pobres, la higiene no era la mejor y la atención bastante deficiente. Sin embargo, ésta era la única comida que podían consumir los trabajadores, pues el ingreso de los familiares, como ya se dijo, había quedado prohibido. Los resultados de esta política de la empresa pronto se dejaron sentir. Mi tío, que mal que bien, recuperaba las grandes energías perdidas con la agradable y bien proporcionada comida que le alcanzaba mi tía, rápidamente empezó a adelgazar. A los pocos meses de trabajar bajo esta rutina, terminó en el hospital, afectado por la gran baja de peso, la gastritis y algunas diarreas ocasionales. El penoso estado de salud en el que se encontraba también se reprodujo en muchos otros trabajadores de la empresa agroindustrial.

He estimado conveniente empezar con esta pequeña narración, pues creo que el problema vivido por mi tío, amén de la latente injusticia que trasunta, tiene la facultad de mostrar aristas muy importantes para la temática abordada en el presente trabajo. De inicio, y a través de una serie de preguntas concatenadas, el caso nos puede conducir a la interrogante central de la investigación: ¿Tiene la empresa agroindustrial en la que labora mi tío alguna responsabilidad con relación a la alimentación de sus trabajadores? ¿Si quien provee los alimentos es un comedor particular, con el cual mantienen los trabajadores una relación contractual, por qué razón la empresa debería asumir alguna responsabilidad en la alimentación adecuada de sus trabajadores? ¿Se trata en este caso sólo del cumplimiento de una adecuada

condición de trabajo, o tiene la alimentación una relevancia mayor, ubicada en el ámbito de un derecho fundamental de la persona del trabajador? Finalmente: ¿Si optamos por esta última opción y consideramos que en este caso se trata de la afectación de un derecho fundamental, como el derecho a una alimentación adecuada, y teniendo en cuenta que éste es un derecho definido como un derecho social (con las peculiares características que este tipo de derechos ostenta), puede concluirse acaso que un particular (en este caso la empresa agroindustrial) se halla vinculado también por las normas constitucionales o internacionales que contienen derechos sociales? ¿Tiene, en suma, un derecho social eficacia en las relaciones entre particulares?

Como ha anotado con certeza la doctrina, el problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares supone la posibilidad de que una *norma* de derecho fundamental regule una *relación* entre particulares, al margen, en ausencia o complementariamente a otro marco regulativo, generalmente civil¹. En el presente caso ello supondría que la norma que pone en cabeza de los trabajadores el derecho a disfrutar de una alimentación adecuada regule también la relación establecida entre los trabajadores y el comedor privado que proveía los alimentos o, en su caso, el empleador. Este asunto no debería traer problemas en general si es que las prestaciones recíprocas (almuerzo y cena, por un lado, y retribución económica, por otro) se cumplen satisfactoriamente. Sin embargo, como sucedió en el presente caso, los inconvenientes surgen cuando el servicio alimenticio no es adecuado, afectando incluso la salud de los trabajadores. Si miramos este problema desde una óptica de derecho civil, llegaremos a la conclusión de que los trabajadores sólo podrían interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el concesionario del comedor. Ésta sin embargo parece una solución muy lejana a la satisfacción práctica del derecho a la alimentación. No hay que olvidar que en este caso el hecho de que los trabajadores puedan sólo alimentarse en el comedor de la empresa responde a una *decisión* del empleador, por lo que aquellos no podían agenciarse un mejor modo de satisfacer su derecho sin la presencia de la voluntad de éste.

Lo importante del ejemplo radica pues en la concurrencia de la *especial circunstancia* de que la satisfacción adecuada del derecho a la alimentación de los trabajadores *depende* en última instancia del empleador. Sin embargo, entre éste y los trabajadores no existe una estipulación específica respecto a los alimentos, ni hay regulación legal alguna al respecto; la única regla parece ser la decisión del empleador en el sentido de que los alimentos serán recibidos, obligatoriamente, en el comedor ubicado en el interior de la empresa, pero que es manejada por un tercero concesionario. La pregunta sería entonces, si es que en dicha decisión, en el que se refleja el poder de dirección del empleador, puede incidir la norma de derecho fundamental que recoge el derecho a la alimentación adecuada. Es decir, si derivada directamente de la Constitución o de un Tratado Internacional de Derechos Humanos (que tiene también rango constitucional) puede colegirse un *deber de*

¹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 38-60.

protección del empleador respecto al derecho a la alimentación de los trabajadores, por más que no exista una regulación específica al respecto.

En este caso la respuesta parece encontrarse, con suficiente claridad, en el hecho de que finalmente la prestación del servicio alimenticio depende del empleador, sea éste un prestador directo (en el caso fuere quien proporciona directamente los alimentos) o sea el titular del comedor a quien el concesionario debe rendir cuentas; por lo que debe caer bajo su responsabilidad la adecuada calidad de la alimentación (con independencia de que exista otra autoridad estatal encargada de velar también por dicha prestación).

El ejemplo hasta aquí tratado nos ha permitido mostrar un caso donde puede postularse la eficacia directa de un derecho social en una relación entre particulares, basada en una forma de *deber especial de protección*. Sin embargo –como trataremos de sustentar en la presente investigación– éste no es el único supuesto en el que se puede encontrar la vinculación directa de un particular a una norma fundamental que contiene un derecho social. No obstante, en general, el tema de la eficacia horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales ha sido abordado teniendo como ejemplos de su ocurrencia los derechos civiles, los derechos de libertad o los también llamados derechos de primera generación. Así, en el catálogo de casos que se abordan como ejemplo de esta eficacia suelen ubicarse derechos como la libertad de expresión, el derecho al honor, la intimidad personal, el derecho de asociación, la libertad de contratación, el derecho de propiedad o el debido proceso².

La tesis inicia, sin embargo, analizando el problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Se postula en este punto, la tesis conocida en la doctrina como *eficacia directa*. En general, los argumentos que se han dado a favor de esta eficacia son bastante consistentes y abonan a su aceptación bastante generalizada en muchos ordenamientos jurídicos. Cuando se estudia este sector de la dogmática constitucional se encuentra que, más bien, el punto de controversia reside en la implicancia que dicha eficacia podría tener en determinados valores del Derecho Privado como la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica. La cuestión entonces de la extensión de dicha eficacia a los derechos sociales, tiene que ver también con dicha colisión, y con la ponderación que pueda efectuarse entre estos valores y los valores que importan los derechos sociales.

Ello nos conduce, en el segundo capítulo a abordar el problema de fundamentación de los derechos sociales, que se ha resuelto ampliamente en la doctrina a favor de la centralidad de estos derechos, sea que se sostenga una doctrina política liberal, democrática o social. Se destaca, por tanto, la importancia

² Vid., por ejemplo, para el caso español, el detallado estudio de BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Para el caso peruano puede verse CRESCI VASALLO, Giancarlo: “La protección de los derechos fundamentales en las entidades corporativo privadas según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”, en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Tomo I, Gerardo Eto Cruz (Coordinador), Adrus – Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2011, pp. 295 y ss.

de estos derechos para los valores que defienden estas doctrinas y que se encuentran incorporados en los modernos Estados constitucionales, como la libertad, el autogobierno y la igualdad. Se debe incorporar, sin embargo, un análisis del papel que juega la solidaridad en estos derechos, como base para discutir luego la responsabilidad de la sociedad en la realización de estos derechos.

En el tercer capítulo, nos centramos en el estudio de la fundamentación de los deberes de solidaridad que se encuentran implícitos en el tema de la eficacia directa de los derechos sociales frente a particulares. Para ello brindamos una doble fundamentación: moral y contextual. Recurriendo a los debates sobre filosofía moral y política sostenemos la justificación de dichos deberes; mientras que amparados en un análisis del contexto en el que se desenvuelven dichos derechos sustentamos su relevancia práctica y la necesidad de que los particulares tengan en consideración el impacto de su actividad sobre estos derechos y, en ciertos casos especiales, asuman responsabilidad directa sobre ellos. Concretamos este análisis con dos casos de eficacia directa: i) la vinculación de los derechos sociales en las “empresas comunidad” y ii) la eficacia de los derechos sociales en la prestación de servicios públicos por particulares.

En su último libro, *La idea de la justicia*, Amartya Sen nos dice que aquello que nos mueve para la acción es el deseo de superar algo que sentimos como una injusticia y que sabemos que podemos remediar, más que el deseo de crear o construir una sociedad perfectamente justa. Con esta afirmación, Sen cambia el enfoque en la apreciación de la justicia, que desde la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, había tenido predilección por sentar los principios sobre los cuales se debe construir una sociedad justa y ordenada, antes que apreciar las grandes injusticias que vivían las personas en el mundo real. De allí que Sen, congruente con este enfoque general, ha dedicado gran parte de su obra a examinar las libertades o capacidades que requieren las personas para vivir la vida que tienen razón para valorar. La presente investigación se ha originado también en el fuerte sentimiento de injusticia generado por la difícil situación, en la que la indolente decisión empresarial de su empleador, colocó a mi tío. Allí surgió la pregunta de nuestras responsabilidades con las necesidades básicas de las demás y lo que el Derecho podía hacer al respecto. Sin embargo, como ha enseñado también el Premio Nobel de Economía, es necesario pasar nuestras preocupaciones por el escrutinio de la razón, para encontrar el foco de la injusticia y fortalecer nuestro reclamo en la discusión pública. De la virtud teórica de la eficacia de los derechos sociales en las relaciones entre particulares trata la presente tesis, pero también de la preocupación por situaciones de abierta injusticia como la descrita en las primeras líneas de esta introducción.



CAPÍTULO I

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

La tesis de la eficacia de los derechos sociales en las relaciones entre particulares es una especificación de la tesis más general de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Ambas tienen que ver con una misma cuestión: si los derechos fundamentales (entre ellos los derechos sociales) pueden constituirse en *normas de conducta*³ de los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, es decir si detentan “fuerza regulatoria” sobre dichas relaciones, en el sentido de imponer *directamente* mandatos, prohibiciones o permisiones a las relaciones que las personas establecen entre sí; en suma, si pueden ser *fuentes directas* de *derechos* y *obligaciones* para los particulares.

Como veremos en adelante, la pregunta por la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares es en el fondo una pregunta por su *eficacia directa*, pues mientras la **tesis de la eficacia mediata o indirecta** alude a una influencia de los derechos en el ámbito privado por medio de la interpretación constitucional de la ley civil o de las cláusulas generales que introducirían el llamado “efecto de irradiación”, lo que alude al *efecto conformador o directriz* del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado; la **tesis de la eficacia directa** habla del *efecto regulador* de las normas de derecho constitucional sobre las relaciones que entablan entre sí los particulares, al margen de lo que establezca la ley civil u otros preceptos del Derecho Privado⁴.

En términos concretos, el problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares se contiene en la pregunta de *si* y, en todo caso, *a qué* tendrían derecho o estarían obligadas las personas (a qué no hacer o respetar, a qué cuidar o proteger, o a qué hacer) cuando entablan relaciones jurídicas entre ellas (de derecho privado o bajo alguna forma especial de sujeción), a la luz de los derechos fundamentales.

En el fondo, como veremos en el presente capítulo, detrás de la pregunta por la capacidad regulatoria de los derechos fundamentales (incluidos los derechos sociales) en las relaciones entre particulares se encuentra el asunto, trascendente en la dogmática constitucional, del *carácter normativo* de estos derechos y de la propia Constitución: si los derechos para valer, en el ámbito normativo, requieren y necesitan, como antaño, la labor mediadora del legislador o si éstos traen de por sí una entidad jurídica propia. El constitucionalismo contemporáneo, desarrollado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se ha decantado, como es harto

³ Mijail Mendoza hace la distinción entre *normas secundarias* o *normas de segundo grado*, que son las normas que inspiran, sirven de fundamento o imponen los límites de otras normas, y las *normas de conducta*, que son las normas que establecen directamente la conducta a seguir por el destinatario de la misma (Vid. MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Derechos fundamentales y Derecho Privado*, op. cit., p. 41).

⁴ Vid. JULIO ESTRADA, Alexei: *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 115; también MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 5.

conocido, por esta última opción. Ese ha sido, según se mire, uno de sus principales aportes: los derechos fundamentales valen, como **derecho directamente aplicable**, frente al legislador, a la administración y la jurisdicción⁵, vinculan a cualquier autoridad o funcionario público, e incluso a los particulares⁶.

En el presente capítulo examinaremos la evolución en la *comprensión* de los derechos fundamentales, que nos ha llevado a aceptar la idea de su fuerza normativa y con ella de su eficacia incluso en las relaciones entre particulares. Centraremos el estudio de la evolución histórica en la Europa continental, pues es aquí donde se producen, sobre todo, los condicionamientos políticos, ideológicos y teóricos que impedirán, en el curso del siglo XIX e inicios del XX, el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución. Las mismas circunstancias históricas –como veremos– serán las que harán desenfocada la pregunta –en dicha etapa– acerca de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas de Derecho Privado. Nos abocaremos, en dicha línea, a la forma como se planteó la escisión entre Derecho Público y Derecho Privado, en el constitucionalismo decimonónico, y revisaremos la formación y el abandono de la doctrina de los derechos públicos subjetivos. En segundo lugar, estudiaremos las teorías –provenientes de la doctrina alemana– acerca de la forma cómo puede presentarse la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Valoraremos dichas teorías y asumiremos la postura de la eficacia directa, como la única coherente con la premisa del carácter normativo de la Constitución. Discutiremos, sin embargo, los inconvenientes de decantarse por una eficacia inmediata de los derechos fundamentales entre particulares, colocando nuestra atención en tres críticas: la de la imposibilidad de derivar normas de conducta de la Constitución, la de la destrucción de la certeza jurídica brindada por el Derecho Privado, y la de la afectación del principio de autonomía de la voluntad. Al evaluar las referidas críticas, veremos si el Derecho Constitucional contemporáneo ha brindado soluciones o herramientas constitucionalmente adecuadas para afrontar los problemas que plantea su eficacia directa, sin sacrificio de otros bienes constitucionales igualmente valiosos.

1. Algo de historia: las relaciones entre Derecho Constitucional y Derecho Privado y la doctrina de los derechos públicos subjetivos.

1.1. La escisión inicial entre Derecho Constitucional y Derecho Privado.

Todo el vasto movimiento ilustrado que precedió y dio pie a las grandes revoluciones liberales de fines del siglo XVIII, pretendió dos cambios sustanciales con relación al régimen feudal y absolutista anterior: el fin de los privilegios estamentales y feudales, cada vez más odiosos, que impedían el ascenso de la pujante burguesía, y el fin del absolutismo real, que había reducido a la persona a mero súbdito sin disposición libre y segura sobre su vida⁷ y sus bienes⁸. Dos serían,

⁵ Conforme al artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn.

⁶ Como lo estipula el artículo 200.2 de la Constitución peruana de 1993.

⁷ De allí la importancia que adquirirían las garantías penales y procesales en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 7) y en la Constitución francesa de 1791 (en el Capítulo V del Título III, referido al Poder Judicial)).

en estas circunstancias, los valores centrales que invocarían los revolucionarios franceses para la construcción del nuevo contrato social: igualdad y libertad. El nuevo pacto social, gestado en las discusiones de la Asamblea Constituyente francesa de 1789-1791⁹, se fundó entonces no solo en el reconocimiento de los derechos naturales e inalienables del hombre, como expresión de la libertad que el Estado no podía coartar, sino en la necesidad de conformar un *nuevo orden social*, donde quedaran abolidos los privilegios y se consagrara el principio de igualdad de todos los hombres ante la ley. Ambas finalidades quedaron claramente plasmadas, tanto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como en el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1791¹⁰:

“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los **actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo**, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

“La Asamblea Nacional, queriendo establecer la Constitución francesa sobre los principios que ella ha reconocido y declarado, **abole irrevocablemente las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos**. Ya no hay nobleza, ni procerato (*pairie*), ni distinciones hereditarias, ni distinciones de órdenes, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que de aquéllas derivaban, ni ningún orden de caballería, ni ninguna de las corporaciones o condecoraciones, en las que se exigían pruebas de nobleza, o suponían distinciones de nacimiento, ni ninguna otra superioridad, más que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Ya no hay venalidad, ni herencia de ningún oficio público. **Ya no hay, para ninguna parte de la Nación, ni para ningún individuo, privilegio o excepción alguna al derecho común de todos los franceses**. Ya no hay cofradías, ni corporaciones de profesiones, artes y oficios. La ley ya no reconocerá ni votos religiosos, ni ningún otro compromiso que sea contrario a los derechos naturales o a la Constitución” (Constitución francesa de 1791).

Aunque esta invocación a la igualdad y a la eliminación de los privilegios, parece conducir a un entendimiento original de los derechos como pretensiones de

⁸ De allí la referencia a la propiedad como inviolable (artículos 2 y 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y Título I de la Constitución francesa de 1791).

⁹ Vid. una breve reseña de los debates en la Asamblea Nacional francesa en el Estudio Introdutorio de Ana Martínez Arancón a la obra *La Revolución Francesa en sus textos*. Tecnos, Madrid, 1989.

¹⁰ Un amplio y detallado estudio sobre la relación entre las ideas filosóficas, las pretensiones burguesas y el contenido de los textos revolucionarios franceses de 1789, 1791 y 1793 en: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: “Los textos de la Revolución Francesa”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II-Volumen III: Siglo XVIII. El derecho positivo de los derechos humanos. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 121-379.

libertad a ser ejercidas también en el ámbito de las relaciones sociales¹¹, lo cierto es que esta *función derogatoria* de los privilegios y *de conformación* del Derecho Privado asumida por el naciente Derecho Constitucional¹² pronto sería abandonada¹³. En efecto, las pretensiones de libertad e igualdad, exigidas por la burguesía para el ámbito privado, se encauzarían básicamente a través de la *ley*, específicamente de la nueva herramienta creada para tal efecto: el Código Civil. La ley, como quedó plasmado en la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, era el lugar donde se conformaba la libertad, donde quedaban fijados los límites de los derechos de unos a favor de los derechos de otros¹⁴. No se entendía, salvo contadas excepciones¹⁵, que, en sentido contrario, ésta pudiera constituirse en una amenaza para la propia libertad que ella buscaba instaurar. Más bien, como había sostenido Rousseau -de gran influjo en la Revolución francesa-, ésta por ser expresión de la *voluntad general*, de la voluntad de todo el pueblo reunido en asamblea (a través de sus representantes), era el único medio posible de alcanzar la libertad: “¿Por qué arte inconcebible ha podido encontrarse el medio de sujetar a los hombres para hacerse libres? ¿...de encadenar su voluntad por su propio deseo? ¿Cómo puede hacerse que los hombres obedezcan y que nadie mande, que sirvan y no tengan dueño, tanto más libres en efecto cuanto que, bajo una aparente sujeción, nadie pierde su libertad más que en lo que pueda perjudicar a la de otro? Estos prodigios son obra de la ley...[Así]cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes”¹⁶.

La ley además, con sus caracteres esenciales de *abstracción* y *generalidad*, constituiría el modo cómo la clase burguesa alcanzaría la *igualdad formal* en sus relaciones sociales¹⁷. Del mismo modo, operaba como depositario de la *seguridad jurídica* que la propia burguesía iba a requerir en el ámbito económico, con el

¹¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: La buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 189; vid. también la referencia hecha en JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 31.

¹² HESSE, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 34. Es preciso recordar que la propia Constitución francesa de 1791 establecería en su Título I sobre Las disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución que “Se hará un Código de leyes civiles comunes a todo el reino”.

¹³ Gregorio Peces-Barba explica el abandono del ideal igualitario en el ámbito privado en el hecho de que la clase burguesa que pretendía dicha igualdad, poseía ésta ya en el plano económico, por lo que solo le bastaba alcanzar su reconocimiento en el plano formal y jurídico, el que consiguió con la Declaración de 1789; lo demás debía quedar a una ley abstracta en el plano formal y ciega en el plano social. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: “Los textos de la Revolución Francesa”, op. cit. p. 269.

¹⁴ El artículo 4 de la Declaración establece: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

¹⁵ Es famosa en este sentido la alegación de Sieyès contra los riesgos de la democracia asamblearia fomentada por Robespierre, donde se habían diluido los límites entre el poder constituyente y el poder constituido, esto es, entre Constitución y ley. Vid. SIEYÈS, Emmanuel. “Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyès*. Introducción, estudio preliminar y compliación de David Pantoja, Fondo de Cultura Económica, México, 1993. Pueden verse los debates franceses sobre un posible control constitucional de la ley en BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, 3ª. edición, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pp. 333 y ss.

¹⁶ Rousseau en su *Discurso sobre la Economía Política*.

¹⁷ LÓPEZ LÓPEZ, Ángel: “Códigos decimonónicos y derechos fundamentales”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo III-Volumen I-Libro II: El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de su evolución (II), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 842-848.

advenimiento del capitalismo¹⁸. La labor codificadora llevada a cabo por Napoleón, entre 1804 y 1810, periodo en el que se llegarían a publicar cinco Códigos (Código Civil, Código Penal, Código de Comercio, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal), por lo demás, parecía cubrir todo el espectro de la vida social, dando la sensación de *plenitud y coherencia* en el sistema jurídico¹⁹.

De esta manera, aunque en relación con el Estado, las libertades fundamentales se verían seriamente limitadas, producto de los sucesos posteriores a la Revolución (la llegada al poder de Napoleón y el régimen de la Restauración), en el ámbito privado, la libertad y la igualdad parecían definitivamente logradas como consecuencia de la construcción de un Derecho Privado autónomo y con fuertes pretensiones de científicidad. Es por esta razón, como afirma Alexei Julio Estrada, que no se formó, en comparación con la amplia doctrina civilista de los *derechos subjetivos privados*, una dogmática de las libertades fundamentales, que viniera a limitar el reasumido poder del Estado frente a los ciudadanos: conseguida la libertad en el ámbito económico, menor importancia parecía tener la limitación de las libertades y derechos ciudadanos en la esfera pública²⁰. El ejercicio de la libertad en el ámbito privado, dejado completamente en manos de un Derecho Privado omnicompreensivo²¹, quedaba de este modo totalmente desconectado de cualquier dogmática de los derechos fundamentales, la que a duras penas sería construida por la doctrina alemana después de la segunda mitad del siglo XIX.

¹⁸ La seguridad jurídica quedaba consagrada como uno de los derechos naturales del hombre en el artículo 2 de la Declaración y podía verse transversalmente en todo el documento garantizada a través de la *ley*, sea como seguridad para la libertad (artículo 5: “todo lo que no es prohibido por la *ley* no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena”), seguridad para la vida (artículo 7: “Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la *ley* según las formas prescritas en ella”), y artículo 8: “nadie puede ser castigado sino en virtud de una *ley* establecida y promulgada con anterioridad al delito y **legalmente** aplicada”) y seguridad para la propiedad (artículo 17: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, **legalmente** constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa”).

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “La democracia y el lugar de la ley”, en *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Palestra, Lima, 2004, pp. 131-132.

²⁰ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 33.

²¹ Como ha dicho Konrad Hesse en términos ilustrativos: “Los derechos fundamentales no estaban en condiciones de garantizar una ordenación jurídica existente frente al legislador. Ello hubiera presupuesto una primacía de la Constitución capaz de imponerse frente a las leyes ordinarias, algo que ni siquiera tras 1848 se había desarrollado aún (...), entonces resulta claro hasta qué extremo estaba el Derecho Constitucional de aquel tiempo lejos también de desplegar una eficacia protectora del Derecho Privado. En todo caso debemos inmediatamente añadir que tampoco era necesaria tal eficacia. A nadie se le hubiera ocurrido cuestionar el Derecho Privado o sus principios fundamentales. El Derecho Privado aparecía más bien como el auténtico baluarte de la libertad burguesa [...]. Un Derecho Privado liberal en un Estado no liberal: ello pareció posible a partir de la idea de que el Derecho Privado regula las relaciones de los particulares desde el punto de vista de la libertad individual, al margen de las relaciones políticas y las constituciones. Así, llegó el Derecho Privado a ser el Derecho constitutivo de la Sociedad burguesa, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria. Le correspondía incluso una primacía material frente al Derecho Constitucional. Como sistema de las esferas y de los límites de la libertad asumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales, que ellos mismos, como se ha expuesto, sólo con reservas podían desempeñar. En todo caso, esa libertad burguesa era una libertad no política, una libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado. La libertad en las decisiones y en la ordenación de la economía, no importunada por el Estado, resultaba para la burguesía definitivamente más importante que la determinación y la configuración de la política (...)”. HESSE, Konrad: op. cit., pp. 36-39.

1.2. La doctrina de los derechos públicos subjetivos

Precisamente, en la futura oposición al reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, influiría no solo la mentada identificación del Derecho Privado como ordenamiento de la libertad²² o el papel preponderante de la ley como instrumento de la misma, sino la limitada construcción hecha por la doctrina alemana de una dogmática de los derechos fundamentales como *derechos públicos subjetivos*, la que no sólo hizo pensar los derechos como dirigidos exclusivamente contra el Estado, sino que al proveerles una fundamentación *estatalista* lastró definitivamente su carácter *valorativo* y *normativo*. De acuerdo a esta nueva dogmática, elaborada en el seno de un Imperio alemán marcado por el autoritarismo, los derechos ya no eran, como en el ideario ilustrado, límites absolutos e infranqueables para el Estado (en tanto entidades naturales *anteriores* a él), sino facultades dependientes en última instancia de la *voluntad* del Estado. Con la doctrina de los *derechos públicos subjetivos*, acuñada por Gerber²³ y desarrollada luego por Jellenik²⁴, si bien se alcanzaba el objetivo de limitar en cierto grado el poder del Estado (sobre todo de la Administración), se perdía completamente el carácter revulsivo que los derechos habían alcanzado durante la Revolución. Como no constituían más la justificación de la existencia del Estado²⁵, no podían limitar el poder configurador de éste, encarnado en el legislador. Perdían, por tanto, su fuerza normativa y su capacidad para determinar la vida política y social de acuerdo a los valores que representaban.

La doctrina de los derechos públicos subjetivos nace, en el **ámbito académico**, dentro de la pretensión más general de la dogmática alemana de construir un *sistema* de Derecho Público, asentado como el de Derecho Privado, en una metodología jurídica estricta²⁶, representada en este caso por la *pandectística*: donde el objeto de la ciencia jurídica era la elaboración de un sistema cerrado y formal de *conceptos* y *categorías* que den cuenta del material jurídico formado por el Derecho Positivo²⁷. En el **plano político**, la dogmática de los derechos públicos

²² Como ha dicho clarificadoramente Pedro de Vega: “Con razón, iusprivatistas notables (Thieme, Wieacker) han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el Código Civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado”. DE VEGA GARCÍA, Pedro: “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en *Pensamiento Constitucional*, Año IX, N° 9, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 31.

²³ El término “derechos públicos” sería acuñado por K. F. Gerber en su monografía de 1852 “Sobre los derechos públicos”, citado por JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., pp. 34-36.

²⁴ En 1982, Georg Jellinek publicaría la primera edición de su *Sistema de derechos públicos subjetivos*. La obra se encuentra completa, en traducción italiana, por la Società Editrice Libreria, Milano, 1912, en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/Bibliotecadigital/jellinek.asp>.

²⁵ Recordemos que de acuerdo al artículo 2 de la Declaración de 1789: “La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

²⁶ HESSE, Konrad: op. cit., pp. 41-43.

²⁷ La pandectística si bien aparece en Alemania asociada a la pretensión de la Escuela Histórica de Savigny de sistematizar el Derecho Romano, como material jurídico a ser utilizado en el Reich en lugar de una codificación meramente racionalista e importada de Francia, pronto evoluciona en el intento de aplicar el mismo método sistematizador de conceptos y categorías al Derecho Positivo realmente existente en

subjetivos se enmarca en la lucha de la burguesía alemana por *limitar* el ascendente poder del gobierno monárquico, a través del reconocimiento de ciertas facultades a los ciudadanos, las que serán reguladas, de modo exclusivo, por el órgano representativo de dicha burguesía: el Parlamento²⁸.

Los derechos públicos subjetivos son pues –de acuerdo a Jellinek- potestades que el Estado reconoce a los individuos, pero que no se originan en un atributo moral de éstos anterior al Estado, sino que son producto de una *autolimitación* de la propia soberanía estatal. Esta autolimitación se basa –según este jurista alemán- i) en el hecho de que el Estado es un ente conformado para la realización de los objetivos de una comunidad determinada, a los que debe sujetarse, y ii) en que la soberanía ejercida por el Estado recae sobre hombres que ostentan también una personalidad jurídica²⁹. Si bien esta fundamentación de la referida autolimitación estatal parece remitirnos a un elemento *externo* en la justificación de los derechos públicos subjetivos; lo cierto es que esta fundamentación última de los derechos públicos subjetivos no juega ningún papel en su reconocimiento o en la delimitación de su contenido, pues aquello que responda a dichos objetivos comunitarios o a los atributos que compongan la personalidad jurídica del individuo, será lo que es determinado por el Estado, a través de los procedimientos *formales* respectivos, específicamente lo que sea reconocido por la *ley*.

En esta idea de los derechos, no hay lugar pues para la evaluación de su contenido a partir de los principios de dignidad, igualdad o libertad, pues sus elementos constitutivos se reducen a aquellos que expresamente se han predeterminado en la ley, coincidan o no con estos valores. En el plano de la dogmática jurídica, el problema no va a girar pues sobre el “*deber ser*” de las normas (o, como ya se dijo, sobre algún parámetro externo de evaluación), sino sobre “*el ser*” de las mismas (sobre lo que ordenan los dispositivos legales, visto el conjunto del ordenamiento jurídico positivo). De allí la escasa relevancia que en el siglo XIX tendrá la argumentación *moral* en el Derecho y, en cambio, el rol preponderante del *positivismo jurídico* de tipo formal. En el plano práctico, la ampliación del contenido de los derechos se conquistará de modo exclusivo en el Parlamento, limitándose los jueces a verificar la violación de los derechos, con referencia exclusiva a cómo éstos habían sido dispuestos en la ley.

La doctrina de los derechos públicos subjetivos representa, sin embargo, un avance en el marco de un Estado decimonónico que había retornado en muchos aspectos al absolutismo monárquico. En efecto, la idea de “*reserva de ley*” en la regulación de los derechos, que deriva de una supuesta distinción entre ley formal y ley material, el concepto de *Estado de Derecho*³⁰, e incluso el reconocimiento de los derechos públicos como verdaderas pretensiones *subjetivas* y no sólo como “efecto

Alemania. Vid. Al respecto FASSÒ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*. Volumen 3: Siglos XIX y XX. Pirámide, Madrid, 1996, pp. 53 y ss.

²⁸ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 45.

²⁹ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., pp. 39-40.

³⁰ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., pp. 39-45.

reflejo” del derecho objetivo³¹, son aportes que han perdurado hasta la actualidad y que aparecen emparentadas con dicha doctrina. En el ámbito de la ciencia jurídica, una importante contribución –que incluso hoy tiene un valor pedagógico- la constituye la *clasificación* de los derechos de acuerdo a las diversas pretensiones que la persona podía asumir frente al Estado. Así tenemos: i) la facultad de desarrollar actividades con libertad, sin interferencias, siempre que dichas actividades se desenvuelvan en los márgenes dispuestos por la ley, se corresponde con los llamados derechos civiles (*status negativo*); ii) la facultad de reclamar prestaciones positivas al Estado, cuando éste se hubiere obligado expresamente a llevarlas a cabo, se corresponde en Jellinek con el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque puede identificarse hoy con los derechos sociales (*status positivo*); y iii) la facultad de acceso a determinado cargo público y a ejercer dicho cargo en representación del Estado, se corresponde con los derechos políticos (*status activae civitatis o status activo*)³².

En síntesis, la identificación que la doctrina constitucional decimonónica hacía entre ley y derechos, sin reconocer ninguna *entidad jurídica propia* a estos últimos, haría imposible pensar en algún tipo de influencia autónoma de los derechos en la ordenación de la vida social y en las relaciones jurídicas entabladas entre particulares. En el ámbito de la actividad estatal, la ausencia de dicha influencia terminaría inclinando siempre la balanza a favor de la soberanía estatal y de los objetivos perseguidos por el Estado, aún con el sacrificio de los individuos³³. En la ordenación de la vida social, la mentada identificación haría posible la prevalencia sólo de los intereses económicos de la clase burguesa, en alianza muchas veces con los objetivos del aparato estatal, en detrimento de las clases medias y del proletariado, que no alcanzaban o alcanzaban a duras penas representación en el Parlamento³⁴.

³¹ La postura de Gerber de los derechos como “efecto reflejo” del derecho objetivo en FERRAJOLI, Luigi: “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3º. Edición, Trotta, Madrid, 2007, pp. 27-28. Jellinek superará parcialmente esta visión al hablar de derechos que se atribuyen al individuo en función de pretensiones subjetivas, y no generales, aunque sin contradecir el interés general del Estado. Este reconocimiento permitió también la evolución en sentido subjetivo de la justicia administrativa, basado antes de modo exclusivo en los recursos objetivos por exceso de poder. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 45-51.

³² JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., pp. 41-48.

³³ Como afirma Gustavo Zagrebelsky: “[La doctrina de los derechos públicos subjetivos] respecto a la pura y simple arbitrariedad del Estado, se trataba ya de un gran avance (...). Pero aún no era un paso decisivo porque, al no tener los derechos una consistencia jurídica propia, no había ninguna garantía frente a la posibilidad de que la propia ley previera y consintiera su negación. El concepto jurídico de los derechos era marginal o secundario, lo que derivaba de la asunción de una idea fundamental: la prioridad del Estado y de sus exigencias de unidad, expresadas en la ley, frente a las posiciones subjetivas de los individuos (...). Con [esta doctrina], los derechos empezaban a asomar la cabeza en una tradición del derecho público básicamente estatista, es decir, en un ambiente jurídico y político todavía hostil a una transformación profunda del orden heredado, un orden en el que el Estado con su autoridad, estaba por delante de los individuos, con sus derechos. Se trataba de un punto de llegada que la ciencia jurídica no podía superar si no era cuestionando la ideología jurídica positivista entonces dominante, esa ideología que reducía los derechos a las leyes y atribuía a éstas un carácter omnipotente”. ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 48-49.

³⁴ Así, ha sostenido también el profesor italiano: “[Aunque] no es cuestión hablar aquí de lo adecuada que resultase esta ideología estatista-legislativa de los derechos al Estado de la burguesía y a la posición general que ésta asumió en la dirección política del Estado a través de la Cámara representativa (...), en realidad, aquel Estado liberal para la clase política de la que era expresión, no podía serlo para su antagonista histórico, el proletariado. La permanente amenaza que la cuestión social supone para las instituciones liberales, no permitían más que un parcial y siempre revocable debilitamiento del Estado como fuerza soberana (...) [Lo

Aunque, como veremos en el siguiente acápite, el verdadero cambio en las condiciones que permiten hablar de una eficacia de los derechos fundamentales entre particulares se produce luego de la Segunda Guerra Mundial, y justamente a propósito de ella, con el advenimiento del *paradigma constitucional*, es preciso destacar antes de concluir este apartado, algunos factores que fueron larvando la mentada eficacia, y que son importantes para la línea argumental expuesta en el presente trabajo.

1.3. La aparición de la “cuestión social” y el cuestionamiento de los fundamentos ideológicos del Derecho Privado

En primer lugar, la aparición de la llamada “**cuestión social**”³⁵, en pleno siglo de afianzamiento del liberalismo económico (siglo XIX), dejaría en evidencia la seria limitación del sistema de Derecho Privado, construido a la medida del individualismo burgués³⁶, como un verdadero orden jurídico de la libertad. La penosa situación de la naciente clase obrera, a la que una descarnada libertad de trabajo y una supuesta “autonomía contractual” habían conducido era, aunque no el único, el más importante signo de los errados supuestos sobre los cuales se había edificado el Derecho Privado. Las ideas de generalidad, abstracción e igualdad formal como pilares del proceso de codificación civil y comercial reflejaban toda su inoperancia ante una realidad en la cual el empresario imponía las condiciones de trabajo a los obreros, que aceptaban salarios bajos y duras condiciones laborales, con tal de poder satisfacer sus necesidades básicas. Un “contrato de servicios”, abstraído de la realidad contractual de las partes y contenido en la mayoría de códigos civiles de la época, era la única forma de regulación de una relación laboral muy lejana del valor de dignidad humana³⁷.

En dicho contexto de pauperización de los trabajadores, no solo el movimiento obrero³⁸, sino muchos pensadores de tendencia socialista, republicana o

que incluso llevó] a los juristas que veían en el fascismo una prolongación o restauración de la unidad del Estado, a considerar al sindicalismo plural como una amenaza a dicha unidad. Se hablaba de crisis del Estado y el Estado totalitario se podía concebir como la reafirmación del principio estatalista del derecho, frente al exagerado egoísmo de las muchas organizaciones que parecían conjurar la estabilidad y la unidad de la trama estatal”. ZAGREBELSKY, Gustavo: op. cit., pp. 49-50.

³⁵ Vid. sobre la aparición de la “cuestión social” y su relación con el ordenamiento jurídico liberal MONEREO ATIENZA, Cristina: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007, pp. 65 y ss.

³⁶ Como ha dicho Cristina Monereo Atienza, el liberalismo decimonónico y su orden jurídico privado, se sustentan en determinadas premisas ideológicas e incluso culturales: la idea smithiana de que los individuos debía tener un margen amplio de libertad económica, que no dañaba a la sociedad, puesto que ésta podía equilibrar, de modo natural, los intereses individuales de sus miembros; y la idea de que el progreso material otorgaba consideración social y felicidad. Vid. MONEREO ATIENZA, Cristina: *Ideologías jurídicas y cuestión social*, op. cit., pp. 54-56.

³⁷ Sobre el contrato de servicios y su regulación por el Derecho Privado puede verse MONEREO ATIENZA, Cristina: op. cit. pp. 72 y ss. Vid. también MENGESHA, Anton: *Derecho Civil y los pobres*, Juristas Editores, Lima, 2011, pp. 177 y ss.

³⁸ FARIÑAS DULCE, María José: “El origen de los derechos de los trabajadores: Las Internacionales Obreras”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo III: Siglo XIX. Volumen I: El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de evolución. Libro I. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 379 y ss.

simplemente humanista, como en el caso del krausismo español³⁹, propugnaron no solo por la creación de un derecho *tutelar* del trabajo o de *asistencia* a los más necesitados (Derecho Social)⁴⁰, sino también por una verdadera transformación del Derecho Privado y de los supuestos ideológicos en los que se sostenía. Así, aparece no solo la primera legislación laboral y social, de limitación del trabajo infantil, reducción de horas de trabajo, seguridad y salud en el empleo, seguros de supervivencia, invalidez y desempleo⁴¹, sino también las primeras reflexiones sobre la *función social* de los institutos jurídicos privados⁴² y los primeros cambios operados en el sistema de Derecho Privado⁴³, reforzados por el renovado papel que adquirirían los derechos fundamentales y las constituciones en el período de entreguerras⁴⁴. La recuperación del papel legitimador y conformador de los derechos, aún cuando todavía no el reconocimiento de su carácter normativo, llegaría pues de la mano de los “derechos sociales”, que supondrían no solo la incorporación del *valor de justicia social* en las constituciones, sino un cambio profundo en las relaciones sociales y económicas que se imponían desde la Norma

³⁹ Sobre estas corrientes MONEREO ATIENZA, Cristina: op. cit., pp. 88 y ss.

⁴⁰ GURUITCH, Georges: *La idea del Derecho Social*, Comares, Granada, 2005.

⁴¹ La primera legislación social, de relaciones laborales y seguridad social fue impulsada por el canciller Otto Bismarck en Alemania, entre 1883 y 1889. Vid. un cuadro de los orígenes de esta legislación en diversos países en PISARELLO, Gerardo: *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2012, pp. 104 y ss.

⁴² Así Anton Menger realiza el primer estudio sobre el proyecto del Código Civil Alemán (1890), develando los intereses burgueses que acogía el proyecto, y propugnando por diversas reformas a favor de los pobres. (Vid. MENGER, Anton: *Derecho Civil y los pobres*, op. cit.). Es interesante a este respecto la postura asumida por Adolfo Posada en el Estudio Preliminar a la obra de Anton Menger, *Derecho Civil y los pobres*, donde apela a la ética, la simpatía y el deber, como componentes esenciales del Derecho, y que deben servir para producir la transformación del Derecho Civil en un sentido social. Otra contribución importante en la época la realiza León Duguit (“Las transformaciones generales del Derecho Privado después del Código de Napoleón, 1902), al fundamentar las instituciones jurídicas del derecho público y privado en la solidaridad social, en contraposición al acentuado carácter individualista del Derecho Civil. De su pluma nos viene la tradición de la “función social de la propiedad” (Vid. LEÓN DUGUIT: *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, Heliasta, Buenos Aires, 1975). Para la obra de León Duguit puede verse el excelente trabajo de MONEREO PÉREZ, José Luis y José CALVO GONZÁLEZ: “León Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación”, en *Revista de Derecho Constitucional europeo*, N° 4, 2005, pp. 483-551. También pueden ser calificados como aportes importantes para la socialización del Derecho Privado en esta época, los de Ferdinand Lasalle con su obra *Sistema de los derechos adquiridos* (1861), Anton Menger con *El derecho al producto íntegro del trabajo* (1891) y Karl Renner con *Las instituciones del Derecho Privado y su función social* (1904).

⁴³ Roger Rodríguez Santander nos ha recordado que fue el Código Civil alemán de 1900 el primero que, aunque limitadamente, incorporó elementos de la moral en la dilucidación de asuntos civiles: §138 nulidad del acto jurídico contrario a las buenas costumbres, §242 cláusula de la buena fe y proscripción del abuso del derecho, entre otros (Vid. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger: “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en *Estudios al precedente constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro (Coordinadores), Palestra, Lima, 2007, p. 30). Igualmente Gerardo Pisarello ha destacado la incorporación de criterios de responsabilidad objetiva en el Derecho Civil, que iban más allá de la culpa, por los daños que pudieran producir actores privados con una especial posición de poder en las relaciones mercantiles o de consumo; así también la moderación de la función represiva del Derecho Penal, a través de la inclusión de criterios resocializadores. Vid. PISARELLO, Gerardo: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 24.

⁴⁴ Por ejemplo, la Constitución de Weimar de 1918 ordenó la igualación jurídica de los hijos no matrimoniales (art. 121), estableció la igualdad de derechos de ambos cónyuges (art. 119), y dispuso el ejercicio de la libertad de expresión en el centro laboral (art. 118.1), entre otras cosas; del mismo modo lo hizo la Constitución española de 1931. Vid. Al respecto CLAVERO, Bartolomé: “Codificación y Constitución: Paradigmas de un binomio”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, N° 18, 1989, pp. 123 y ss.

Fundamental, democratizando y equilibrando una sociedad escindida en clases sociales bien marcadas⁴⁵.

1.4. El ingreso en escena de los valores y el constitucionalismo social de entreguerras

Finalmente, otro factor importante en el tránsito de un modelo estatalista de derechos a un modelo valorativo y normativo (como en el constitucionalismo de la segunda posguerra), fue la introducción, en la doctrina constitucional y en la teoría del derecho, producto del desgaste del positivismo formal, de los *valores* como parámetro normativo. En efecto, para afirmar que los derechos poseían una entidad jurídica propia, a la que debía sujetarse en todo caso la ley, era preciso controvertir primero la idea, bastante asentada por la doctrina del positivismo jurídico, de la *infalibilidad* de la ley o, mejor dicho, la idea de que ésta representaba la encarnación misma de la libertad y la garantía de los derechos de los ciudadanos. Esta concepción fue combatida, en el ámbito de la teoría del derecho, por la llamada “reacción antiformalista”, conformada por distintas posturas doctrinarias, que propugnaron la idea de que la materia jurídica no se reducía a las disposiciones que emanaban del texto expreso de la ley, sino que la presencia de lagunas y leyes contrarias a la moral o a la justicia, hacían necesaria la introducción de otros parámetros normativos, como principios generales o valores, que completen el Derecho y lo reconduzcan a su sentido más adecuado⁴⁶.

En segundo lugar, para permitir que aquella moral que controle y complete la ley sea la *moral* de los derechos fundamentales, era preciso que los derechos vuelvan a ocupar un lugar destacado dentro de las constituciones. En este punto, si bien hubo una resistencia positivista, enarbolada principalmente por Kelsen⁴⁷, y aún cuando el proceso no se completó por la tensión ideológica del periodo de entreguerras, el carácter exhaustivo de la mayoría de constituciones que se promulgaron en ese periodo (Weimar, Querétaro, la Constitución Española de 1931 o la Austriaca de 1920), regulando -como ya dijimos- aspectos específicos del derecho privado y conteniendo unos derechos sociales que pretendían conformar el capitalismo en un sentido más *social*, parecía hacer recobrar a los derechos un papel central. Del mismo modo, aunque con contenidos algo imprecisos, la “teoría de la integración” de Rudolf Smend⁴⁸ introducía, en la discusión acerca del carácter de la Constitución, la idea de que ésta debía estar presidida por los *valores* que la

⁴⁵ Sobre la constitucionalización de los derechos sociales en el período de entreguerras vid. PISARELLO, Gerardo: *Un largo Termidor*, op. cit., pp. 119 y ss.

⁴⁶ Sobre la “reacción antiformalista”, donde caben diversas corrientes como la jurisprudencia de intereses de Heck, el sociologismo jurídico de Erlich, el movimiento del derecho libre de Kantorowicz, la escuela científica de Francois Geny, y la filosofía de los valores del neokantismo y Stammler, puede verse FASSÒ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 161-189; LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2º. edición, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 57 y ss.

⁴⁷ KELSEN, Hans: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, pp. 77 a 82.

⁴⁸ SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Vid. también KELSEN, Hans: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, 2º. edición, Tecnos, Madrid, 2009.

comunidad política reconociese como fundantes, los que estaban básicamente representados por los derechos fundamentales. Si bien Smend no derivó de esta idea la *vinculatoriedad* normativa de los valores, sí hizo posible una discusión sobre la Constitución, en términos axiológicos y sustantivos, más allá de las normas sobre competencias y procedimientos, que era a lo que se había reducido la Constitución en el siglo XIX y a lo que quedaba acotada en la tesis kelseniana de la Constitución como norma suprema del orden jurídico⁴⁹.

2. La nueva relación entre derecho constitucional y derecho privado. El paradigma constitucional de la segunda posguerra.

Cuando en 1958 el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) dictó la sentencia del *caso Lüth* (BVerfGE 7, 198), estableciendo que el orden objetivo de valores presente en los derechos fundamentales debe ser la pauta básica que oriente la aplicación de todo el ordenamiento jurídico, dio paso a una nueva comprensión de la relación entre derecho constitucional y derecho privado. En efecto el TCFA determinó que:

“Pero es igualmente correcto que la Ley Fundamental, que no pretende ser ningún ordenamiento neutral ante los valores [...], en su sección de derechos fundamentales también ha instituido un **orden objetivo de valores**; y que justamente en ello se expresa un fortalecimiento de principio de la fuerza de validez de los derechos fundamentales [...] Este sistema de valores, que halla su centro en la personalidad humana y su dignidad que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social, debe regir como decisión jurídico-constitucional básica para todos los sectores del Derecho; la legislación, la Administración y la jurisprudencia reciben del mismo directivas e impulsos; así, él también influye evidentemente en el Derecho civil; ningún precepto de Derecho civil puede estar en contradicción con ese orden de valores, cada uno de ellos debe ser interpretado conforme al espíritu de tal orden de valores”⁵⁰.

Aunque, como veremos luego, el TCFA se decantaría por la opción que define la influencia de ese orden objetivo de valores (los derechos fundamentales) en el derecho privado a través de las “cláusulas generales” del propio Derecho Civil, en el fondo el reconocimiento de la incidencia de dicho orden de valores en el Derecho Privado marca un corte en el entendimiento de la relación que hasta ese momento había existido entre derecho constitucional y derecho privado. Y es que como el propio TCFA sostiene en la sentencia del caso Lüth, al determinar cuáles son los mandatos sociales que se desprenden de la cláusula de “buenas costumbres” del Código Civil alemán, el juez “tiene que partir en primera línea de la totalidad de las concepciones valorativas que el pueblo ha alcanzado en un momento determinado de su evolución espiritual cultural y **que ha fijado en su Constitución**”⁵¹.

La nueva relación entre derecho constitucional y derecho privado, no puede entenderse sin embargo, en su justa medida, si no se comprende primero el cambio

⁴⁹ LUCAS VERDÚ, Pablo: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, Tecnos, Madrid, 1987.

⁵⁰ La cita en MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 20.

⁵¹ La cita en MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 20

más profundo que significó el tránsito del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho, a partir de la Segunda Guerra Mundial; es decir, si no se comprende lo que aquí hemos denominado como “el tránsito al **paradigma constitucional**”. En efecto, no ha habido un suceso de mayor repercusión para el Derecho, después de las Revoluciones Francesa y Americana del siglo XVIII, que la Segunda Gran Guerra desarrollada a mediados del pasado siglo en Europa. El impacto profundo que causó en la conciencia colectiva de todo el mundo los atroces crímenes perpetrados durante la guerra, en especial aquellos que significaron la degradación del ser humano hasta límites jamás imaginados, produjo, en cadena de reacción, una honda preocupación por la protección de los derechos fundamentales y por la construcción de un sistema jurídico que los garantice de modo efectivo.

En el ámbito internacional dicha preocupación pronto se plasmó en la adopción en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, firmada por los representantes políticos de casi todo el orbe. En el ámbito estatal, el cambio más significativo vino de la mano de una nueva concepción de Constitución, con dos características singulares que traerían profundas consecuencias no solo en el Derecho Constitucional, sino en el Derecho en general: el carácter *normativo* y el carácter *valorativo* de la Constitución.

Así, se pensó que sólo una Constitución que se pretendiese como *norma jurídica* plenamente eficaz y no sólo como documento político fundamental, podía garantizar la sujeción de todos los poderes a los valores, principios y derechos que ella encarnaba. Del mismo modo, sólo una Constitución entendida como un *orden objetivo de valores*, basado en la dignidad humana, podía hacer frente al formalismo positivista decimonónico y de entreguerras, que admitía cualquier precepto como integrante del ordenamiento jurídico siempre que se hubiese ajustado al principio democrático de las mayorías y se hubiere adoptado conforme a los procesos formales de producción jurídica. La interpretación de la Constitución en clave *axiológico-cultural*, que recogía los antecedentes de la filosofía de los valores neokantiana y el pensamiento de Rudolf Smend⁵², triunfaba ahora y colocaba a determinados *valores superiores*⁵³ como límite a cualquier intento de deshumanización del derecho.

Esto valores superiores se verán plasmados, por lo demás, en los derechos fundamentales, los que ahora no necesariamente se identificarían con el desarrollo que el legislador podía hacer de ellos, sino que justamente vendrían a ser límites (e incluso mandatos) dirigidos al poder legisferante del Estado. La distinción entre ley y derechos vendría a ser consecuencia pues del reconocimiento de una consistencia jurídica propia de éstos, la que es posible por la relación *sustancial* de los mismos con los *valores* recogidos en las constituciones, los que no responden ahora a objetivos contingentes del Estado, ni tampoco a elucubraciones abstractas derivadas de un

⁵² Vid. al respecto BRAGE CAMAZANO, Joaquín: “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”, en la dirección http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf.

⁵³ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

racionalismo ahistórico⁵⁴, sino que son producto de distintas exigencias históricas y morales que han ido sedimentando en la evolución del constitucionalismo contemporáneo: los valores de libertad y seguridad del primer *constitucionalismo liberal*; el valor de igual consideración en la participación política, propia del *constitucionalismo democrático*; el valor de dignidad e igualitarismo sustancial, propio del *constitucionalismo social*⁵⁵; y otros valores como pluralismo cultural, respeto al medio ambiente, entre otros, de mucha más reciente data. Los derechos pasan a ser pues, en este contexto, no un producto necesario de lo que el Estado acuerde en sus procesos de deliberación política, sino exigencias morales de *justicia* (incardinadas en los mencionados valores), que se constituyen en un elemento externo de control de la política⁵⁶.

La posibilidad, entonces –y aquí vienen otras dos notas distintivas del paradigma constitucional–, de que los derechos así entendidos se constituyan en un límite de la política está dada por: i) la presencia de una jurisdicción constitucional que controle e interdicte eficazmente la violación de dichos valores, principios y derechos constitucionales; y ii) el desarrollo de unos cánones de interpretación constitucional capaces de dar vida y concreción jurídica a este nuevo material normativo. La marcada presencia de tribunales, cortes y salas constitucionales en todo el orbe ha sido la respuesta más marcada a la primera necesidad. El amplio desarrollo de una dogmática de la interpretación constitucional, la incorporación de la argumentación jurídica en el derecho constitucional y la elaboración de métodos propios de ponderación de derechos como el test de proporcionalidad, ha sido, por su parte, la respuesta del constitucionalismo a la segunda necesidad. Como se ha dicho con acierto: en las posibilidades de racionalidad objetiva de dichos métodos (como instrumento de ponderación de valores, principios y derechos) se juega la suerte misma del constitucionalismo contemporáneo⁵⁷.

Pero si en un inicio se pensó que los tribunales constitucionales se limitarían solo a controlar la posible injerencia del legislador en lo que originariamente se denominó como el “contenido esencial” de los derechos, limitando la acción de éste cuando las disposiciones emanadas del procedimiento democrático entraran en abierta contradicción con el referido núcleo básico, esto es, cuando dichas disposiciones desnaturalizaran el derecho al punto que el mismo ya no sería reconocible⁵⁸; pronto, la marcada relación entre el valor normativo de las constituciones y los valores que incorporaba, empujaría al constitucionalismo a nuevas exigencias, que ya no tendrían que ver solo con la imposición de límites al

⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo: *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 55.

⁵⁵ Para una revisión sumaria de cómo surge esta nueva comprensión de los valores en clave histórico-cultural puede verse LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 104 y ss.; también ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución, Democracia y Control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, pp. 151-154. El autor que más ha desarrollado su teoría constitucional con base en esta comprensión axiológico-cultural es HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, UNAM-PUCP, Lima, 2003.

⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil*, op. cit. pp. 75-108.

⁵⁷ ALEXY, Robert: “La fórmula del peso”, en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, Lima, 2007, pp. 457 y ss.

⁵⁸ BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 405 y ss.

legislador, sino con el desarrollo *positivo*, en todas las secciones del ordenamiento jurídico, de los mandatos implícitos contenidos en los valores y principios constitucionales⁵⁹. Ante realidades distantes del fenómeno constitucional, donde lo reprochable ya no es la “extrema injusticia” de la época nazi, sino el desenfoque de la realidad política, social y económica, de las exigencias contenidas en diversos derechos fundamentales, igualmente importantes y necesarios para las sociedades contemporáneas; los tribunales cuestionarán constantemente no solo el *exceso*, sino, sobre todo, el *abandono* que el legislador, la administración, los jueces e incluso los particulares hacen de sus “deberes y responsabilidades constitucionales”⁶⁰.

En esta nueva dirección asumida por el constitucionalismo de posguerra, o específicamente de la nueva corriente doctrinal conocida como “*neoconstitucionalismo*”⁶¹, la Constitución ya no será solo un marco de acción o “carta de navegación”⁶², sino que ella misma contendrá, a pesar de la indeterminación de sus cláusulas, los mandatos que ineluctablemente deberán cumplir los obligados por el texto constitucional. Así, se produce el tránsito de una Constitución que instituye solo procedimientos, atribuciones y límites, a una Constitución *regulativa*⁶³ que prescribe ella misma *normas* de acción o de conducta, en las diversas materias contenidas en su articulado. A esta suerte de invasión o penetración de las normas constitucionales en los diversos sectores del ordenamiento jurídico, configurándolo o determinándolo de distintas formas, es a lo que hace alusión la doctrina cuando habla del fenómeno de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”⁶⁴, al que dará inicio el TCFA en el *caso Luth*, cuando afirmó que las disposiciones valorativas contenidas en la Constitución “no pueden quedar neutrales”, sino que “influyen evidentemente en el Derecho Civil”.

⁵⁹ AGUILÓ, Joseph: *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004, pp. 56-57.

⁶⁰ Como afirma Joseph Aguiló, ante este cambio de la intensidad normativa de la Constitución, ya no puede hablarse solo de “competencias o atribuciones” asignadas a los funcionarios (como sería en el caso de una Constitución meramente *constitutiva*), sino de verdaderos “deberes y responsabilidades” que éstos tienen que cumplir en el ejercicio de su función (Constitución *regulativa*). Vid. AGUILÓ, Joseph: *La Constitución del Estado Constitucional*, op. cit., p. 58.

⁶¹ El neoconstitucionalismo es definida como aquella corriente doctrinal, no necesariamente homogénea de autores, que amén de describir la materia constitucional contemporánea como imbuida de características especiales, por lo general valoran positivamente dichas características y propugnan por un avance o profundización del constitucionalismo en dicha dirección. Así, describen y valoran positivamente las siguientes características del constitucionalismo contemporáneo: i) la presencia de constituciones rígidas, que contienen no solo normas de competencia o procedimiento, sino normas sustantivas (derechos y principios) que se instituyen en límites y mandatos al poder político; ii) la existencia de jurisdicciones constitucionales que controlan la sujeción de los poderes públicos y privados a la Constitución; iii) la introducción de una discusión moral en el ámbito del derecho, a partir de las claves axiológicas o valorativas presentes en la Constitución; iv) la vinculación general y la aplicación directa de las normas constitucionales en todas las secciones del ordenamiento jurídico; y v) la introducción de métodos argumentativos novedosos, como la ponderación, para dilucidar la aplicación correcta de las disposiciones constitucionales, que adoptan generalmente la forma de principios. Sobre el neoconstitucionalismo puede verse principalmente CARBONELL, Miguel (Editor): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; y CARBONELL, Miguel (Coordinador): *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

⁶² NINO, Carlos Santiago: *Fundamentos del Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 1.

⁶³ AGUILÓ, Joseph: op. cit., pp. 55 y ss.

⁶⁴ GUASTINI, Riccardo: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2009, pp. 49-74.

La posibilidad de dicha influencia, esto es, de la capacidad regulativa de la Constitución, la forma cómo se produce la misma y los riesgos que enfrenta, así como los problemas que trae para el propio constitucionalismo, es a lo que se dedicará la dogmática constitucional en adelante y que corresponde, además de a temas tan trascendentes como la exigibilidad de los derechos sociales o la reparación de la inconstitucionalidad por omisión, a la discusión actual sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, tema este último que abordaremos en el siguiente ítem.

3. Las teorías sobre las “formas” de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

El problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares plantea tres preguntas: a) el de si existe dicha eficacia; b) el de cómo se despliega, en todo caso, la misma; y c) el problema de cómo se resuelve la aplicación de las normas ius-fundamentales frente a particulares, en caso de admitirse la postura de que dichas normas sí ostenten eficacia en el tráfico jurídico privado⁶⁵.

El primer asunto no será aquí materia de discusión si lo entendemos como un problema de *incidencia* del Derecho Constitucional en el Derecho Privado. Y es que dicha incidencia es aceptada incluso por quienes afirman que la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares se produce a través de la ley o de las cláusulas generales propias del Derecho Civil, dado que en este caso la interpretación de la ley o de dichas cláusulas —se reconoce— deberá encontrarse ajustada a lo dispuesto en las normas constitucionales (interpretación conforme). Este es un aserto, por lo demás, que no se discute, pues se deriva directamente del entendimiento de la Constitución como norma ubicada en la cúspide del ordenamiento jurídico.

En cambio, si entendemos el “**problema de la existencia**” de la también llamada “eficacia horizontal” o “eficacia frente a terceros” de los derechos fundamentales⁶⁶ como un problema de la *posibilidad* de aplicación *directa* de las normas ius-fundamentales, la cuestión de la existencia de dicha eficacia sí se vuelve

⁶⁵ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 38.

⁶⁶ En cuanto a la denominación más apropiada para el tema objeto de estudio, no existe consenso en la doctrina, aunque se suele preferir el término de “eficacia frente a terceros” (*Drittwirkung der Grundrechte*) por ser el más usado y el que destacó desde un inicio la novedad de esta nueva forma de eficacia, frente a la tradicionalmente entendida eficacia frente al Estado. No se estima correcto, por su parte, el término de “eficacia horizontal” por no representar justamente uno de los focos del problema, cual es la relación generalmente asimétrica entre los particulares que da lugar a la afectación del derecho fundamental. Por su parte, el término “eficacia de los derechos fundamentales en el derecho privado” se considera demasiado incluyente, pues puede contener no solo la aplicación de los derechos fundamentales en el tráfico privado (centro del problema), sino también la interpretación de la ley civil conforme a la Constitución, entre otros, que son adyacentes al tema en cuestión. Vid. al respecto, JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., pp. 90-92. Aquí se preferirá “eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares” o simplemente “entre particulares”, pues dicho terminología hace incidencia en un asunto que queremos destacar: en cómo los derechos fundamentales pueden imponer límites o mandatos positivos en las relaciones que entablan los particulares, regulando directamente sus conductas.

controvertida, al menos en el plano de la dogmática constitucional⁶⁷. Aunque, como hemos considerado más arriba, en puridad de esto se trata el problema de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (el de la existencia o posibilidad de su eficacia directa), este asunto se aborda en la doctrina como un problema de la “forma” de dicha eficacia, lo que ha dado en llamarse como el **“problema de construcción”**⁶⁸.

Esta confusión conceptual tiene su origen, como veremos en seguida, en el hecho de que la tesis de la *eficacia mediata*, que no puede negar la incidencia del Derecho Constitucional en el Derecho Privado, pretende mediatizar dicha eficacia, disfrazando la aplicación directa de los derechos fundamentales a través de “formas” de influencia como el llamado “efecto de irradiación” de los derechos o los conocidos como “puntos de penetración” que derivan a las cláusulas generales del Derecho Civil. Esta operación de encubrimiento tiene que ver, como se intentará mostrar, no solo con la dificultad real de aplicación directa de los derechos fundamentales en ciertos casos o con los riesgos e inconvenientes que genera la *sobreconstitucionalización* del derecho, sino con una opción ideológica, al fin, a favor de la *autonomía* del Derecho Privado y de los valores más representativos del liberalismo económico (libertad contractual y seguridad jurídica) que esta rama del Derecho encarna, frente a los valores más igualitarios que representa el Derecho Constitucional⁶⁹. A la discusión pues de las tesis que tratan sobre las “formas” de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares nos abocaremos en este ítem.

Finalmente, dejaremos de lado el problema, importante aunque poco abordado, de cómo se resuelve la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que en la doctrina se ha denominado como el **“problema de colisión”**⁷⁰; en atención a que el *objetivo* del presente trabajo no es “resolver”, de modo general y definitivo, el problema de la eficacia de los derechos fundamentales (sociales) entre particulares, sino descubrir y analizar las causas últimas que están en el origen de las tesis a favor y en contra de dicha eficacia, adoptando una postura al respecto. Solo diremos acá sobre el “problema de colisión”, que, como se ha afirmado en la doctrina, éste parece resolverse en la vía

⁶⁷ Y en países como Alemania o España, donde más ha fructificado este debate, también en el plano de la interpretación constitucional, pues en dichos países no existen disposiciones constitucionales expresas que reconozcan dicha eficacia. En nuestro país, este problema, sin embargo, parece no presentarse, pues la Constitución de 1993 ha establecido expresamente en su artículo 38 que “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución (...)”, además de haber dispuesto en su artículo 200.2 que “la acción de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)”. Además de en estas disposiciones expresas, el Tribunal Constitucional peruano ha sustentando la eficacia directa en el artículo 1 de la Constitución, referente a la dignidad humana, como fin supremo de la **sociedad** y el Estado (STC 0976-2001-AA/TC, FJ. 5).

⁶⁸ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 511.

⁶⁹ Han reconocido esta confrontación ideológica, como base del problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, DE VEGA GARCÍA, Pedro: “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, N° 4, 1994, p. 49; y PRIETO SANCHÍS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1991, p. 208.

⁷⁰ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 511.

de la *ponderación* de las posiciones ius-fundamentales en conflicto⁷¹, ámbito donde finalmente parece más correcto ubicar la confrontación entre los valores igualitarios y los valores del liberalismo económico, que por lo general subyacen a la controversia surgida entre quienes están a favor y quienes están en contra de la aplicación directa de las normas ius-fundamentales en las relaciones entre particulares⁷² (o, por lo menos, a las controversias más relevantes y delicadas⁷³). Esta ponderación de derechos y valores en juego, como se sabe, se dilucida, de modo más riguroso, a través de la estructura formalizada del test de proporcionalidad⁷⁴.

3.1. La tesis de la eficacia directa o inmediata (*unmittelbare drittwirkung*).

Aunque la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) en el caso Lüth (1958) desencadenaría la discusión en torno a la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, las tesis que delinearían dicha eficacia serían planteadas con anterioridad e influirían directamente en la doctrina del Tribunal y en el curso del posterior debate sobre la materia. En efecto, quien expone por primera vez el tema de la eficacia horizontal de los derechos fue Hans Carl Nipperdey, en una disertación de 1950, donde discutiría esta eficacia a propósito de la paridad salarial entre hombres y mujeres, que se desprendía del artículo 3.2. de la Ley Fundamental de Bonn:

“El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes”.

La idea inicial de Nipperdey era que los derechos podían aplicarse directamente en las relaciones jurídicas privadas, aún en ausencia del desarrollo legislativo correspondiente, y justamente con el objeto de poder hacer realidad los

⁷¹ Vid. ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 514; BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., pp. 377 y 849-850; MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 61.

⁷² Es muy interesante a este respecto la descripción que hace Juan Jacobo Calderón sobre los “discursos” subyacentes a la aplicación de normas ius-fundamentales en un caso de derecho privado; donde quienes afirman dicha aplicación buscan un resultado más igualitarista y quienes afirman la exclusión de una aplicación ius-fundamental pretenden un predominio de las normas más dispositivas del derecho privado. Vid. CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Temis, Bogotá, 2011.

⁷³ Por supuesto que la limitación de la libertad contractual a favor de los derechos fundamentales derivados de la dignidad o el igualitarismo no son los únicos casos de “eficacia entre particulares”, pero sí son los que generan la confrontación de la que aquí se habla. De ello es prueba el hecho de que en los casos de aplicación de derechos fundamentales entre particulares, referidos a derechos contenidos en el debido proceso con relación a la potestad disciplinaria privada, no existe la polémica sobre la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito privado.

⁷⁴ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 88-92, donde destaca que el Tribunal Constitucional peruano en la aplicación del test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ha empleado usualmente el *principio de concordancia práctica* con el objeto de equilibrar los derechos fundamentales de ambas partes. Por todas estas sentencias del TC peruano puede verse la STC 0607-2009-PA/TC.

valores constitucionales (el de igualdad en este caso) que traía consigo la Ley Fundamental. Como ha dicho Alexei Julio Estrada, “la nueva doctrina nace ya marcada con un cuño ideológico preciso cuya finalidad era favorecer el activismo judicial para procurar la realización efectiva de la Constitución”⁷⁵.

Sería precisamente el Tribunal Federal del Trabajo alemán, el que mediante sentencia de fecha 18 de enero de 1955, acogió la tesis de Nipperdey y se pronunció a favor de la vinculación directa de los derechos fundamentales, declarando nulas las prescripciones contractuales, reglamentos empresariales y convenios colectivos contrarios al derecho a la igualdad remunerativa entre hombre y mujeres. Posteriormente, mediante sentencia de fecha 10 de mayo de 1957, el mismo tribunal declaró la nulidad de una prescripción contractual que prevenía la disolución unilateral del vínculo laboral por parte del empleador en caso la mujer empleada contrajese matrimonio, cláusula que según el Tribunal, lesionaba los derechos a la protección de la familia y el matrimonio, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Precisó el Tribunal Federal del Trabajo, en dicha sentencia, que su decisión venía impuesta por la eficacia directa de los derechos fundamentales, y por la nueva dimensión que éstos habían adquirido, no solo como derechos de defensa frente al Estado, sino como verdaderas “normas de ordenación social”, que tenían el poder de limitar el accionar de los particulares, en tanto formaban parte del “orden público constitucional”⁷⁶.

Como nos indica Alexei Julio Estrada, si bien Nipperdey hace contribuciones al tema objeto de estudio, en 1950 y 1954, sería la obra que publicaría junto con Eneccerus en 1959, *Parte general del Derecho Civil*, donde expondría más detalladamente sus ideas sobre la temática de la *drittwirkung*⁷⁷. Allí empieza sentando una idea central para la comprensión adecuada de la vinculatoriedad de los derechos: los derechos –diría Nipperdey- tienen distinta significación, modos de ejercicio y grados de acción, por lo que saber quienes se encuentran obligados por ellos o en qué ámbitos se desenvuelven es una operación que depende de la apreciación de la función del derecho en cada *caso* particular. Así, si bien la mayoría de ellos se encuentran dirigidos al Estado o es éste el único que puede afectarlos (como el derecho a la nacionalidad o el derecho al asilo), hay casos en los que las normas de derecho fundamental cumplen una función de ordenación de relaciones que quedan fueran del ámbito estatal, sea que lo hagan simplemente como principios orientadores de la interpretación del derecho aplicable o como normas directamente regulativas, que crean derechos subjetivos privados y obligaciones para las partes involucradas en la relación jurídica de que se trate⁷⁸.

Ahora, Nipperdey afirma que la apreciación de esta nueva forma de vinculación de los derechos parte de reconocer dos hechos sustanciales: en primer lugar, que los derechos se desenvuelven en una realidad donde la única amenaza no la constituye el Estado con su poder absoluto, sino los poderes y formaciones

⁷⁵ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 95.

⁷⁶ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 16-17.

⁷⁷ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 103.

⁷⁸ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 104.

sociales con el gran espacio que ocupan actualmente en la vida de los individuos; y en segundo lugar, que el Estado Social ha introducido una nueva forma de valoración de las relaciones sociales, donde la autonomía de los particulares queda limitada por el interés general, por el principio de igualdad sustancial o por la necesidad de preservar una “vida social sana”⁷⁹. A esta suerte de *fundamentos* de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, otro partidario de la *drittwirkung* directa, Walter Leisner, agrega la idea crucial de que –y aquí la deuda con la filosofía de los valores es grande– los derechos, en tanto expresión de determinados valores superiores o fundantes, son absolutos y tienen una dirección *universal* o *general*: si la idea es proteger determinados bienes esenciales para la persona, como su dignidad o su libertad de acción, la vinculación viene dada por la necesidad de salvaguardar dichos bienes, sea que su menoscabo provenga de un agente estatal o de un particular⁸⁰.

Finalmente, Nipperdey se centra en el asunto –trascendente para él– de “cuándo” o en qué casos (y de qué forma) se produce la vinculación de un particular a los derechos fundamentales. En dicho contexto, plantea un “íter de aplicación” que sigue los siguientes pasos:

- a) En primer lugar, es preciso descartar, por la naturaleza del derecho, si éste puede ser dirigido contra los particulares o si es oponible solo frente al Estado (como en los casos ya mencionados del derecho a la nacionalidad o el derecho al asilo).
- b) Luego, es necesario apreciar la finalidad protectora del derecho (qué bienes, facultades o libertades protege) y, por ende, cuál es el ámbito de tutela que requiere, lo que a su vez determinará la extensión de su eficacia frente a particulares. Así, frente a poderes sociales (empresas, asociaciones o sindicatos) o frente a situaciones de dependencia o sujeción *de facto*, los derechos deben aplicarse sin límite, por la condición de inferioridad en que el individuo se encuentra frente a dichos poderes o en dichas situaciones. Como afirma Nipperdey, “ahí radica, en general, el punto de partida y de arranque de la doctrina sobre el efecto absoluto de los derechos fundamentales”⁸¹.
- c) En cambio, si las partes se encuentran en una situación de paridad sustancial, la finalidad protectora de los derechos, *prima facie*, no se aplica, entrando a desplegar sus efectos la autonomía privada y la libertad contractual. Sin embargo, aún en este caso –sostiene Nipperdey– la libertad

⁷⁹ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 105.

⁸⁰ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 16. Nótese que justamente esta nueva forma de fundamentar los derechos, sustentados en valores o necesidades básicas reconocidas constitucionalmente, es la que hace posible hablar de eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Y es que en la fundamentación estatulista de los derechos, que pervivía hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, como los derechos son solamente aquello que concede el Estado a través de la voluntad legislativa, los derechos solo tendrán eficacia frente a un particular si hay una disposición legal protectora que así lo disponga. Y entonces solo estaríamos hablando de la aplicación de la ley civil, sea que ésta sea contraria o insuficiente en relación con el contenido valorativo de un derecho.

⁸¹ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 107.

tiene sus límites, pues “no puede ir tan lejos que se anule o se perjudique sustancialmente a sí misma o uno de los privilegios de rango superior; puesto que no solamente existe en el interés del individuo, sino en el de todos, siendo pues un principio de orden fundamental y general. De ahí que nadie pueda disponer omitiendo o restringiendo su libertad jurídico-fundamental en sus diversas manifestaciones hasta tal extremo que ésta se viera afectada en su esencia”⁸². De lo que habla aquí Nipperdey es de una forma de vinculación horizontal de los derechos, que se conoce como “protección contra uno mismo”, y que puede ser analizada, en puridad, a partir de su relación con el *paternalismo jurídico*⁸³.

En conclusión, para Nipperdey, los derechos fundamentales vinculan en las relaciones entre particulares de dos maneras:

- a) Modificando las normas de derecho privado que existan (sea que se traten de derecho vinculante o derecho dispositivo, cláusulas generales, etc.).
- b) Creando normas nuevas (que pueden ser prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, normas de protección, etc.)⁸⁴.

Las críticas que se han hecho a la teoría de la eficacia directa van desde objeciones más *ideológicas*, como la quiebra de las bases liberales sobre las que se asienta el Derecho Privado, en tanto dicha eficacia supondría la afectación del principio de autonomía de la voluntad; hasta críticas de corte más *jurídico*, como la dificultad de derivar mandatos concretos y claros, desde las disposiciones semánticamente abiertas de la Constitución, aplicables a los particulares; lo que no solo constituye una amenaza a la *certeza* y *predictibilidad* que debe generar el derecho,

⁸² JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 108.

⁸³ En realidad los casos donde existe renuncia de derechos fundamentales, a través de una relación contractual paritaria son escasos. La renuncia se produce, en la generalidad de ocasiones, producto justamente de la situación de disparidad. Lo que cabe analizar, en dichos supuestos, es pues el grado de desproporcionalidad de la cláusula que restringe el derecho fundamental, para determinar si la misma podía ser producida por una autonomía de la voluntad distorsionada. De este modo, se acepta la validez de la contratación efectuada en situaciones de disparidad, pero siempre que las cláusulas contractuales no sean manifiestamente irrazonables o supongan la afectación grave de un derecho fundamental. Estas hipótesis han sido estudiadas en MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 99-123. Sin embargo, en los casos, bizarros por cierto, donde se produce una renuncia de derechos, sin coacción alguna sobre la libertad de contratación, el problema se presenta en torno a la justificación de por qué el Estado (a través de un órgano judicial) podría no tomar en cuenta la voluntad del agente, imponiendo la protección de aquello que se considera “lo mejor” para la persona. Este asunto ha sido abordado por la doctrina del *paternalismo jurídico*, que ha encontrado justificación a la intervención del Estado en la búsqueda de conservación y ampliación real de las posibilidades de elección del individuo, a diferencia del *perfeccionismo* que busca reducir dicha capacidad de planes de vida a algunos considerados mejores. Así, el paternalismo estaría justificado i) en los casos en los cuales el individuo, por medio del ejercicio de su autonomía, adopta una decisión que anula la posibilidad de ejercicio de dicha autonomía (eutanasia, resistencia a ser objeto de transfusión sanguínea, etc.), ii) en los casos en los que la limitación de su autonomía sea mínima en comparación con los daños graves que se evitan con la medida estatal (obligación de llevar puesto el cinturón de seguridad), y iii) en los supuestos en que la autonomía del sujeto se encuentre limitada por presiones internas o externas (el caso de las personas adictas a sustancias toxicológicas). Vid. al respecto la voz “Paternalismo jurídico”, en AA.VV.: *Diccionario de Derecho Constitucional contemporáneo*, Gaceta Jurídica – Constitucionalismo Crítico, Lima, 2012, pp. 325-327; también, NINO, Carlos Santiago: *Ética y derechos humanos*, op. cit., pp. 413 y ss.

⁸⁴ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 16.

sino que puede suponer una invasión, por parte de la justicia constitucional, de las *competencias* clásicamente asignadas a la ley de regulación de las libertades ejercidas en el ámbito privado. Sobre estas críticas nos pronunciaremos en el último apartado del presente capítulo.

3.2. La tesis de la eficacia indirecta o mediata (*mittelbare drittwirkung*).

Justamente, como respuesta a la amenaza que significaba para la autonomía de la voluntad y para el sistema de Derecho Privado, la aplicación directa de los derechos fundamentales, surge la teoría de la *eficacia indirecta*, que pretendería no sólo preservar al máximo la autonomía privada, sino mediatizar la aplicación de los derechos fundamentales, a través de ciertos preceptos propios del Derecho Civil. La tesis de la eficacia mediata fue planteada por Günter Dürig, en escritos de 1953 y 1954, aunque su principal contribución la constituyó su trabajo “Grundrechte und Zivilrechtsprechung” de 1956⁸⁵.

En efecto, Dürig en primer lugar, haría recordar que si bien los derechos fundamentales representan un sistema de valores de alcance general, la *intensidad* protectora de los mismos es diferente según vayan dirigidos contra el Estado o contra terceros, pues en el caso de estos últimos las conductas realizadas son expresión de su autonomía y su dignidad, por lo que en principio debería dejarse un margen más amplio de libertad a sus actuaciones. Dürig incluso llega a afirmar que dicha autonomía (como expresión de la libertad jurídica fundamental) “permite que los sujetos jurídicos privados pasen por alto principios jurídicos iusfundamentales, que para el hacer estatal resultan inderogables. En tal caso, y precisamente a causa de los derechos fundamentales, el poder público viene obligado a reconocer como legítimos los contratos, los negocios unilaterales, los actos y omisiones entre las personas privadas, aunque discrepen de las normas iusfundamentales”⁸⁶.

En este contexto, la preocupación de Dürig se centra en construir una forma de eficacia horizontal de los derechos que permita preservar el valor cualificado que para él tiene la autonomía de la voluntad en el sistema de derechos fundamentales. Así, para este autor, la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado se presenta en tres niveles:

- a) En primer lugar, a través de una función clarificadora de la interpretación que se haga de la norma de derecho privado aplicable al caso concreto. Así, frente a abusos, arbitrariedades o agresiones leoninas de los particulares el juez no solo podrá basar su decisión en la norma de derecho privado que interdicte dicha conducta, sino en la norma de derecho fundamental que de alguna manera es el sustento de la norma civil o comercial aplicable y que, por tanto, se encontraría también afectada de modo indirecto. De esta manera, el juez cumpliría una labor “pedagógica” al mostrar la relación entre los derechos fundamentales y el sistema de protección jurídico

⁸⁵ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 18.

⁸⁶ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 110.

privada. Aquí los derechos fundamentales no constituyen límites, sino que refuerzan más bien al Derecho Privado, como un orden jurídico constitucionalmente adecuado. El hecho de que la mayoría de casos donde se aprecia la relación entre derecho constitucional y derecho privado se encuentren en este supuesto, demuestra –a decir de Dürig- la solidez del sistema de protección jurídico privada⁸⁷.

En realidad, aquí este autor alemán, más que hablar de algún tipo de eficacia de los derechos fundamentales, lo que hace es relieves una de las formas que se creía desde los inicios del constitucionalismo como la más conveniente para hacer vigentes los derechos fundamentales en el ámbito privado: la regulación de la libertad a través de la ley. Como ha dicho Konrad Hesse con gran claridad:

“Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de *transformar* el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada. A él le compete fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a las que obliga la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado (...). En la medida en que los derechos fundamentales también han de ser protegidos en el Derecho Privado, lo que puede hacerse particularmente mediante preceptos imperativos, el legislador, de conformidad con la especial constelación, debe considerar las posiciones jurídico-fundamentales que vengan al caso correspondientes a ambas partes, y, si coliden, ordenarlas recíproca y proporcionadamente (...). Ciertamente, no puede el legislador renunciar a conceptos indeterminados, necesitados de ulterior precisión, y a cláusulas generales. Pero igualmente cierto es que una regulación legal materialmente diferenciadora, que concrete los presupuestos y los efectos de la influencia de los derechos fundamentales, incluso cuando utiliza tales conceptos, conduce a una mayor determinación de la regulación normativa, a mayor claridad, certeza y previsibilidad jurídicas que el recurso inmediato a los derechos fundamentales”⁸⁸.

Probablemente no haya nada que reprocharle a Hesse en esta defensa de la necesidad de que el legislador determine la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado, pero ese “deber ser” o “ideal” no es el problema aquí, sino cómo garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado en una realidad en la cual no exista o exista una regulación legal muy deficiente o incluso contraria al ámbito protector de los mismos, circunstancia que con no poca frecuencia se presenta en el Estado Constitucional contemporáneo.

- b) En segundo lugar, Dürig plantea que, aunque con menos frecuencia, la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado también se produce a través de la adecuación del Derecho Privado al Derecho Constitucional, lo que sucede de dos formas: i) mediante la interpretación de la ley civil aplicable, de conformidad con el contenido de los derechos fundamentales (“efecto interpretativo”); y ii) mediante la consideración de

⁸⁷ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., pp. 111-112.

⁸⁸ HESSE, Konrad: op. cit., pp. 63-65.

las cláusulas generales propias del Derecho Civil como puntos de penetración de los valores constitucionales en el Derecho Privado (“efecto irradiación”)⁸⁹.

Con relación al *efecto interpretativo*, éste se describe claramente en la sentencia del caso Lüth, cuando el TCFA afirma que, “ningún precepto de Derecho civil puede estar en contradicción con e[el] orden de valores [constitucionales], cada uno de ellos debe ser interpretado conforme al espíritu de tal orden de valores”⁹⁰. Sin embargo, la interpretación del Derecho Civil conforme a la Constitución, aunque alude a la *incidencia* de los derechos fundamentales en el derecho privado, no es, en principio, como ya lo adelantamos, un problema de eficacia *regulativa* de los derechos fundamentales entre particulares. Como ha sostenido Mijail Mendoza:

“[la función reguladora] debe ser diferenciada de los supuestos en que los derechos fundamentales desenvuelven una función interpretativa. Esta función se despliega de su naturaleza axiológica o, si se prefiere, de su consideración como mandatos de optimización y se da con motivo de aplicación de *disposiciones* cuya interpretación puede dar lugar a varias *normas*, de modo tal que se opte por aquella que realice de mejor forma un derecho fundamental o un principio constitucional. Esta es una consecuencia de la primacía material de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, se trata de un supuesto distinto al de aplicación directa. Esta se da para decidir si una conducta es, respecto al derecho fundamental, prohibida, mandada o permitida (la norma de derecho fundamental como parámetro de la conducta), la función interpretativa se da respecto a una disposición susceptible de variada interpretación. Por decirlo de algún modo, en aquel supuesto el derecho fundamental interviene como *norma de conducta*, en este último, como *norma de segundo grado*, es decir, como *norma de norma* o, *metanorma* (...), se trata [éste] de un caso de la ley (jurídico-privada) ante la Constitución, un problema de relación entre legislador (de derecho privado) y Constitución, no un problema de relación jurídica entre particulares”⁹¹.

No obstante esta correcta apreciación, habría que precisar que la relación derecho constitucional - derecho civil no constituye un caso de eficacia regulativa de los derechos fundamentales entre particulares, cuando lo único que se busca al examinar dicha relación es la adecuación normativa (*abstracta*) del derecho privado al orden objetivo de valores dispuesto en la Constitución, pues efectivamente aquí se estaría examinando la labor conformadora del legislador de un derecho civil constitucionalmente adecuado; sin embargo, cuando el análisis de dicha relación se efectúa con ocasión de una ley que pretende aplicarse a una relación entre particulares, donde debe determinarse cuál *interpretación* regía dicha relación por ser *conforme* al contenido de los derechos fundamentales, en el fondo, también se alude al *efecto regulativo* de éstos sobre la relación jurídico material, dado que finalmente el ámbito protector de los derechos determinó el modo en que los particulares debieron desarrollar su conducta, que es de lo que

⁸⁹ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 112; MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 18 y ss.

⁹⁰ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 20.

⁹¹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 55-56.

finalmente trata la eficacia aquí aludida⁹². Pero y entonces, si en el primer caso no hablamos en puridad de una eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, en el segundo no estamos ante una “eficacia indirecta”, sino ante una eficacia directamente reguladora de la relación jurídico material entablada entre particulares.

Lo mismo sucede con la *segunda forma* de adecuación del Derecho Privado al Derecho Constitucional y que Dürig presenta como una forma de “eficacia mediata” de los derechos fundamentales. Este supuesto se presenta cuando *no* existiendo una norma de derecho privado expresa que limite el accionar de un particular, dañoso para la esfera espiritual y moral de la otra parte, el juez debe recurrir a las *cláusulas y conceptos generales* del derecho privado, como “las buenas costumbres” o la “buena fe”, para, colmándolas según los valores típicos de los derechos fundamentales, operar una suerte de solución del caso *dentro* del Derecho Privado, pero constitucionalmente adecuada. Así, estas cláusulas generales constituirían los “puntos de entrada”, “puntos de irrupción” o “puntos de penetración” de los derechos fundamentales en el Derecho Privado, esto es, vendrían a ser la “forma” como éstos logran eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares⁹³.

Esta tesis, como se sabe, fue recogida expresamente por el TCFA en la sentencia del caso Lüth (1958):

“El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desenvuelve en el derecho privado por medio de las prescripciones que dominan inmediatamente este campo jurídico (...). La influencia de los parámetros valorativos de los derechos fundamentales se realiza sobre todo en aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho obligatorio y representan, así, una parte del *ordre public* –en sentido amplio–, es decir, de los principios que, por razón del bienestar general, también deben ser vinculantes para las relaciones jurídicas de los individuos y, por eso, se hallan sustraídos al dominio de la voluntad privada. Estas prescripciones tienen según su finalidad una afinidad próxima con el derecho público al que se añaden de modo complementario. Se tiene que exponerlas, en especial medida, al influjo del derecho constitucional. Para la realización de este influjo sirve a la jurisprudencia sobre todo las cláusulas generales que, como la del art. 826 del Código Civil, remiten a juzgar la conducta humana en base a parámetros externos al derecho civil e, incluso, extrajurídicos, como el de buenas costumbres. Entonces, al decidir lo que los mandatos sociales exigen correspondientemente, tiene que partirse en primera línea de la totalidad de las concepciones valorativas que el pueblo ha alcanzado en un momento determinado de su evolución espiritual cultural y que ha fijado en su Constitución. Por eso, las cláusulas generales han sido caracterizadas, con

⁹² Esta última forma de eficacia (actuación de acuerdo a la interpretación constitucionalmente adecuada de la ley) es regulativa y no meramente interpretativa, porque el contenido de los derechos no solo incide en la interpretación conforme que el juez tenga que hacer de la ley civil, sino en la propia conducta que tienen que llevar a cabo los particulares en sus relaciones jurídico-privadas, producto de los mandatos, prohibiciones o permisiones contenidas en la Constitución y que no pueden ser desconocidas al decidir el destinatario de la norma entre los diversos sentidos interpretativos de una ley.

⁹³ JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., p. 112; MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 48-54.

razón, como los puntos de penetración de los derechos fundamentales en el derecho civil”⁹⁴.

Este intento del TCFA de hacer permanecer dentro de la órbita del derecho privado un asunto que finalmente se resuelve en una valoración de orden constitucional, sin embargo, se ha mostrado artificiosa e incorrecta, expuesta a un mínimo análisis jurídico. Y es que, en puridad, las cláusulas generales como las buenas costumbres, por ejemplo, son preceptos que remiten a conceptos *extrajurídicos*, extraídos de la moral dominante en la sociedad en un momento dado; mientras que los derechos fundamentales si bien parten también de concepciones morales determinadas, no son principios extrajurídicos, sino jurídicos de alcance general, vinculante y con la mayor jerarquía normativa⁹⁵.

Por otro lado, aunque la moral mayoritaria de la sociedad en un momento dado, pueda coincidir con los valores incorporados en los derechos fundamentales, ésta no es una relación *necesaria*; en tanto –como ha sostenido Diez Picazo– “la apreciación de un acto contrario a las buenas costumbres contiene una desaprobación ética que no se declara por su inadaptación a especiales exigencias de moralidad sino porque merece la censura de conformidad con las ideas éticas de la mayor parte de los miembros de la comunidad”⁹⁶. Los derechos fundamentales, sin embargo, no necesariamente coinciden con esta moral dominante o con la “moral de las mayorías” (moral positiva), sino que pueden, incluso, contradecir dicha moral, pues su ámbito de protección se relaciona con una “*moral específica*”, derivada de los valores que el constitucionalismo ha ido sedimentando a través de su historia (libertad, igualdad, dignidad, tolerancia y solidaridad), la cual sin embargo, si bien puede coincidir con la moral dominante, como en el caso de la aceptación generalizada después de la segunda guerra mundial de que la tortura es “inmoral”, en otros casos, puede aún no reflejar el espíritu de una buena parte de la comunidad política, aunque ésta se encuentre obligada a respetar dicha moral específica, como en el caso de la resistencia que generó en la sociedad americana la prohibición de la segregación racial dispuesta por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el *caso Brown*⁹⁷.

En dicha línea, si bien la cláusula de las buenas costumbres nace –como apreciamos en la introducción histórica de este capítulo– como una forma de limitar una autonomía de la voluntad que podía aparecer muchas veces

⁹⁴ La cita en MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 34.

⁹⁵ MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 51-53.

⁹⁶ DIEZ PICAZO, Luis: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, p. 88.

⁹⁷ Sobre el *caso Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) y la resistencia que generó en buena parte de la sociedad americana puede verse BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 275-291; también ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro: “Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 461-466.

como “indigna” o “indecente”; en la tradición del derecho civil, en la que surge, no hace referencia a la moral de los derechos fundamentales, la que seguirá otros caminos desligados del derecho civil casi hasta la aparición de la problemática de la *drittwirkung*. Los derechos fundamentales, por lo demás, abarcarán un conjunto más amplio de valores y necesidades básicas de las personas, mucho más definidas y delimitadas, que la mera alusión a la “decencia de la sociedad”.

Que, lo que en el fondo opera a través del maquillaje de las cláusulas generales del derecho civil es una valoración ius-fundamental lo prueba finalmente el hecho de que en la propia sentencia del caso Lüth, el TCFA resuelve tomando en consideración “la libertad de expresión”, no como una manifestación de las buenas costumbres del pueblo alemán, que más bien parecían inclinar la balanza a favor de un cierto sentido de la lealtad, sino como la concreción de un orden de valores específico, que se encuentra por encima de cualquier valoración social contingente. En efecto, el caso trata acerca del boicot al que Erich Lüth, presidente de una organización privada de prensa, había convocado públicamente, ante productores y directores de cine, contra una película que estaba por estrenarse y que fue dirigida por el señor Harlam, en su tiempo un director dedicado a la difusión de la ideología nacionalsocialista. El productor de la película solicitó una medida cautelar ante el Tribunal Territorial de Hamburgo, a través de la cual pretendía que se prohibiera al señor Lüth continuar con el boicot. La demanda fue estimada con base en el artículo 826 del Código Civil alemán, que obligaba a la reparación a quien causase a otro un daño, por un accionar doloso contrario a las buenas costumbres. Contra la decisión del Tribunal de Hamburgo, el señor Lüth interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, órgano que anuló la sentencia por considerar que el acto calificado como contrario a las buenas costumbres no era tal porque la cláusula de las buenas costumbres se encontraba influida por los derechos fundamentales, en este caso, específicamente por la libertad de expresión, libertad en la que se encontraba amparado el señor Lüth⁹⁸.

Pero y entonces, al igual que en el caso del “efecto interpretativo”, la tesis de una eficacia indirecta de los derechos fundamentales a través de las cláusulas generales del derecho privado o es incorrecta por no corresponder, en puridad, la calificación jurídica de dichas cláusulas con la naturaleza de los derechos fundamentales, o en realidad se trata de una eficacia directa disfrazada, pues tras la alusión a “cláusulas generales”, en estricto, se está efectuando una aplicación de derechos fundamentales a la relación jurídico material entre particulares⁹⁹.

⁹⁸ Esta descripción en MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., p. 19.

⁹⁹ Esta misma postura en MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 52-54; JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., pp. 122-125.

- c) Finalmente, Dürig reconoce que pueden existir casos, aunque muy poco frecuentes, donde el juez deba utilizar el recurso a una aplicación directa de los derechos fundamentales. Según Dürig, “son los raros casos en los que al medirlo por el sistema de valores conformados por la Constitución, el sistema tradicional normativo jurídico-privado suele fallar por ejemplo en la protección de ciertas manifestaciones en la más estricta intimidad del individuo”. No queda muy claro, sin embargo, cuál es el rasgo diferenciador de esta forma de eficacia, reconocida a duras penas por Dürig, y por qué es que en estos casos, donde se afectan aspectos consustanciales a la personalidad del individuo, no se pueden utilizar las cláusulas generales del derecho privado.

Toda esta larga digresión sobre las “formas” de la eficacia mediata muestra las incoherencias, inconsistencias e incorrecciones de una teoría que, por enaltecer el edificio del Derecho Privado y afirmar como *meta-principio* constitucional la autonomía de la voluntad, se niega a aceptar las fisuras de un sistema de derecho privado, no adecuado completamente a las exigencias que se derivan de la totalidad de derechos fundamentales, menguando con ello no solo la pluralidad valorativa de la Constitución, sino la importancia y eficacia de otros valores constitucionales igualmente importantes como la igualdad, la solidaridad o simplemente la libertad entendida como libertad real de elección (libertad fáctica).

En el debate llevado a cabo en Alemania en torno a la *drittwirkung*, también se han expuesto otras tesis ancladas sobre todo en lo que se conoce como el “*deber de protección*”. Estas tesis intentan sobre todo dar respuesta al *problema procesal* que se plantea en países como España y Alemania, donde el amparo no ha sido reconocido como un recurso que pueda residenciarse contra particulares. Entonces, se afirma que más que hablar de una eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, debe hablarse de la obligación a cargo del juez de tutelar los derechos fundamentales afectados por un tercero. Tiene pues éste un “deber de protección” que, de no cumplirse, puede dar lugar a la interposición del recurso de amparo, ahora sí contra la autoridad estatal (juez) que violó (por omisión) el derecho fundamental en cuestión¹⁰⁰.

Esta tesis, sin embargo, no se analizará aquí por dos razones: i) porque en nuestro sistema constitucional sí se encuentra reconocido el amparo contra particulares; y ii) porque –como ya se adelantó– no se discute en este trabajo la existencia o no de un deber del juez de proteger los derechos fundamentales contra violaciones o amenazas de particulares, lo cual de por sí es un deber bastante obvio, sino que se intenta indagar por la existencia de una eficacia regulativa directa de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; es decir, la preocupación es por la *relación jurídico-material* entablada entre particulares, y por cómo ésta pueda hallarse determinada por el contenido de los derechos fundamentales. Es aquí, como veremos en lo que sigue, donde se encuentran las verdaderas dificultades de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, y donde centraremos

¹⁰⁰ Vid. al respecto JULIO ESTRADA, Alexei: op. cit., pp. 138-151; MENDOZA ESCALANTE, Mijail: op. cit., pp. 25-35.

también el análisis, cuando arribemos al punto más específico de la eficacia horizontal de los derechos sociales.

4. Las objeciones y los riesgos de la eficacia directa.

Ha sido Konrad Hesse quien ha planteado, de manera más lúcida, los problemas que acarrea asumir la llamada eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares. El profesor de la Universidad de Friburgo y ex-magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán ha impugnado dicha eficacia de la siguiente manera:

“Al Derecho Privado, que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado: la claridad y la certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de la constelación de los derechos fundamentales. En efecto, en un conflicto jurídico entre privados *todos* los interesados gozan de la protección de los derechos fundamentales, mientras que en la relación del ciudadano con el Estado tal tutela no corresponde al poder público. Pero si los derechos fundamentales actúan a favor y en contra de todos los que toman parte en una relación jurídico-privada, se producirá ordinariamente una colisión de derechos fundamentales. En caso de conflicto, al Derecho Civil le corresponde así la tarea, sumamente complicada, de encontrar por sí mismo el modo y la intensidad de la influencia de los derechos fundamentales mediante el equilibrio o la ponderación de los derechos fundamentales que entran en consideración. Pero esto es solo difícilmente compatible con la tarea de un Derecho Privado que satisfaga las exigencias del Estado de Derecho, al que por principios corresponde posibilitar la configuración de las relaciones jurídicas y la solución judicial de los problemas mediante reglas claras, detalladas y determinadas. Además, mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal.

Finalmente, una consecuencia delicada de esta jurisprudencia: puesto que el principio jurídico-material de la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Civil llega tan allá como el principio de que, si el juez desconoce tal influencia, ello supone una lesión de los derechos fundamentales impugnabile mediante el recurso de amparo, prácticamente no queda frontera alguna para el recurso de amparo frente a decisiones de los tribunales civiles. La consecuencia es que los jueces del orden civil argumentan ampliamente en sus fundamentos con los derechos fundamentales, y que además se refuerza la tendencia a dejar fluir los derechos fundamentales en el Derecho Privado también allí donde éste en modo alguno depende de ellos. El Tribunal Constitucional cae así en el peligro de

convertirse en el supremo tribunal de los conflictos jurídico-civiles y de asumir de este modo un papel que la Ley Fundamental no le ha conferido”¹⁰¹.

Estas objeciones a la eficacia directa de los derechos fundamentales en el tráfico privado, elocuentemente presentadas por Hesse, pueden agruparse, esquemáticamente, de la siguiente manera:

- a) En primer lugar, la resolución de los casos con el recurso a la aplicación directa de los derechos fundamentales resulta siempre una tarea de *difícil* ejecución, dado el carácter amplio e indeterminado de las disposiciones constitucionales.
- b) Los casos deben ser resueltos, en este escenario, a través de un proceso de ponderación, que equilibre adecuadamente los derechos fundamentales de las partes en conflicto; proceso que sin embargo no es necesariamente estable o predecible, ni produce las reglas claras, ciertas y detalladas que ofrece el Derecho Privado y que son la base de la *seguridad jurídica* indispensable para el tráfico entre particulares.
- c) El recurso a la aplicación constante de los derechos fundamentales por parte de los jueces, lleva indefectiblemente más que a un saludable proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, a uno perjudicial de *sobreconstitucionalización*, donde ya no existen fronteras seguras entre derecho constitucional y derecho ordinario y, por consiguiente, entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. Esta inflación del derecho constitucional es impropia pues supone una *invasión* de la potestad normativa del legislador, así como de la competencia asignada a la jurisdicción ordinaria de definir el derecho ordinario aplicable al caso concreto.
- d) Finalmente, el principal problema se presenta con la amenaza que supone la aplicación directa de los derechos fundamentales para el principio sobre el cual se ha construido la larga tradición del Derecho Privado: la *autonomía de la voluntad*. La aplicación de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico-privado no solo anula la posibilidad que tienen las personas de decidir, incluso sobre la *disposición* de sus derechos fundamentales (lo que supone un ejercicio mismo de la libertad fundamental), sino que asfixia dicha libertad, menoscabando la *responsabilidad* subsecuente, al tejer una compleja red de mandatos constitucionales que limitan el accionar de los particulares, los que de otro modo, podrían decidir razonable, madura y responsablemente cómo equilibrar sus intereses de un modo adecuado. Esta permanente y excesiva limitación del principio de autonomía privada amenaza también con hacer perder *autonomía regulativa* al Derecho Privado, el que queda sujeto a las concreciones provenientes del Derecho Constitucional, sin tiempo ni espacio suficiente para equilibrar adecuadamente el ejercicio de la autonomía en el tráfico privado: la

¹⁰¹ HESSE, Konrad: op. cit., pp. 59-62.

consecuencia es el abandono de un Derecho Privado que, sin embargo, debe ser preservado, como sistema jurídico al servicio de la base fundamental del orden constitucional: la libertad.

En lo que sigue, analizaremos una a una estas objeciones a la eficacia directa de los derechos fundamentales.

4.1. La dificultad en la concreción de mandatos constitucionales

Esta objeción, como la siguiente, más que representar problemas irresolubles o negativos en sí mismos, son destacados –en Hesse– por la amenaza que supondrían para la seguridad jurídica, especialmente requerida en el ámbito privado. Sin embargo, precisamente por no ser irresolubles, no representan necesariamente la amenaza a que alude el autor alemán en la crítica reproducida líneas arriba. Y es que si bien la mayoría de las disposiciones constitucionales que recogen derechos fundamentales se encuentran expresadas en términos de *principios*, con un lenguaje abierto e indeterminado, ello no impide necesariamente saber qué se encuentra permitido, prohibido u ordenado desde la Constitución. Ésta es en realidad una de las premisas fuertes alrededor de la cual gira el constitucionalismo contemporáneo. La eficacia normativa de la Constitución –como decíamos líneas arriba–, y con ella todo el edificio del moderno Estado Constitucional, depende, en última instancia, de que pueda derivarse de las *disposiciones* constitucionales, a través de un proceso de concreción o interpretación objetivo, *normas* sustantivas específicas que nos digan si tal o cual conducta se adecua o es contraria al orden material de valores incorporado en la Norma Suprema.

Como ya lo adelantamos, y no ahondaremos aquí en ello, el constitucionalismo ha introducido, en lo tocante a la *interpretación*, una serie de herramientas metodológicas y principios diferenciados y específicos que sirven para trabajar con el nuevo material normativo constituido por los principios. El propio Hesse ha sido uno de los pioneros en hablar del proceso de *concreción* constitucional y en enunciar criterios *específicos* de interpretación constitucional, a través de sus famosos principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa de la Constitución¹⁰². A él se han sumado una serie de autores que han abordado la *especificidad* de la interpretación constitucional, tanto desde posiciones más dogmáticas que remiten a una Teoría de la Constitución¹⁰³, como desde posturas más filosóficas, cercanas a la argumentación moral práctica¹⁰⁴ o a la teoría analítica¹⁰⁵. De todos ellos es, sin duda, Robert Alexy quien ha desarrollado de manera más amplia una *teoría de la*

¹⁰² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, 2º. ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 45-47.

¹⁰³ ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución, Democracia y Control*, op. cit., pp. 159 y ss.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 293 y ss.; también DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009.

¹⁰⁵ GUASTINI, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, México, 1999, pp. 77 y ss.; COMANDUCCI, Paolo: “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Miguel Carbonell (Coordinador), Trotta- UNAM, Madrid, 2007, pp. 41-70.

argumentación jurídica aplicable a la interpretación de los derechos fundamentales entendidos como *normas-principio*. Como es harto conocido, la metodología de Alexy parte por reconocer que si bien los derechos fundamentales no contienen reglas definitivas aplicables sin más a todos los casos, ellos sí contienen *posiciones jurídicas prima facie*, que actúan como *mandatos de optimización*, es decir como posiciones que deben ser realizadas en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del caso en concreto, esto es, en consideración con otros bienes, principios o derechos constitucionales, con los cuales pueden *colisionar* y frente a los cuales cabe efectuar un procedimiento de *ponderación*, expresado en la estructura formalizada del test de proporcionalidad y la fórmula del peso¹⁰⁶.

Esta estructura formalizada sirve en la actualidad a muchos tribunales a determinar el *contenido definitivo* del derecho fundamental en el caso concreto, esto es, a aplicar la regla más concreta (*norma adscrita*) que se deriva de la ponderación de dos o más derechos fundamentales. El propio Alexy, se ha encargado de demostrar que, en la mayoría de casos, la estructura *triádica* por él creada (test de intensidades) determina con claridad el derecho que debe prevalecer en el caso concreto, con lo cual prueba que es posible revolver racional y objetivamente un conflicto de principios¹⁰⁷. Por lo demás, en muchos otros casos, ni siquiera es necesario recurrir al principio de proporcionalidad para definir el contenido vinculante del derecho fundamental aplicable, pues basta con la definición dogmática del derecho en cuestión (construida por la doctrina, la jurisprudencia y los precedentes) y su confrontación con los hechos relevantes del caso.

Particularmente, para la aplicación de un derecho fundamental a una relación jurídica entre particulares, muchas veces es suficiente con el significado común y corriente de los términos en los que se ha recogido el derecho fundamental en la Constitución. Por ejemplo, en el caso del convenio colectivo anulado por el Tribunal Federal del Trabajo por establecer mejores condiciones remunerativas para los hombres en desmedro de las mujeres, ¿cuál podría ser la dificultad interpretativa que genere en dicho caso la aplicación directa del derecho fundamental a la igualdad?

No obstante, es preciso reconocer que en otros casos, la propia definición dogmática del derecho (delimitación de su contenido inicial) y la resolución de la colisión entre derechos (definición del contenido definitivo) es un asunto que requiere de un proceso argumentativo mucho más exhaustivo. En estos casos, la *teoría material* de los derechos¹⁰⁸, que conecta a éstos con exigencias valorativas provenientes de distintas concepciones del individuo, la sociedad y el Estado (teoría liberal, democrática, socialista, republicana o comunitarista)¹⁰⁹, hace que la interpretación pueda conducirse en un sentido u otro, de acuerdo a la forma cómo estas concepciones filosóficas y morales interpreten las exigencias valorativas de la

¹⁰⁶ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 81 y ss.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 461-468.

¹⁰⁸ BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 257 y ss.

¹⁰⁹ GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999.

comunidad en un momento dado. Ciertamente, en estos casos el proceso de concreción de normas resulta ser mucho más complejo, pero no necesariamente deja de ser razonable y objetivo, cuando se aportan los argumentos suficientes que respaldan la interpretación constitucional efectuada. El riesgo, sin embargo, y aquí se puede conceder algo de razón a Hesse, es que la mentada concreción ius-fundamental pueda convertirse más en una operación ideológica que jurídico-valorativa. Contra ese riesgo no se ha inventado más remedio que la autorrestricción judicial y la invocación a la responsabilidad del intérprete constitucional¹¹⁰.

4.2. El método de la ponderación como contrario al principio de seguridad jurídica

En principio, como ya se dijo, el proceso de concreción normativa de un derecho fundamental no necesariamente supone un ejercicio de ponderación exhaustivo o complejo, ni siquiera uno de ponderación sencilla o evidente, bastando en muchos casos el recurso al significado literal de la disposición ius-fundamental o en otros la invocación a la definición recurrente que la doctrina o la jurisprudencia ha hecho del contenido del derecho¹¹¹. En estos supuestos, que no son pocos, no se aprecia cómo pueda entrar a tallar la crítica efectuada por Hesse. Si lo que le preocupa a este autor alemán es que los particulares no puedan conocer los límites a su actividad privada, de un modo seguro y predecible, con base en las normas de derecho fundamental, su temor resulta infundado en una gran cantidad de ocasiones ¿Y es que podría afirmarse, por ejemplo, que el empleador que firma un convenio colectivo con sus trabajadores no sabe que está impedido de discriminar, en las mejoras remunerativas ofrecidas, a las mujeres, las personas con capacidades especiales, los evangelistas o simplemente los trabajadores sindicalizados?

Hoy por hoy, además, merced a la gran importancia que ha adquirido la *jurisprudencia* como *fuerza* del Derecho¹¹², tanto los poderes públicos como los particulares, prestan gran atención a las *reglas* de derecho fundamental que van definiendo los tribunales a través de sus sentencias. En dicho contexto, el contenido, las exigencias y las normas concretas que se derivan de los derechos fundamentales pueden ser fácilmente identificables, por parte de los particulares, a través del reconocimiento constante que la jurisprudencia hace de ellas. En este tipo de casos, de claridad conceptual en cuanto a la aplicación directa de los derechos fundamentales, la crítica de la inseguridad jurídica parece encerrar más que una crítica por el uso de un lenguaje incierto, un disgusto por la utilización de un

¹¹⁰ TRIBE, Laurence y Michael DORF: *Interpretando la Constitución*, Palestra, Lima, 2010, pp. 50 y ss.

¹¹¹ Que no todo es ponderación y que en muchos casos más importante es la definición clara que se tenga del alcance del derecho es algo que ha puesto de relieve ALEINIKOFF, Alexander: *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, Lima, 2010, pp. 113 y ss.

¹¹² En el caso de la jurisprudencia constitucional incluso se ha llegado a calificar a las normas producidas en este ámbito en la jerarquía de “normas paraconstitucionales”, que si bien no tienen la misma jerarquía que la Constitución, al integrarse a ésta, vía interpretación, tienen un valor superior a la ley. Vid. RODRIGUEZ SANTANDER, Roger: “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, op. cit., p. 70.

“lenguaje extraño”, ajeno al del Derecho Privado¹¹³. Sin embargo, dicho disgusto es, no de modo inocente, contrario a la convicción con que los juristas del derecho privado han defendido siempre el principio de obediencia al derecho, por parte de todos los ciudadanos, sin excusas de *ignorancia* que valgan como eximente¹¹⁴. En fin, la obligación de todos los ciudadanos de conocer el derecho, y de no adoptar acuerdos contrarios a dicho conocimiento, incluye, en un Estado Constitucional, como es lógico, la obligación de conocer las normas de derecho fundamental y de conducirse de conformidad con ellas.

Por otro lado, minusvalorar la aplicación directa de los derechos fundamentales porque ésta no genera seguridad jurídica se acentúa, en gran medida, como una operación *ideológica*, cuando apreciamos que no sólo distorsiona la imagen del Derecho Constitucional, generalizando su carácter indeterminado, sino que exalta la imagen de un Derecho Privado *mítico*, anclado en el ideal decimonónico de complitud y certeza, que terminó sin embargo siendo desbaratado, en el mismo siglo XIX, por la “reacción antiformalista” a la que se aludió líneas arriba. No solo la presencia inevitable de lagunas¹¹⁵, sino la necesidad de someter a interpretación muchas de sus normas, y la remisión que también se hace a conceptos abiertos y valorativos (como las buenas costumbres, la buena fe, etc.), da cuenta de un Derecho Privado, que si bien es más exhaustivo y detallado que el Derecho Constitucional, tampoco se resiste a la interpretación o a la integración jurídicas, sin que por ello pueda hablarse de un ordenamiento incierto o inestable¹¹⁶.

No obstante, es cierto también que los casos en los que la conducta del particular depende de la aplicación de un *principio*, del cual no puede deducirse, si no por un proceso de ponderación, la regla específica aplicable, el ideal de seguridad jurídica, representado por la certeza y predictibilidad del orden jurídico, parece verse enfrentado a un importante cuestionamiento. En estos casos, el particular no podrá extraer de alguna regla específica y cierta la conducta que debe adoptar en determinado negocio jurídico de cara al respeto de los límites impuestos por los derechos fundamentales, sino que deberá recurrir a la ponderación de sus intereses con los derechos fundamentales de las personas que se encuentren involucradas en el referido negocio. ¿Supone, sin embargo, la imposición de este deber de

¹¹³ CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización del Derecho Privado*, op. cit., pp. 62-68.

¹¹⁴ Anton Menger fue quien con más fuerza criticó la defensa que hacían los juristas civilistas de la referida exigencia, en tanto consideraba que la misma servía para imponer un orden legal abiertamente beneficioso a la burguesía. Vid. MENGER, Anton: *Derecho Civil y los pobres*, op. cit.

¹¹⁵ AA.VV.: *Lagunas en el derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

¹¹⁶ Cuestionar, por lo demás, a un sector del ordenamiento jurídico por cierta indeterminación o por la remisión a principios y conceptos abiertos, desconoce la necesidad, indispensable en todo sistema jurídico, de un proceso de interpretación que medie, entre la abstracción y generalidad de la disposición normativa, y la variada y variable realidad fáctica a la cual debe responder la prescripción normativa. La interpretación jurídica, más que una puerta abierta a la incertidumbre, constituye una propiedad esencial y necesaria de todo orden jurídico. Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2007, pp. 167 y ss. Por lo demás, como ha dicho Carlos Santiago Nino, el hecho de que el discurso moral de los derechos humanos, expresado en principios generales, sea delimitado a través del procedimiento democrático, detallando más muchas de nuestras aspiraciones morales, no excluye la posibilidad de que dicha delimitación también pueda presentar serias indeterminaciones (como vaguedades, lagunas, contradicciones, etc.), las que para resolverlas no hay más camino que regresar al propio discurso moral de los derechos que les dio origen. Vid. NINO, Carlos Santiago: *Ética y derechos humanos*, op. cit., p. 124.

ponderación a un particular colocarlo en una situación de incertidumbre absoluta, en los extramuros de la objetividad y predictibilidad del Derecho¹¹⁷?

La respuesta se encuentra en las posibilidades de *racionalidad objetiva* de los términos en los que los ciudadanos *comprendemos* los derechos fundamentales y las exigencias que se derivan de su respeto. En efecto, el asunto radica en si los ciudadanos podemos entender el lenguaje de los derechos y captar sus exigencias de respeto, de un modo compartido (como “comunidad ideal de diálogo”)¹¹⁸, aún cuando las normas en las que se contienen los derechos estén expresadas en forma de *principios* con una textura semántica abierta. Que podamos saber si nuestros derechos se contraponen desproporcionadamente a los derechos fundamentales de otras personas es un asunto que tiene que ver, finalmente, con la racionalidad objetiva de la moralidad de los derechos fundamentales. El constitucionalismo contemporáneo, como es harto conocido, se ha decantado por asumir la presencia de esta racionalidad objetiva en la discusión de asuntos sobre *moral práctica*¹¹⁹, específicamente sobre valores y derechos fundamentales. Es la confianza, por tanto, en esta racionalidad la que sostiene la posibilidad de que un particular puede saber *ex ante* si su conducta va a afectar desproporcionadamente o no un bien ius-fundamental y que, por lo mismo, va a ser contraria o no a derecho¹²⁰.

¹¹⁷ Recordemos que el principio de *seguridad jurídica* –como afirma Hesse– es un valor consubstancial al Estado de Derecho, y que constituye –como se afirmó en los albores del constitucionalismo liberal– una garantía esencial para el ejercicio mismo de la *libertad*: de acuerdo al artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (disposición reproducida en el artículo 2, inciso 24, parágrafo a. de la Constitución peruana de 1993), la persona está permitida de hacer todo aquello que no está prohibido en la ley y excusado de llevar a cabo aquello que no está ordenado en ella; y cuando se habla de *ley* se hace alusión, obviamente, a una norma jurídica que le indica al ciudadano, de manera *clara*, cuál conducta se encuentra permitida, prohibida u ordenada por el Derecho. Como ha sostenido García de Enterría, recordando el papel de la *ley* en las sociedades actuales: “Los ciudadanos tienen que saber que una conducta les compromete en la medida en que el Derecho va a calificarla, bien porque la estimen libre, legítima y aún protegida, o porque deben entender que está limitada o prohibida, capaz incluso de desencadenar una reacción jurídica de sanción o incluso punitiva. Estos valores, seguridad jurídica y certeza del Derecho, son así imprescindibles para la vida en sociedad y para la libertad”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “La democracia y el lugar de la ley”, op. cit., p. 140.

¹¹⁸ Sobre la “comunidad ideal de diálogo” de Habermas y el “auditorio universal” de Perelman puede verse ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 156 y ss.

¹¹⁹ Sobre las distintas teorías de la argumentación jurídica que han hablado de las posibilidades de objetividad de esta racionalidad práctica vid. ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2006. Por último, como ha aseverado Carlos Santiago Nino: que los principios de la moral, expresados necesariamente en términos generales, no pueda resolver con inmediata determinación los conflictos que surjan entre ellos, no debe significar necesariamente un problema; y ello porque ni dicho lenguaje amplio es en realidad tan indeterminado (pues de lo contrario no cumpliría ninguna función social) ni es preciso que los referidos principios nos conduzcan siempre a jerarquizaciones completas, sino solo aproximadas y razonables. Que los conflictos derivados de los principios morales amplios vayan adquiriendo una solución razonable y estable, cada vez más detallada, depende de la práctica efectiva de la discusión moral, lo cual conlleva inevitablemente a su progreso. Vid. NINO, Carlos Santiago: *Ética y derechos humanos*, op. cit., pp. 117-125.

¹²⁰ Por el contrario, quien plantea que el uso del lenguaje del derecho constitucional trae consigo siempre una situación de incertidumbre, por el diverso significado que se le puede otorgar a términos abiertos como los valores o principios, impugna la racionalidad del test de proporcionalidad, y destaca el uso arbitrario y antojadizo que pueden hacer los tribunales de dichos términos. Es muy representativa en este contexto, la cita que hace Francisco Mantilla Espinosa, un autor colombiano ubicado en esta corriente, donde se reproduce el encuentro entre Humpty Dumpty y Alicia, en el célebre cuento de Lewis Carroll:

“No sé qué quiere decir con ‘gloria’-dijo Alicia
 - Humpty Dumpty sonrió desdeñosamente- Por supuesto que no...hasta que yo te lo diga ¡Quise decir ‘debe ser un argumento aplastante para ti’!

Por otro lado, es preciso recordar que el examen de proporcionalidad se encuentra construido sobre todo para mostrar los casos de exceso o defecto *evidente* en la protección de los derechos fundamentales; por lo que, en la mayoría de casos, el particular podrá, en virtud de dicha racionalidad objetiva, saber –con particular certeza- si sus intereses se oponen desproporcionadamente a los derechos de los demás, es decir podrá conocer *ex ante*: si existen manifiestamente otros medios de alcanzar sus objetivos sin afectar los derechos de terceros (examen de necesidad) o si sus intereses se ven leve o medianamente afectados frente al grave menoscabo que podrían sufrir los derechos de las otras partes participantes en el negocio jurídico (examen de ponderación).

Sin embargo, es cierto que pueden presentarse controversias entre los particulares respecto al alcance de los derechos y al ejercicio de ponderación. Aquí, al igual que en un caso de duda sobre la aplicación de una ley civil, existirá incertidumbre, la misma que tendrá que ser despejada por un juez. El juez ciertamente, a través del procedimiento de ponderación, parece *definir* el significado y el alcance de los derechos en cuestión, resolviendo cuál es la regla aplicable al caso concreto: es decir, parece crear una regla *ex novo*. Aunque concedamos llamar, sin miramientos, a esta operación de concreción normativa, “creación judicial del derecho”, dicha operación creativa no es más que una de las funciones que se le encomienda a los jueces en todo sistema legal: la de ir completando un sistema jurídico que requiere definiciones más específicas de cara a la solución de casos concretos. Es indudable que en estos casos los destinatarios de las normas sufren cierto grado de incertidumbre, pero ello no significa que el proceso de concreción, a través del sistema judicial, deba detenerse. Justamente la intervención judicial se justifica por la inevitabilidad de situaciones de indefinición en el derecho, sea en procesos de aplicación silogística, sea en procesos de ponderación¹²¹. En casos de interpretación de derechos fundamentales –como afirma Nino- los referidos procesos de concreción son no solo inevitables, sino muchas veces necesarios para el progreso mismo del discurso moral inserto en los derechos.

Si bien el Derecho tiene como objetivo ineluctable producir reglas claras y ciertas para que los ciudadanos rijan sus conductas con predictibilidad, la presencia

-
- Pero ‘gloria’ no significa ‘un argumento aplastante’ -objetó Alicia.
 - Cuando yo uso una palabra –dijo Humpty Dumpty, en tono algo despectivo-, esa palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique [...] ni más ni menos.
 - El asunto es –dijo Alicia-, si usted puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas distintas.
 - El asunto es –replicó Humpty Dumpty- quién es el maestro aquí...eso es todo [...].”

La cita en CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización del Derecho Privado*, op. cit., p. 49.

¹²¹ Como bien ha dicho Martín Orozco Muñoz: “La creación judicial del Derecho presenta graves inconvenientes para el tráfico jurídico, que se centran en la imprevisibilidad de la sentencia, esto es, en la imprevisibilidad de cuál va a ser la alternativa normativa elegida finalmente por el juez para la resolución del caso, y en el alcance retroactivo de la norma creada por el juez en su sentencia. Si bien no existe ninguna fórmula que elimine, en su totalidad, tales inconvenientes, por ser el fenómeno que los origina –la creación judicial del Derecho- consustancial al propio sistema jurídico, existen mecanismos que limitan de forma efectiva el ámbito de la creación judicial y atenuan sus efectos perjudiciales. Tales mecanismos son la vinculatoriedad de la jurisprudencia y de los precedentes judiciales, de un lado, y la prohibición de retroactividad de los cambios de criterio jurisprudencial, de otro lado”. Vid. OROZCO MUÑOZ, Martín: *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi – Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 21.

de incertidumbre respecto a lo que ordena el Derecho (o los derechos fundamentales) no puede ser excusa para dejar de resolver, en un caso concreto, con justicia y corrección (o para dejar de aplicar los derechos fundamentales). Precisamente, la corrección de la regla creada para resolver el caso es el otro elemento que justifica la intervención judicial, pues aunque esta tenga la apariencia de ser una regla nueva, extraída de la pura voluntad del juez, la misma para ser legítima, no puede encontrarse desvinculada de algunos de los significados posibles del derecho, obtenidos mediante métodos racionales y objetivos. Es decir, la concreción normativa efectuada por el juez puede ser calificada de “creadora”, pero no por ello puede ser arbitraria o irrazonable¹²². La incertidumbre –inevitable en todo sistema jurídico– se resuelve así en las vías institucionales de la judicatura, que garantizan (o deben garantizar) la corrección y razonabilidad de las concreciones normativas. Por lo demás, la regla creada por el juez para resolver el caso devuelve la estabilidad y predictibilidad al sistema, al tener que ser aplicada en futuros casos similares, de la misma manera (técnica de los precedentes vinculantes).

Es verdad que esta exigencia impuesta a los particulares de escrutar si sus negocios no ocasionan un daño desproporcionado a un derecho fundamental supone una *carga* adicional a aquella de verificar el respeto a la ley, las buenas costumbres y el orden público, pero la misma se encuentra justificada –como ya se dijo– en las nuevas exigencias que trae el Estado Constitucional: la vinculación normativa de los derechos fundamentales y el respeto a los bienes que son el requisito para el ejercicio de las vidas dignas y valiosas que todas las personas tienen derecho a vivir.

4.3. La sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico y la invasión de competencias del legislador y del juez ordinario

Como ya se adelantó, si bien en un inicio el nuevo paradigma constitucional permitió remover viejas concepciones del derecho ajustadas sólo al respeto de la ley, promoviendo, en la comunidad política, el pleno respeto y vigencia de los derechos fundamentales; en una segunda etapa, la expansión de los contenidos

¹²² A propósito del reciente fallecimiento de Ronald Dworkin (14 de febrero de 2013), Cass Sunstein nos ha recordado que una de las principales contribuciones de este filósofo estadounidense a la filosofía del derecho de nuestro tiempo ha sido su respuesta a la pregunta sobre la discreción judicial: “En este punto Dworkin introduce una metáfora llamativa. Suponga que usted está participando en la escritura de una novela en cadena. Otras personas han escrito los primeros capítulos y ahora es su turno ¿Cómo debería proceder? La respuesta de Dworkin es que usted tiene que participar en un acto de interpretación. No puede ignorar lo que proviene con antelación. Si sus predecesores empezaron a escribir un romance no se puede convertir repentinamente en una obra de ciencia ficción sin ejercer violencia con lo que se ha hecho antes. Hay un deber de fidelidad con la obra. Pero su tarea no es mecánica. Debe ajustar los materiales existentes y justificarlos al escribir un nuevo capítulo que haga a la nueva novela, tomada como un todo, lo mejor que pueda llegar a ser. Dworkin piensa que la labor de juzgar es en gran medida parecida a este ejercicio. Los precedentes son como los capítulos existentes y un nuevo caso es una oportunidad para sentar uno nuevo. Los jueces no pueden solo inventar el derecho. Al menos en los casos difíciles no pueden solamente “seguir el derecho” porque no hay nada que “seguir”. Lo que deben hacer es producir un principio que al tiempo se ajuste con, y justifique, los materiales jurídicos existentes. Esta es la concepción que sostuvo Dworkin del derecho como integridad”. Vid. el post de Sunstein en <http://seminariogargarella.blogspot.com/> (visita del 21 de febrero de 2013).

constitucionales materiales habría llevado, en algunos casos, a excesos al momento de aplicar la Constitución. El pecado habría sido pues querer desprender toda solución jurídica del texto constitucional, pretendiendo aplicar a cualquier caso una norma de derecho fundamental¹²³.

Uno de los riesgos de la aplicación directa de los derechos fundamentales sería pues el ingreso en escena del fenómeno que Alexy ha denominado como *sobreconstitucionalización* del orden jurídico. Uno de los principales problemas que plantea este fenómeno es la quiebra del *principio democrático*, esto es, la invasión de la competencia asignada al legislador para decidir el *modo* de concretización de los derechos, optando por algún curso de acción de entre los varios que puede ofrecer la norma de derecho fundamental.

Por otro lado, en el plano de la relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, la sobreconstitucionalización adquiere también una faz negativa. Como ha dicho Alexy, “si la Constitución contiene ya realmente en sí misma todo el orden jurídico, [ésta] determinaría completamente la parte normativa de todas las decisiones de la jurisdicción ordinaria. [Así] la Corte Constitucional casi podría abandonar entonces su papel de instancia de supervisión [constitucional] y debería convertirse, entre otras cosas, en la Corte Suprema en materia civil”¹²⁴. Pero entonces, según el propio Alexy, la sobreconstitucionalización traería, en el mismo instante, dos víctimas: el Poder Judicial (que vería invadido su ámbito competencial) y el Tribunal Constitucional (que se perjudicaría en su legitimidad al entrar en conflicto con otros órganos y exponerse al error producto de ingresar en ámbitos para los cuales no está preparado)¹²⁵. Epílogo de esta situación sería la denominada, en el escenario constitucional comparado, “*guerra de cortes*”, y que ha tenido también sus manifestaciones en nuestro país¹²⁶.

Frente a esta inflación del Derecho Constitucional, generadora a su vez de tensiones con el legislador y de roces constantes entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, han sido planteadas, sin embargo, algunas soluciones. Así, autores como Christian Starck, han propuesto asumir una concepción de “*Constitución como marco*”, que sirva de parámetro de fondo para encarar de modo adecuado la separación funcional entre ambas jurisdicciones. Así, este autor ha manifestado:

“La Constitución representa un marco para el legislador, es decir, no exige de modo absoluto determinadas regulaciones legales, sino que solamente pone límites al legislador. El buen orden constitucional consiste precisamente en que no todo está regulado por la Constitución, de modo que con ello quede abierto el necesario campo de acción para los órganos competentes del Estado. El *proceso político* en el Estado Constitucional exige que las cuestiones sustanciales estén sometidas a la decisión de la

¹²³ LIMBACH, Jutta: “Función y significado del recurso constitucional en Alemania”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, N° 3, México, 2000, p. 78.

¹²⁴ ALEXY, Robert: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 51.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ AA.VV.: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Domingo García Belaunde (Coordinador), Palestra, Lima, 2007.

mayoría y que no sea decidido todo a través de la interpretación de la Constitución. La adecuada asunción de la *función de los tribunales ordinarios*, que consiste en aplicar el Derecho al caso concreto, exige asimismo un campo de juego, que las leyes garantizan y deben garantizar en diversa medida”¹²⁷.

La concepción de Constitución como “orden marco” puede entenderse mejor, siguiendo a Alexy, si confrontamos esta concepción con la de Constitución como “orden fundamental”¹²⁸. Como orden marco, la Constitución establece un determinado conjunto de prohibiciones y órdenes al legislador, fuera de las cuales éste tiene un margen de acción discrecional para actuar; mientras que, como *orden fundamental*, la Constitución supone la adopción de determinadas decisiones de carácter fundamental. Si estas decisiones completan todo el conjunto de relaciones posibles de establecer a través del Derecho (sentido *cuantitativo*), el concepto de Constitución como “orden marco” se opone directamente al concepto de Constitución como “orden fundamental”. Sin embargo, según Alexy, existe una forma de entender la Constitución como orden fundamental que sea compatible a su vez con la concepción de Constitución como orden marco. Dicha forma es comprender que la Constitución ha adoptado efectivamente determinadas decisiones fundamentales, que toda autoridad estatal debe respetar, pero que ha dejado algunas otras en manos de dichas autoridades para que sean configuradas democráticamente (sentido *cualitativo*)¹²⁹. Según este esquema, la cuestión radica en saber qué ha sido decidido y qué no por la Constitución.

La respuesta a esta pregunta fundamental de la dogmática constitucional contemporánea y, por tanto, la *constitucionalización adecuada* del ordenamiento jurídico sólo puede alcanzarse, según Alexy, a través del camino pedregoso y arduo de la dogmática de los *márgenes de acción*¹³⁰. En última instancia, dicha dogmática se resuelve en la capacidad del *principio de proporcionalidad* para fijar racionalmente lo que la Constitución ha decidido de modo definitivo (lo constitucionalmente permitido, prohibido u ordenado) y lo que ha derivado a la decisión de los demás órganos constituidos (lo constitucionalmente posible). No vamos aquí a ahondar en las formas cómo se resuelve la delimitación de los márgenes de acción, tanto estructurales como epistémicos postulados por Alexy¹³¹, solo concluiremos con él en que la cuestión última reside en saber si el principio de proporcionalidad, resuelve siempre el problema jurídico planteado en un sentido determinado o si, por el contrario, puede dejar varias alternativas, entre las cuales puede decidir discrecionalmente, de acuerdo a consideraciones de oportunidad, el legislador; con lo cual el juez ordinario debe avenirse a dicha voluntad legislativa y el juez constitucional limitarse en su intervención controladora¹³².

¹²⁷ STARCK, Christian: “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 18, N° 53, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 25-30.

¹²⁸ ALEXY, Robert: op. cit., pp. 54-55.

¹²⁹ ALEXY, Robert: op. cit., pp. 55-56.

¹³⁰ ALEXY, Robert: op. cit., p. 53.

¹³¹ ALEXY, Robert: op. cit., pp. 57-87.

¹³² ALEXY, Robert: op. cit., p. 62.

El problema de la invasión de competencias –criticado por Hesse– puede ser resuelto pues en la delimitación adecuada de los ámbitos *materiales* que le corresponde al legislador, al juez ordinario y al juez constitucional. Dicha delimitación adecuada, aunque a veces compleja y sujeta a las posturas de activismo o *self restraint* de las cortes constitucionales, tiene un camino metodológico apropiado en la dogmática de los márgenes de acción. Aunque ciertamente en los denominados “casos difíciles”¹³³, el asunto dependerá finalmente –como ha reconocido Alexy– de las teorías materiales o concepciones morales de la Constitución; también es cierto que, muchas veces, el “*discurso de la sobreconstitucionalización*”, es utilizado como estrategia por quienes pretenden apartar un litigio de la jurisdicción constitucional, con el objeto que el mismo sea resuelto de acuerdo con las reglas y los cánones valorativos del Derecho Privado. Juan Jacobo Calderón Villegas, quien ha estudiado el uso judicial de este discurso, ha expuesto esta idea en los siguientes términos:

“Podrá ver el lector, en el capítulo siguiente de este trabajo, el constante llamado de los litigantes de derecho privado a que la solución de los problemas planteados se conduzca no solo por medio de la ley y del contrato, sino también por la senda que gobierna la jurisdicción ordinaria. Este llamado, además de inspirarse en razones estratégicas asociadas al tiempo de litigio y a las oportunidades de defensa no afectadas por el carácter sumario de la acción de tutela, constituye una especie de memorándum en contra de la jurisdicción ordinaria.

Aunque el comportamiento de los jueces de tutela en las instancias no siempre ha evidenciado sensibilidad hacia la constitucionalización, sí se encuentra vigente un temor por llevar cuestiones de derecho privado a escenarios de discusión constitucional. El tipo de fuentes que predomina en cada litigio, la retórica judicial que preside la jurisdicción de tutela y los medios de interpretación allí empleados son factores de riesgo para el litigante de derecho privado. Aunque se trate de jueces de la jurisdicción ordinaria que actúan como jueces de tutela, la comprensión es diferente según se comporten en una u otra condición.

Así entonces el escape de la jurisdicción constitucional hacia la jurisdicción ordinaria encarna una de las estrategias de desconstitucionalización más invocadas. Los riesgos vinculados a que un problema entre particulares sea atacado bajo concepciones paranormales de la autonomía de la voluntad son repudiados por los agentes privados quienes intentan, entonces, aislar de la jurisdicción de tutela los reclamos que contra ellos se formulan”¹³⁴.

4.4. La amenaza al principio de autonomía de la voluntad y a la autonomía regulativa del Derecho Privado

Konrad Hesse, aunque contrario a la aplicación directa de los derechos fundamentales entre particulares, ha reconocido el cambio *cualitativo* que ha operado en el Derecho Privado, desde su exaltación de la autonomía privada en la sociedad

¹³³ “Un caso fácil es aquel supuesto para el cual existe una respuesta determinada desde el Derecho. Se trata, por tanto, de casos que, al no revestir cuestionamientos a nivel de las premisas, están exonerados de cualquier exigencia de argumentación, que no sea la simplemente deductiva. En cambio, estaremos ante un caso difícil, cuando tal respuesta no exista *prima facie*, haciéndose necesario llevar a cabo un proceso argumentativo para justificar la decisión de que se trate (...). Las razones por las cuales esta dificultad puede presentarse son, básicamente, cuatro: por un lado, los problemas de relevancia e interpretación (que recaen sobre las premisas normativas), y, por el otro, los problemas de prueba y de clasificación (atenientes a las premisas fácticas)”. Vid. AA.VV.: *Diccionario de Derecho Constitucional contemporáneo*, op. cit., p. 41.

¹³⁴ CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización del Derecho Privado*, op. cit., pp. 66-67.

burguesa de las primeras décadas del siglo XIX, hasta su concepción más *ética*, influida por las corrientes ideológicas de la “cuestión social” y de las que ya se ha dado cuenta. Hesse describe dicho cambio, en estos significativos términos:

“No menos profundas podían ser las transformaciones experimentadas por el *Derecho Privado* en el curso del período histórico aquí considerado. Su fundamento es generalmente conocido: la época de la Sociedad burguesa, cuya expresión más tardía es el Código Civil, ha llegado a su fin. En todos los ámbitos vitales que afectan a la suerte de la gran mayoría uniforme de individuos económicamente dependientes y no autónomos ha retrocedido la pretensión de vigencia del Derecho Civil y de su ideal jurídico. En la misma medida han avanzado hasta el primer plano los momentos colectivos y sociales como fuerzas determinantes del orden jurídico. Este desarrollo ha llevado, de manera especialmente clara por ejemplo en el Derecho del Trabajo, a que materias esenciales hayan escapado del ordenamiento jurídico obligatorio para todos los ciudadanos, a la formación de nuevos ámbitos jurídicos y, con ello, a la desintegración de la unidad del viejo sistema de Derecho Privado y de sus clásicos conceptos fundamentales [...]. Y tiene como consecuencia que el Derecho Privado resulta parcialmente desplazado o conformado por las nuevas formaciones de Derecho Público y social, o queda vinculado a ellas. Tras tal desarrollo está, como nos ha mostrado Franz Wieacker, un cambio de las concepciones, desde una ética individual de la voluntad y la libertad, a una ética social de la responsabilidad solidaria; esto es, no sólo el poder público, sino también la Sociedad y cada uno de sus miembros singulares responden de la existencia social de cada uno de los demás miembros de la Sociedad. Así, la garantía de la existencia de los miembros de la comunidad jurídica y la defensa de los débiles logra también en el Derecho Privado el mismo rango que la persecución de los propios intereses. El Derecho Privado ya no atiende sólo a la autodeterminación individual, sino también a la justicia social, y así cabría decir que se ha desarrollado en una nueva dimensión que está en tensión con la anterior. Ello conduce a la necesidad de una ordenación de ambos principios y transforma ampliamente la cualidad del Derecho Privado, que pasa a ser más que antes un Derecho tutelar, delimitador, que asegura contra el abuso, y con tal tarea se acerca a los demás ámbitos jurídicos”¹³⁵.

Pese a tan significativo reconocimiento de los cambios operados en la concepción de la *función* del Derecho Privado, el profesor alemán afirma que “tales cambios no deberían obstruir la visión de lo que permanece y debe ser conservado en el Derecho Civil tradicional, aquello que constituye el Derecho Privado como sector jurídico propio e irrenunciable, en particular su significado para la preservación y la garantía de la *personalidad del hombre*, para su autodeterminación y su responsabilidad propia; esto es, aquellos elementos que han hecho del Derecho Privado el baluarte de la libertad”¹³⁶. Y es que para Hesse los peligros que se ciernen sobre la autonomía privada (en pleno auge del Estado de bienestar europeo) son varios: “[éstos] se ven predominantemente en la proliferación de reglamentaciones imperativas; en la República Federal, en todo caso, ello resulta menos instrumento de un Estado autoritario todopoderoso que aspecto del moderno Estado social, que en último extremo hace no sólo innecesaria, sino también imposible la configuración responsable y autónoma de la propia vida”¹³⁷. Reproduce a continuación una larga cita de Tocqueville sobre los riesgos del Estado benefactor y

¹³⁵ HESSE, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, op. cit., pp. 71-73.

¹³⁶ HESSE, Konrad: op. cit., pp. 73-74.

¹³⁷ HESSE, Konrad: op. cit., p. 75.

termina afirmando que “esta imagen en negativo deja claro qué peso corresponde a la preservación y a la garantía de la configuración autodeterminada y responsable de la propia vida”¹³⁸. Para Hesse, “el hombre como persona libre, autodeterminada y responsable sólo puede existir donde el ordenamiento jurídico abre posibilidades para la autonomía del pensamiento y de la acción. Justo esto es una, si no la esencial función del Derecho Privado, que así aparece como condición fundamental del orden constitucional [...]. Sólo en hombres que piensan, juzgan y actúan por sí mismos descansa el potencial de nuevas ideas, concepciones e iniciativas irrenunciable para tal comunidad, sin las cuales ésta con el tiempo habrá de empobrecerse, si no fosilizarse, cultural, económica y políticamente...”¹³⁹. Por último, esta *defensa* de la autonomía de la voluntad en Konrad Hesse, como expresión de la libertad humana fundamental, se complementa con su consideración de dicha autonomía como el medio más *idóneo* para el adecuado desenvolvimiento de las *relaciones económicas*: “Si, desde tal perspectiva, la libertad es ciertamente un fin en sí mismo, entonces los efectos de la configuración autónoma de la vida privada se antepone como medio sobre todo a la ordenación de la vida económica: dada la complejidad de las actuales circunstancias, el contrato jurídico-privado aparece como una forma de conducir el ordenamiento jurídico más adecuada y efectiva que la configuración imperativa, además de producir un resultado más justo y mejor”¹⁴⁰. Cómo es que esa primacía del contrato produce dicho resultado justo no es algo que nos explique el profesor alemán. Por todas estas razones, para él, con corrección, “Fritz Rittner ha hablado de una primacía del Derecho Privado”¹⁴¹.

Hay varias cosas que cuestionar en la argumentación desplegada por Konrad Hesse. En primer lugar, si lo que intenta proteger el profesor alemán, al impugnar la eficacia directa de los derechos fundamentales, es la *autonomía de la voluntad* como encarnación sustancial de la libertad fundamental, no se aprecia cómo es que dicha autonomía estaría a salvo si la influencia de los derechos fundamentales se produjera a través de la *ley*, en lugar de la aplicación directa. Como él mismo reconoce, para el caso de la República Federal alemana, la libertad se encontraba allí menoscabada por el exceso de reglamentación proveniente del Estado Social. Si a lo que alude Hesse en todo caso es a que dicha reglamentación de la libertad deba producirse sólo a través de la *legislación civil* y no a través de la *legislación social*, en puridad no está destacando ninguna cualidad especial de la ley, como su carácter democrático, conformador o cierto, sino solo una específica *orientación material* que ésta debería asumir: el logro de la mayor libertad posible. Pero y entonces, el problema no es el desvalor intrínseco de tal o cual medio de regulación social (ley o aplicación judicial directa), sino si dicho medio de regulación va a coincidir o no, en lo sustantivo, con el o los valores que previamente se han considerado como los más importantes. Por tanto, el asunto se presenta como uno axiológico o *ideológico*: ¿por qué se considera a la libertad, en la forma que la entiende Hesse, como el valor más importante del orden constitucional?

¹³⁸ HESSE, Konrad: op. cit., p. 77.

¹³⁹ HESSE, Konrad: op. cit., pp. 87-88.

¹⁴⁰ HESSE, Konrad: op. cit., p. 77.

¹⁴¹ HESSE, Konrad: op. cit., p. 77.

En segundo lugar, cuando el profesor alemán defiende la autonomía de la voluntad (y la libertad contractual) como condición necesaria para la realización de la libertad fundamental (que comprende la autodeterminación y la responsabilidad), parece estar teniendo una comprensión solamente *parcial* de dicha libertad fundamental. Si bien ésta comprende, claro está, la facultad para relacionarse y emprender negocios o empresas colectivas, bajo las reglas acordadas por las partes involucradas; dicha libertad, también comprende otra serie de facultades que son muchas veces limitadas por la libertad contractual¹⁴², además de –en una concepción mucha más amplia de la libertad- **capacidades** reales (y no solo formales) de *formularse* diversos planes de vida valiosos y de *llevarlos a cabo*¹⁴³, sin encontrarse impedido por circunstancias y condiciones sociales, políticas y económicas que escapen a la voluntad del individuo y que se deriven más bien de una *injusta* disposición social de las oportunidades (libertad fáctica)¹⁴⁴. La posibilidad de que todos los ciudadanos, sin discriminación, alcancen dicha *libertad real* implica, casi de modo ineluctable, una cierta *distribución* de los recursos sociales, que limita la libertad económica de algunos miembros de la sociedad a favor de otros menos aventajados¹⁴⁵. La libertad real de todos los miembros de la comunidad política puede depender entonces, en una medida importante, no precisamente de la máxima protección de la autonomía privada (libertad económica de contratar) –como defiende Hesse-, sino justamente de su limitación.

Por otro lado, la libertad de autodeterminar los negocios, de manera autónoma, entre las partes involucradas en la relación jurídica, sólo puede ser realmente una libertad, en una situación en la cual todas las partes del contrato tengan la posibilidad efectiva de definir los términos y prestaciones del mismo. En una situación de disparidad, de sujeción o de dominación de facto, la libertad sólo existirá para la parte poderosa de la relación jurídica, mientras que para la parte débil el riesgo de someterse a cláusulas leoninas, abusivas o que afecten sus derechos fundamentales es alto. Es pues, en esta ausencia de paridad contractual –que el propio Hesse reconoce- donde encuentra, principalmente, justificación y cobra relevancia la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. La necesidad de que dicha eficacia deba también ser directa –como se argumenta en el presente trabajo- se deriva del hecho de que si bien la legislación civil prevé varios supuestos de nulidad contractual, en la generalidad de los casos, estos supuestos no hacen alusión a la tutela de los derechos fundamentales.

¹⁴² La libertad a la que alude Hesse, incluye, claro está, la libertad de pensamiento, de religión, de conciencia, de formar un hogar, de acceso a los cargos públicos, de trabajo, etc. y no solo la libertad contractual. Pero y entonces, si lo que preocupa a Hesse es que la persona pueda autodeterminarse en estos aspectos propios de su personalidad, no se entiende cómo es que otorga casi una prioridad lexicográfica a la autonomía de la voluntad o libertad contractual, cuando ésta muchas veces limita o anula varias de esas libertades, como vimos en el caso de los contratos que limitaban la posibilidad de contraer matrimonio o cuando hoy se firman muchos contratos que obligan a las personas a renunciar al acceso a la justicia, por ejemplo.

¹⁴³ Esta idea de libertad como “capacidad” fue presentada luminosamente por Amartya Sen en su trabajo *Desarrollo y libertad*, Traducción de Esther Rabasco y Luis Tohaira, Planeta, Barcelona, 2000.

¹⁴⁴ La idea de justicia en las disposiciones sociales nos viene, como es harto conocido, de RAWLS, John: *Teoría de la Justicia, Teoría de la justicia*, 2ª. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

¹⁴⁵ Este argumento se encuentra en el “principio de diferencia” de RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, op. cit., pp. 72 y ss.

El profesor alemán yerra, por tanto, cuando otorga prioridad a la libertad contractual, como valor predominante del orden constitucional. En efecto, no se entiende cómo es que, *prima facie*, la libertad contractual puede ostentar un mayor *peso* que otros bienes constitucionales, cuando dicha libertad ha sido disfrutada sólo por una de las partes, y el acuerdo más bien se presenta como seriamente limitativo de la libertad fáctica o de otros bienes constitucionales igualmente importantes. En supuestos de este tipo, la aplicación del principio de proporcionalidad sugiere más bien, que los derechos fundamentales de la parte *débil* de la relación jurídica, deben prevalecer sobre una autonomía de la voluntad con escasa relevancia jurídica. Lo contrario sería admitir que los derechos fundamentales pueden ser objeto de disposición por parte de los poderes privados, siempre que la referida disposición se materialice por medio de las sagradas reglas del *negocio jurídico* privado. En sentido contrario, la libertad contractual cobra relevancia cuando supone un *real* acuerdo de voluntades, libremente constituidas, con relación a un sinnúmero de negocios jurídicos, donde se acuerda respecto a materias que no suponen ningún ejercicio de derecho fundamental, e incluso cuando los mismos supongan la *disposición* de algunas posiciones ius-fundamentales, las cuales pueden ser *renunciadas* siempre que no supongan la negación absoluta del ejercicio del derecho fundamental¹⁴⁶.

Que la libertad contractual pueda verse sujeta a importantes limitaciones con la obligación de adecuarse a los mandatos derivados de los derechos fundamentales, es una verdad que no puede negarse, como no puede negarse que dicha libertad se ve limitada por las reglamentaciones imperativas que impone el Estado Social -como denunciaba en tono de reproche Hesse-; sin embargo, que dicha limitación no sea legítima, cuando la referida libertad contractual no oculte más que un descarnado acto de *poder*, que permite que los meros intereses patrimoniales de la parte fuerte de la relación jurídica prevalezcan sobre bienes esenciales para el disfrute de la libertad fáctica de la parte débil, afectando también con ello el mandato de *igualdad sustantiva* que se deriva de la cláusula del Estado Social, es algo que no han explicado quienes pretenden seguir afirmando los valores tradicionales del Derecho Privado. Que hoy, sea necesario recuperar la vieja autonomía contractual, frente a la compleja y pesada red de mandatos del Estado Constitucional y Social -como argumenta Hesse-, no es algo que se evidencie de la realidad pos guerra fría. Quizás el último momento en el que se pudo valorar la realidad de ese modo era aquel en el que el profesor alemán escribió su famosa conferencia sobre Derecho Constitucional y Derecho Privado (1989), cuando la presencia de un robusto Estado Social en Europa incomodaba a quienes propugnaban por más libertad económica. En la hegemonía actual del liberalismo económico y su *laissez faire* mundializado, donde el contrato y la empresa privada han sido privilegiados por el orden legal, dicha lectura de la realidad no se justifica. Como discutiremos cuando abordemos el caso específico de la eficacia de los derechos sociales en las relaciones entre particulares, hoy más que nunca la

¹⁴⁶ Luigi Ferrajoli es, más bien, de una postura contraria, pues de acuerdo a este profesor italiano los derechos fundamentales comparten estructuralmente la característica de ser “indisponibles” y, por tanto, irrenunciables. Vid. FERRAJOLI, Luigi: FERRAJOLI, Luigi: “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 29-35, y “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 153-167. Una amplia discusión con otros autores sobre la tesis de Ferrajoli de la indisponibilidad de los derechos fundamentales puede verse en el mismo libro.

limitación de la libertad contractual, en clave social y constitucional, se hace necesaria y moralmente impostergable.

Por último, que la mentada autonomía de la voluntad, libre de interferencias imperativas del poder público, sea el mejor camino para la distribución adecuada de los recursos y el logro de la justicia social, supone una postura ideológica muy marcada, de corte economicista y asociada a la doctrina smithiana de la “mano invisible” del mercado, la que no solo *no* tiene un debido respaldo fáctico, sino que puede ser instrumentalizada fácilmente en favor del mantenimiento de un *statu quo* abiertamente injusto. Por lo demás, dado el carácter de *medio* de esta justificación de la primacía del Derecho Privado, la misma no puede sobreponerse a la afectación de un derecho fundamental específico en una concreta relación jurídica entre particulares: el logro del mayor bienestar social (en el hipotético caso que ello se diere con el recurso al *laissez faire*, de acuerdo a la postura de Hesse) no puede hacerse a costa de la violación de las libertades básicas de un individuo.

En conclusión, la autonomía de la voluntad ya no puede ser leída –como lo reconoció el propio Hesse–, en el marco del moderno paradigma constitucional, como una potestad de actuación desligada del resto de valores que encierra el Estado Constitucional¹⁴⁷. Sin embargo, esta lectura, para ser realmente efectiva, deberá penetrar no sólo en la judicatura constitucional o en el legislador de Derecho Privado (que no siempre podrán responder con la debida rapidez a los cambios vertiginosos que impone la sociedad contemporánea), sino sobre todo en el propio *corazón* de los agentes privados, que con el poder desmedido que hoy tienen, no solo pueden actuar como obstáculos al actual proceso de constitucionalización del derecho privado, sino como actores relevantes para su adecuada consecución¹⁴⁸. La *responsabilidad social*, que dichos actores puedan asumir, para hacer –como se ha dicho en significativa expresión– que la Constitución sea no sólo la norma fundamental que gobierne al Estado sino también a la Sociedad¹⁴⁹, depende pues de esta nueva comprensión de la autonomía de la voluntad, como una potestad limitada constitucionalmente por los derechos fundamentales, comprensión que parecen asumir ahora, por lo menos en su “discurso oficial”, los gurús del marketing social de las empresas: “el mejor contrato es aquel que es bueno no sólo para las partes contratantes, sino también para la sociedad y las generaciones futuras”.

¹⁴⁷ Como ha establecido la Corte Constitucional de Colombia: “en la actualidad, la autonomía de la voluntad se manifiesta en el logro no solo del interés particular, sino también del interés público o bienestar común”. Sentencia T-468/2003.

¹⁴⁸ Como ha establecido Stefan Gosepath, la responsabilidad por la eliminación de los daños morales que se producen en la sociedad, cuando éstos son males importantes (una hambruna, por ejemplo) pero no son producidos específicamente por alguien, corresponde, en primer lugar, a quienes tienen la posibilidad, por su poder e influencia, de cambiar dicha realidad. Vid. GOSEPATH, Stefan: “Responsabilidad por la eliminación de daños morales”, en *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Francisco Cortés Rodas y Miguel Giusti (Editores), Siglo del Hombre Editores, PUCP y Universidad de Antioquía, Bogotá, 2007, pp. 84-88. Este argumento, que utilizaremos más ampliamente en la fundamentación de los deberes de solidaridad, puede ser usado pues para hacer entender a las grandes empresas su especial responsabilidad en el *fomento* de actividades económicas sanas, que respeten los derechos fundamentales de las personas y que sean social y ambientalmente sostenibles; en suma, que sean ejemplo de iniciativas privadas realizadas dentro del cuadro de valores materiales que contiene la Constitución.

¹⁴⁹ STC 0976-2001-AA/TC, FJ. 5.

Lamentablemente, este discurso oficial, como nos ha mostrado Juan Jacobo Calderón Villegas, dista mucho de ser real, pues aunque el proceso de constitucionalización de ciertos sectores del derecho ha avanzado mucho en la jurisprudencia, en el plano de la actividad de los particulares, éstos aún muestran mucha resistencia a este proceso, y cumplen las reglas impuestas por los tribunales constitucionales sólo por obligación legal, sin que ello suponga una adecuación de la estructura general de sus negocios al marco de valores indicados por las cortes¹⁵⁰. Esta falta de *sensibilidad* hacia una verdadera constitucionalización del derecho privado, por parte de los actores privados, quizás se explique –y ésta es una hipótesis solo intuitiva– por el hecho de que, en realidad, el “mundo de los negocios” por más que intente presentar un rostro humano a través del eslogan de la “responsabilidad social empresarial”, se mueve bajo esquemas valorativos y disposiciones organizativas muy alejadas del “mundo de los derechos humanos”. Faltan pues, en las empresas, unidades operativas, indicadores, personal especializado y capacitación en materia de derechos fundamentales, para hacer posible el cambio esperado. Sin embargo, dichas soluciones reales al problema de la vinculación de los derechos fundamentales en el ámbito privado, por lo menos en nuestro país, no han sido planteadas ni en el foro académico ni en la sociedad civil.

Con relación a la crítica de la dilución del Derecho Privado, producto de la aplicación directa de los derechos fundamentales entre particulares, diremos dos cosas. En primer lugar, si esa crítica se refiere a la necesidad de preservar la autonomía regulativa del Derecho Privado, como garantía para la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, la referida crítica es *redundante*, en el sentido de reproducir la crítica referida a que la eficacia directa de los fundamentales supone una amenaza para el principio de libertad fundamental, en la forma estrecha como ésta es entendida por Hesse, esto es, referida casi exclusivamente a la libertad para celebrar contratos (libertad económica). En este sentido, si no es correcta la crítica relacionada a la amenaza que la aplicación directa de los derechos fundamentales supone para la libertad, tampoco será plausible la crítica que hace referencia a la necesidad de preservar un Derecho Privado orientado exclusivamente a la defensa de una libertad en los términos estrechos que aquí se ha denunciado. Por el contrario, si la idea es reconducir la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado a una regulación privatista (civil o comercial) que sea acorde con las exigencias de una autonomía de la voluntad constitucionalizada –que el propio Hesse describió brillantemente líneas arriba–, la invocación a la necesidad de reforzar el Derecho Privado resulta legítima. Aunque no sea a través del Derecho Privado la única forma de regular relaciones entre particulares, muchas de las cuales han pasado a corresponder a ámbitos de regulación propios (como el Derecho Laboral, el Derecho del Consumo, etc.), que han adoptado técnicas de protección de derechos específicas; ciertamente resultaría importante que el Derecho Privado, con la importancia, la tradición y el prestigio que tiene opere un cambio cualitativo en la protección de la autonomía de la voluntad, coordinándola mejor con las exigencias que se derivan de los derechos fundamentales.

¹⁵⁰ CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización del Derecho Privado*, op. cit., pp. 137 y ss.

Por la misma razón, tenemos que avenirnos a la invocación de autonomía regulativa para el Derecho Privado, si con ella intenta destacarse el papel que cumple la *ley* en la coordinación de las libertades de las personas (tal como fuera la función que originariamente le asignó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). La ley cumple una función irremplazable en la tarea de conformar, delimitar y establecer reglas más o menos determinadas para el ejercicio de los derechos. El propio avance de los derechos y libertades se produce fundamentalmente –como afirma Nino- producto de la deliberación democrática que supone la dación de una ley. Su rol en la actualización y progreso de las libertades fundamentales y de la justicia es, pues, inestimable¹⁵¹. Si, de lo que finalmente se trata es de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales en los distintos ámbitos en los que la persona desarrolla su actividad, y donde puede hallarse amenazada el ejercicio de la libertad entendida en un sentido amplio, la ley resulta ciertamente no una herramienta más para dicho cometido (como la eficacia directa de la que aquí se ha hablado), sino la principal y primera herramienta que debiera ser utilizada en un Estado democrático que funcione de manera adecuada.

Pero sucede que no solo la ley cumple esa función de delimitación de los derechos, ni el Estado democrático de derecho funciona siempre de una manera adecuada. Como señaláramos líneas arriba, en una gran cantidad de ocasiones, la ley no define el alcance de los derechos en una situación determinada, ni dicho alcance se desprende claramente de las disposiciones constitucionales en juego, por lo que la labor interpretativa del juez en la concreción de los derechos se hace imprescindible. Más allá de dicha función integradora, lo cierto es que las cortes actúan, sobre todo, en contextos de fragilidad institucional y estancamiento democrático¹⁵², donde el desarrollo legislativo de los derechos no se hace realidad por simple pereza legislativa o por los intereses partidarios de los grupos políticos involucrados. En dicha perspectiva, la función de integración normativa que cumplen los jueces, que es sobre todo supletoria en condiciones normales, se vuelve superlativa en relación a

¹⁵¹ En este sentido puede entenderse también la alegación de Luigi Ferrajoli, por una *legalidad más estricta* también en el Derecho Privado, que limite los “poderes salvajes” de los particulares, en beneficio de la mayor libertad e igualdad de todas las personas: “Intento decir que el progreso de la democracia tendrá lugar en el futuro, además de mediante la expansión de derechos y de sus garantías, a través de la expansión del Estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder, en los que también estén tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas. De hecho son los poderes no regulados que se desarrollan en su interior los principales obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos. El Estado paleoliberal, partiendo de la confusión entre libertad y poderes privados, preservó el máximo número de estos ámbitos de la intervención del derecho, reservándolos a la libertad del ciudadano (...). Está claro que el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales también en estos ámbitos privados exige una articulación del Estado de derecho más compleja que la fundada hasta ahora, según el modelo liberal, sobre la clara diferenciación entre derecho público y derecho privado. Esto requiere límites y vínculos normativos, mayores que los hasta hoy previstos, en relación con los poderes de los ciudadanos. No existe ninguna razón, una vez excluida la confusión de los poderes privados con las libertades, para que también estos poderes no estén sujetos a la ley y subordinados a la satisfacción de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales. La minimización de los poderes equivale a la maximización de la libertad, y consiguientemente de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se funda el Estado democrático de derecho”. FERRAJOLI, Luigi: “Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo de derecho privado”, en *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 300-302.

¹⁵² Para un tratamiento del rol de los jueces en la protección de derechos, en situaciones de bloqueo estructural vid. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO: *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, DeJusticia, Bogotá, 2010.

la necesidad de hacer efectivos los mandatos que se derivan de los derechos fundamentales. Ante estas circunstancias los jueces pueden pasar de técnicas que fuercen el debate público constitucional respecto a materias que se encuentren urgidas de desarrollo legislativo, a técnicas que protejan efectivamente las dimensiones sustantivas elementales de los derechos, que resultan indispensables para que cualquier debate democrático o relación social (de derecho privado, entre ellas) pueda ser calificada de mínimamente legítima. Es pues en la función inevitable de concreción de los principios constitucionales, pero sobre todo en el contexto actual de fragilidad democrática, donde se justifica la aplicación judicial directa de los derechos fundamentales entre particulares.

La defensa que en este capítulo se ha hecho de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha pretendido develar el carácter ideológico de muchas de las críticas que se efectúan a dicha eficacia. Ha resaltado también un factor ignorado que bulle en la escasa aplicación de la Constitución en el tráfico jurídico privado: la falta de conocimiento y sensibilidad, por parte de los agentes privados, de las exigencias que se derivan de los derechos fundamentales. La defensa de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares basa, sin embargo, su fortaleza teórica en el rol que juega la *jurisdicción constitucional* como instancia especializada y reforzada de tutela de los derechos fundamentales, frente a las agresiones que puedan presentarse en las relaciones entre particulares. Cuando la jurisdicción constitucional no cumple dicho rol, legitimando, en sentido contrario, el ejercicio de una libertad contractual abusiva, que menoscaba los derechos fundamentales o las posibilidades de realización de la libertad fáctica de los más débiles, la mentada “eficacia directa” se convierte en un *discurso vacío*, peligroso más bien para el respeto de los derechos fundamentales y el logro de la justicia social pretendida¹⁵³. Que, finalmente, éste es uno de los principales *riesgos* de la eficacia directa, nos los recuerda este apartado de la historia constitucional norteamericana:

Desde finales del siglo XIX hasta las tres primeras décadas del siglo XX, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos mostró, respecto al desarrollo de las primeras leyes de contenido económico y a las primeras regulaciones sobre condiciones de trabajo, una postura marcadamente conservadora. Como han

¹⁵³ Esta desviación de los cometidos de la jurisdicción constitucional –producida muchas veces en la historia constitucional y con algunas señales de estarse presentando actualmente en nuestro país– es el ingrediente que ha alimentado la impugnación de “elitismo”, por parte de quienes propugnan más bien un reforzamiento del debate público constitucional, en términos más participativos y en el seno de una democracia deliberativa. Que este tipo de democracia sea necesaria no es algo que pueda ser discutido –como ya acotamos–, pero que ésta no se presenta en la *realidad* de nuestros actuales estados contemporáneos, es algo que queda también fuera de toda duda y, por tanto, fuera de toda duda también la presencia de una justicia constitucional que pugne por hacer vivos unos derechos fundamentales en *contextos* de fragilidad institucional y democrática. Sobre la justificación final del constitucionalismo en contextos de democracias políticamente no inclusivas, esto es, donde no encuentran verdadera representación los intereses de un gran sector de la sociedad vid. BAYÓN, Juan Carlos: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (Compiladores), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 67-138.

anotado Miguel Beltrán de Felipe y Julio González García, “de hecho, entre 1899 y la revolución constitucional de Roosevelt (1937) el Tribunal Supremo anuló 184 leyes estatales de contenido económico, casi todas ellas utilizando la cláusula del debido proceso. Respecto de leyes federales, Biglino [...] señala que entre el final de la guerra civil y 1928 el Tribunal Supremo dictó 53 sentencias anulando leyes del Congreso. Baum [...] eleva la cifra a 130 leyes, federales y estatales, anuladas entre 1920 y 1937”.

En esta época, conocida como “*la era Lochner*” por la influencia notable del precedente establecido en el caso *Lochner vs. New York* (1905), el Tribunal Supremo se caracterizó como el defensor más estricto del *laissez faire* económico y basándose en una interpretación sustantiva de la cláusula del debido proceso (*substantive due process of law*) recogido en la 5^o y 14^o enmiendas, según la cual todo ataque o intervención en la vida, la propiedad y la libertad al margen de los principios de justicia y razón propios del *common law* era ilegítimo e inconstitucional, frenó prácticamente todo intento federal o estatal de limitar la libertad de empresa, comercio e industria en pos de un mejor funcionamiento del mercado o de una mayor protección para el trabajador. Así por ejemplo, en el caso *Pollock vs. Farmer Loan and Trust Co.* (1895), el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley federal que había establecido el impuesto sobre la renta del 2% a quienes superasen un ingreso de \$ 4000.00 dólares anuales; en el caso *Lochner vs. New York* anuló una ley del estado de Nueva York de 1895 que prohibía a los trabajadores de las tahonas hacer jornadas de más de diez horas diarias o de más de setenta horas semanales; en el caso *Hammer vs. Dagenhart* (1918) anuló una ley federal que prohibía el transporte interestatal de objetos manufacturados en fábricas que empleasen a menores; por último, en la propia década de los 30, y en plena implementación del paquete de rescate económico conocido como *New Deal*, el Tribunal Supremo mediante la sentencia *Carter vs. Carter Coal Company* (1936) declaró inconstitucional la Ley de Defensa del Carbón Bituminoso de 1935 que, luego de declarar materia de interés público el salvamiento de las minas de carbón, estableció un código nacional del carbón que permitía a un órgano especializado la determinación de las cantidades de producción, los precios, los horarios de trabajo y los salarios mínimos.

La impronta acendradamente formal, individualista y conservadora del Tribunal Supremo de los Estados Unidos le haría a éste decir cosas como las siguientes en la sentencia *Lochner vs. New York*:

“¿La ley impugnada [de los horarios máximos de trabajo de los trabajadores de las tahonas] es fruto del ejercicio justo, razonable y adecuado del poder de policía? ¿O, por el contrario, representa una injerencia irrazonable, arbitraria e innecesaria en el derecho de toda persona a la libertad individual y a la libertad de establecer contractualmente la duración de trabajo que le parezca adaptada o necesaria para su subsistencia o la de su familia? Naturalmente, la libertad contractual en materia laboral se aplica de forma indistinta a las dos partes. Tanto derecho tiene una de ellas a vender su trabajo como la otra a comprarlo.

[...] No existe base razonable alguna para, al regular el periodo de trabajo de las tahonas, limitar la libertad individual o la libertad contractual. No es sostenible pensar que los trabajadores de las tahonas, colectivamente considerados, no tienen la inteligencia o la capacidad de los trabajadores de otros sectores o manufacturas, o no pueden defender sus intereses sin la

protección del Estado que viene a interfeir en su libertad de criterio y de acción. Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, (...) la ley que examinamos no tiene que ver con la seguridad, la moralidad o el bienestar de la población, ni tampoco afecta en modo alguno al interés general de la colectividad. Sólo se podría refrendar la constitucionalidad de la ley en tanto que norma destinada a proteger la salud de las personas que fabrican el pan. Salvo a este grupo de personas, no se aplica a nadie más. Un pan limpio y de calidad no tiene nada que ver con las diez horas o con las cuarenta semanales que, conforme a la ley, debe trabajarse en las tahonas. De manera que la limitación de horas de trabajo no está amparada por la competencia estatal sobre policía [...]

Trabajar en una tahona no es objetivamente peligroso hasta el punto de habilitar al legislador para interferir en el derecho al trabajo y con la libertad contractual que todo ciudadano tiene garantizada, sea patrón o trabajador. Las estadísticas sobre el comercio y la industria ponen de manifiesto que los empleados de las tahonas son personas que trabajan en peores condiciones que otras, pero también en muchas mejores circunstancias que otros trabajadores. Normalmente y conforme al sentido común, no se considera a esta profesión como insalubre. Sin duda, un médico no recomendaría a nadie este empleo, o al menos no este empleo más que otro, como tratamiento para curarse de alguna enfermedad. Hay profesiones más saludables que otras, pero ninguna escaparía al poder de reglamentación y de control por el legislador de las horas de trabajo si la intervención normativa se basase en el simple hecho de que tal o cual empleo no es por completo sano. No es arriesgado afirmar que todos los empleos perjudican o afectan, en mayor o menor medida, a la salud. Por ello, para justificar la intervención del legislador, restrictiva de la libertad, se requiere algo más que una eventual leve nocividad para la salud (...)"¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Vid. los datos aquí recogidos sobre "la era *Lochner*" y el texto de la sentencia aquí transcrita en BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 163 y ss.

CAPÍTULO II
LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES



1. Caracterización de los derechos sociales. Sobre la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales.

Cuando se aborda el tema de los derechos sociales es común encontrar en la doctrina expresiones como “[los derechos] económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política” o “los derechos sociales... suponen un proceso de debate inimaginable al margen de la sociedad política”¹⁵⁵. Estas expresiones bastante tópicas hacen alusión, sin duda, a la identificación de los derechos sociales como *derechos prestacionales*, donde el contenido que los identificaría sería una *prestación* o un “derecho a algo” reclamable sólo frente al Estado.

El *carácter obligacional* de los derechos sociales estaría constituido, en dicho contexto, por prestaciones materiales (bienes o servicios económicos) que deben ser proveídos a las personas para su satisfacción. Así, los derechos a la salud o educación, por ejemplo, serían satisfechos con los correspondientes *servicios públicos* implementados para su protección; los derechos a la seguridad social y a la pensión, por su parte, estarían cubiertos por la *prestación económica* que se otorga a las personas que sufren alguna contingencia; el derecho a la alimentación o vivienda, por otro lado, por el *subsidio directo* brindado a las personas que no pueden disfrutar de su ejercicio; elementos materiales todos, cuyo proveimiento sólo podría ser responsabilidad del Estado.

Esta comprensión de los derechos sociales como derechos prestacionales o como “derechos a algo”, si bien recoge una de las principales dimensiones de los derechos sociales, que tiene que ver con las obligaciones positivas del Estado, típicamente consideradas como progresivas y costosas, lo que ha puesto en tela de duda su carácter de derechos jurídicamente exigibles¹⁵⁶; dicho entendimiento trastoca un adecuado análisis de la problemática de los derechos sociales, en algunos sentidos relevantes. En primer lugar, acentúa la cuestionable distinción entre derechos sociales y derechos civiles y políticos, basado en el diverso carácter

¹⁵⁵ Ambas expresiones en PRIETO SANCHÍS, Luis: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceros y Rodolfo Vásquez (Compiladores), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, pp. 19 y 20.

¹⁵⁶ Alexy, por ejemplo, ha hecho depender la determinación del contenido definitivo de un derecho social fundamental o, lo que es lo mismo, la posibilidad de establecer posiciones subjetivas ius-fundamentales judicialmente exigibles, en el juego de la ponderación de la necesidad de satisfacción del derecho y la capacidad económica del Estado. Vid. ALEXY, Robert: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Edición a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 70 y ss. Por su parte, para Luis Prieto Sanchís, el problema fundamental que puede postularse respecto a los derechos sociales es si y en qué condiciones pueden construirse *posiciones subjetivas infundamentales* de naturaleza prestacional, es decir, en qué medida puede asignarse a una persona un derecho subjetivo a reclamar una prestación directamente del Estado, lo que finalmente depende también –en su parecer– de la ponderación entre la necesidad de protección y la capacidad económica del Estado, tal como también lo sostiene Alexy (Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, op. cit., p. 19).

obligacional que le correspondería a cada tipo de derecho (“derechos a prestación” los primeros, y “derechos a abstención”, los segundos). En segundo lugar, y producto de lo anterior, impide apreciar las variadas formas de violación que pueden sufrir los derechos sociales, no solo provenientes de la falta de proveimiento estatal, sino de una inadecuada prestación del derecho en cuestión. Luego, no permite observar lo central en la delimitación del ámbito protector del derecho: su fundamento axiológico o necesidad básica a satisfacer. Finalmente, hace imposible arribar a la conclusión que buscamos en el presente trabajo: que por representar necesidades elementales de la persona y valores fundantes del orden jurídico, los derechos sociales son oponibles –como afirmaba Leissner- frente a todos (Estado y particulares).

Entonces, para avanzar a la tesis que se sostiene en el presente trabajo es preciso efectuar una caracterización adecuada de los derechos sociales, confrontando directamente la postura que los distingue de los derechos civiles y políticos y, sobre todo, brindando una fundamentación adecuada de su carácter de derechos fundamentales, con los que deben compartir todas sus propiedades esenciales, aún con los matices que sean necesarios.

La distinción entre derechos civiles y políticos (derechos de libertad, derechos liberales o derechos de primera generación) y derechos sociales (derechos de igualdad o derechos de segunda generación) empezó a gestarse a partir de la publicación en 1950 del libro de Thomas Humphrey Marshall, *Citizenship and social class*, donde el sociólogo inglés haría una descripción histórica de la evolución progresiva de los derechos, relacionándola directamente con la ampliación del concepto de ciudadanía. Así, los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales corresponderían a distintas exigencias de ampliación de la ciudadanía, que se fueron construyendo entre las reivindicaciones políticas e ideológicas de ciertos grupos y las condiciones sociales y económicas en las cuales se desarrollaba el Estado¹⁵⁷. Como ha dicho Gerardo Pisarello, si bien la reconstrucción histórica de Marshall es rica en matices, su trabajo ayudó a adoptar una cierta idea *generacional* de los derechos, que toscamente entendida podía llevar a asumir que los derechos sociales eran derechos secundarios por ser derechos de aparición posterior a los derechos civiles y políticos. Así pues, el argumento iba dibujándose en el sentido siguiente: como los derechos sociales llegaron después, su atención debe ser también posterior, esto es, luego de satisfechos los derechos civiles y políticos¹⁵⁸.

¹⁵⁷ MARSHALL, T. H.: *Ciudadanía y Clase Social*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

¹⁵⁸ Por otro lado, este autor, también plantea la idea de que la visión generacional de los derechos induce a pensar, erróneamente, que los derechos sociales son fruto de una natural e inevitable evolución histórica, percepción que soslaya los innumerables conflictos y batallas ideológicas, sociales y políticas que supusieron su reconocimiento jurídico. Esta forma simplista de plantear la historia de los derechos, deja de lado pues los avances y retrocesos en el proceso de juridificación de los derechos, las exclusiones y las discriminaciones que afrontaron grandes sectores de la población en su disfrute, y las motivaciones ideológicas, políticas, sociales y económicas que estuvieron detrás de la oposición a su reconocimiento y, en todo caso, de su positivización. PISARELLO, Gerardo: *Los derechos sociales y sus garantías*, op. cit., pp. 19-36. Para una historia de los derechos sociales puede verse MONEREO ATIENZA, Cristina: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, op. cit.; PECES-BARBA, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 7 y ss.; PECES-BARBA, Gregorio: “Los derechos

En segundo lugar, la distinción se acentuó y pasó a ser un tópico, a partir de la adopción separada que la comunidad internacional haría del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966, producto de la fuerte tensión ideológica que se registraba en pleno auge de la guerra fría. Como ha sostenido Gerardo Pisarello, “la ratificación de uno u otro [pacto] llegó a plantearse incluso como una prueba de fe ideológica: o se optaba por los derechos civiles y políticos, y con ello por la libertad, o se estaba con los derechos económicos, sociales y culturales, y con ello con la igualdad”¹⁵⁹.

Pero la distinción, y con ello la valoración atenuada de los derechos sociales como “cláusulas programáticas” o como meros “principios rectores” de la política social, frente al pleno carácter jurídico de los derechos civiles y políticos, ha sido marcada sobre todo por la crítica permanente que determinado sector del liberalismo (el denominado liberalismo conservador o libertarismo)¹⁶⁰ ha efectuado sobre cualquier tipo de intervención estatal en nombre de la “justicia social”. Así, uno de los principales exponentes de dicha doctrina, Friedrich August von Hayek, en su obra *Derecho, Legislación y Libertad. El espejismo de la justicia social* (1976)¹⁶¹, criticaría la existencia de estos derechos por encontrarse sustentados en un “absurdo” concepto de *justicia social*, no solo incorrecto desde un punto de vista lógico, sino contrario a la libertad y a los fines eficientistas del mercado, conducente finalmente a un “camino de servidumbre”:

“Estimo ahora... que quienes emplean [habitualmente la frase ‘justicia social’] no saben lo que con ella pretenden decir, sino que más bien la usan como simple aserto que les permite formular pretensiones que carecen por completo de justificación. La expresión misma carece totalmente de sentido, suscita una especie de fe religiosa [que] carece de fundamento, su utilización es de carácter ilógico y fraudulento, es una superstición que ha llegado a convertirse casi en una nueva religión de nuestro tiempo, a pesar de que no es más que un vano sortilegio. Es un “espejismo”, un “señuelo”, una superstición comparable a la “creencia en las brujas o en los espíritus”. No se trata de una cuestión relativa al error sino al absurdo. Es como aludir a la “moralidad de una piedra”. En todo caso, no tiene sentido en una sociedad libre... En una sociedad de hombres libres, a quienes se les permite orientar sus conocimientos hacia el logro de sus propios fines, la expresión ‘justicia social’ carece por completo de

económicos, sociales y culturales: Apuntes para su formación histórica”, en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III. Volumen I. Libro II: Siglo XIX. La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 423 y ss.; DE LUCAS MARTÍN, Javier: “Condorcet: La lucha por la igualdad en los derechos”, en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II. Volumen II: Siglo XVIII. La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 301 y ss.; FARIÑAS DULCE, María José: “El origen de los derechos de los trabajadores: Las Internacionales Obreras”, op. cit. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: “Los derechos humanos en el socialismo de la segunda internacional”, en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III. Volumen II. Libro I: Siglo XIX. La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 975 y ss.

¹⁵⁹ PISARELLO, Gerardo: *Los derechos sociales y sus garantías*, op. cit., p. 42.

¹⁶⁰ Para una descripción de los postulados de este tipo de liberalismo puede verse GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, op. cit., pp. 45-67.

¹⁶¹ Otros exponentes principales de esta corriente son, en el ámbito económico Ludwig von Mises con su trascendental obra *La acción humana. Tratado de Economía*, Sopec, Madrid, 1968 (obra publicada originalmente en 1949), Milton Friedman, con sus obras *Capitalismo y libertad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1966, y *Libertad de elegir: Hacia un nuevo liberalismo económico*, Grijalbo, Barcelona, 1980; y, en el terreno de la teoría legal, Robert Nozick con su clásico trabajo *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

significado.... Sólo cabe dar significado al concepto de ‘justicia social’ en una economía dirigida o de ‘mando’ (como sucede en el caso del ejército), en la que se le ordene al individuo lo que debe hacer. Cualquier concepción concreta de la ‘justicia social’ sólo puede plasmarse en un sistema centralizado del tipo aludido. No puede hablarse de “injusticia” si nadie es responsable o culpable de la misma... Nuestras quejas sobre la injusticia de los resultados del mercado en modo alguno implican que alguien haya actuado de manera culpable o injusta. No existe contestación a la pregunta: ¿quién es el que ha sido injusto? No existe individuo o grupo alguno contra el que quienes sufren deban dirigir sus quejas, y no cabe concebir regla alguna de recto comportamiento individual que pueda simultáneamente asegurar el orden y soslayar tales distorsiones. En sentido estricto, tan sólo la conducta humana puede ser calificada de justa o injusta. La aplicación de estos términos a concretas situaciones sólo puede cobrar significado en la medida en que resulte lícito suponer que alguien sea directa o indirectamente responsable de que dichas realidades se produzcan. Un mero hecho o un conjunto de circunstancias que nadie pueda modificar podrán ser buenos o malos, pero no justos o injustos. Aplicar los citados términos a realidades distintas del humano comportamiento o a las normas por las que el mismo se rige, implica el empleo de categorías erróneas.... La naturaleza no puede ser justa ni injusta. Las normas de justicia distributiva no pueden ser aplicadas equitativamente. Son más bien normas que regulan la conducta de unos superiores con sus subordinados. En la medida en que la fe en la “justicia social” domine la acción política, tal proceso deberá necesariamente conducir a un sistema totalitario. [Al gobierno en una sociedad libre] no le es dable señalar la posición material a disfrutar por determinados individuos, ni obligar al cumplimiento de la justicia distributiva o social”¹⁶².

Aunque pocos aceptan hoy, por lo menos en el plano teórico, esta visión nulificante de las tareas que le compete al Estado en relación con el bienestar general o la justicia social, y, por tanto, se ha asumido de modo muy general el compromiso que éste tiene con los derechos sociales; también es cierto, que producto del triunfo del liberalismo al final de la guerra fría, los derechos de libertad (sobre todo los que sirven a la economía de mercado como la libertad contractual, la libertad de empresa, la seguridad jurídica y el derecho de propiedad) han vuelto a cobrar preponderancia en relación con los derechos sociales, los que más bien han sido objeto de recortes, políticas de focalización y privatizaciones, que han incidido nuevamente en su devaluación política y normativa. En efecto, como ha afirma Gerardo Pisarello, “la crisis de los Estados sociales tradicionales, sumada a la expansión de la globalización neoliberal [ha favorecido] la permanencia de la contraposición tradicional, aunque el fiel de la balanza experimentó una inclinación decisiva. Así, la primacía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos sociales se convirtió, sobre todo, en preferencia por los derechos patrimoniales, comenzando por la propiedad privada y la libertad de empresa. De ese modo, la contraposición real que venía a plantearse no era simplemente la que oponía libertad e igualdad, sino la que pretendía oponer libertades civiles y patrimoniales, por un lado, a igualdad social, por otro”¹⁶³.

La estrategia de distinguir a los derechos civiles y políticos de los derechos sociales, con el objeto de restarles a estos últimos plena eficacia jurídica, si bien tiene un claro origen ideológico, ha seguido diversas rutas que será preciso analizar

¹⁶² HAYEK, Friedrich: *Derecho, legislación y libertad*, Vol. II. El espejismo de la justicia social, Traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, 1979, pp. 1-164.

¹⁶³ PISARELLO, Gerardo: *Los derechos sociales y sus garantías*, op. cit., p. 42.

detenidamente a efectos de examinar si esta categoría de derechos comparte las mismas propiedades esenciales que caracterizan a los derechos fundamentales en general.

Los argumentos que sustentan la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, y que presentan a los primeros como verdaderos *derechos* y a los segundos solo como *principios rectores*, pueden presentarse, de modo concatenado, más o menos como sigue: Los derechos civiles y políticos son derechos que corresponden a obligaciones estatales de “*no interferencia*”, que por lo mismo exigen solo la delimitación de aquello que cabe dentro del margen de *libertad* de la persona, quedando prohibida por tanto la intervención en dicho ámbito; es decir, son derechos cuya posición definitiva en cada caso supone *una* sola posible conducta: la no realización de aquello que se encuentra prohibido. Por su parte, los derechos sociales al consistir en obligaciones *positivas* por parte del Estado, su delimitación es mucho más compleja, dado que los fines y objetivos señalados por el derecho (educación de calidad, equidad en salud, vivienda adecuada, etc.) pueden ser cumplidos a través de *diversas* líneas de acción, políticas o prestaciones. Por esta razón, las obligaciones que se derivan de los derechos sociales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, son *indeterminables* a través de procedimientos normativos, siendo su concreción un asunto de absoluta discrecionalidad *política*. Además, el cumplimiento de los derechos sociales, en relación con la tutela de los derechos civiles y políticos, exige erogación de recursos económicos al Estado, por lo que dependen de la *disponibilidad presupuestaria* de éste. La priorización de los gastos en políticas sociales, al igual que las formas de diseño y ejecución de dichas políticas, es también un asunto de entera discrecionalidad de la política, por lo que la concreción de los derechos sociales tampoco puede estar ajustada, por esta razón, a procedimientos de tipo jurídico. De todo esto se deduce que los derechos sociales solo podrían constituir principios rectores muy generales de política social, dirigidos exclusivamente a los órganos estatales encargados de desarrollar dichas políticas, pero en ningún caso obligaciones jurídicas concretas y determinadas, ni menos *derechos subjetivos* de los ciudadanos a reclamar prestaciones cuyo otorgamiento depende exclusivamente de una “voluntad política”. Adicionalmente a ello, la caracterización de los derechos sociales como “derechos subjetivos” supondría la posibilidad de su *judicialización*, lo cual no solo resulta extremadamente difícil (dado que los jueces no se encuentran preparados, ni técnica ni institucionalmente, para afrontar cuestiones de política pública), sino que sería atentatorio de las competencias asignadas a la política para la definición de estos asuntos y contraproducente para la búsqueda de la *igualdad sustantiva* que está en el corazón de los derechos sociales (puesto que permitiría que una persona consiga en la vía judicial aquello que le es denegado a un amplio grupo de personas en la práctica).

En suma, los derechos sociales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, serían indeterminables, programáticos y costosos, lo que redundaría en que no puedan reconducirse a derechos subjetivos jurídicamente exigibles: los derechos sociales no serían, en consecuencia, derechos, sino solo principios rectores de política social.

A continuación vamos a desarrollar estas críticas, por separado, a efectos de evaluar su plausibilidad o no.

1.1. La crítica de la indeterminación.

Esta crítica alude –como ya dijimos- a que los derechos sociales, al consistir en *normas-fin*, que se concretizan a través de prestaciones positivas que pueden ejecutarse de diversas formas (a diferencia de los derechos civiles y políticos que constituyen *normas de conducta* negativas concretizadas en la forma de mandatos específicos de abstención o no interferencia), sufren de una estructural falta de determinación que afecta la posibilidad de su configuración normativa como derechos subjetivos. Esta crítica, sin embargo, se encuentra afectada de distintas maneras.

1.1.1. Sobre la similitud estructural entre derechos sociales y derechos civiles y políticos

En primer lugar, por la constatación ya común en la doctrina de que ni los derechos civiles y políticos son necesariamente “derecho a no hacer” ni los derechos sociales son siempre “derechos a prestaciones positivas”. Así, se ha dicho que los derechos sociales participan también en distintos grados de la misma estructura que los derechos civiles y políticos y su protección se corresponde con distintas obligaciones deónticas, equiparables a las que corresponde a los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, cuando aludimos al *derecho a la propiedad* –típicamente civil y liberal-, no podemos afirmar que su contenido o ámbito normativo se reduzca únicamente a una obligación de respeto por parte de los poderes públicos, esto es, a una obligación de “no hacer” nada que afecte la propiedad de una persona. Por el contrario, el contenido de este derecho se complementa con las obligaciones del Estado de proveer un sistema de seguridad registral que la garantice de un modo más adecuado, así como con un sistema de seguridad ciudadana que la proteja de las afectaciones de terceros y, finalmente con un sistema de justicia que permita su protección ante una circunstancia de litigiosidad. En suma, obligaciones todas que implican *acciones positivas* y no sólo *negativas* por parte del sujeto obligado por el derecho.

Del mismo modo, un derecho típicamente social, como el derecho a la salud, puede igualmente ostentar distintos niveles de protección que vayan desde posiciones de defensa hasta posiciones estrictamente prestacionales. En este sentido, este derecho conlleva no sólo la obligación estatal de proveer centros médicos adecuados para el acceso de los ciudadanos a este servicio esencial, sino que también conlleva la obligación del Estado de no generar situaciones que puedan poner en riesgo la salud de la población, como el caso de la autorización de concesiones, instalaciones o proyectos que puedan ser perjudiciales para la salud (obligación de respeto).

En este contexto, tempranamente el profesor americano Henry Shue, en su artículo “Los derechos a las luz de sus obligaciones” (1979), propondría un esquema interpretativo según el cual a cada derecho, independientemente de su condición de derecho civil, político o social, le corresponde distintos niveles de obligaciones, que pueden clasificarse en: obligaciones de respeto, obligaciones de protección, obligaciones de garantía y obligaciones de promoción. Esta clasificación, a su vez, ha sido adoptada y adecuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que la recoge por primera vez en la Observación General N° 12 sobre “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)”, adoptada en el 20° período de sesiones (1999). De acuerdo a esta Observación General (OG), las obligaciones de los Estados parte con los derechos económicos, sociales y culturales son las siguientes:

“15. El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *realizar*. A su vez, la obligación de *realizar* entraña tanto la obligación de *facilitar* como la obligación de *hacer efectivo*. La obligación de *respetar* el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La obligación de *proteger* requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La obligación de *realizar* (*facilitar*) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de *realizar* (*hacer efectivo*) ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole.

16. Algunas de las medidas a estos distintos niveles de obligación de los Estados Partes tienen un carácter más inmediato, mientras que otras tienen un carácter de más largo plazo, para lograr gradualmente el pleno ejercicio del derecho a la alimentación”.

Esta configuración compleja de las obligaciones que se desprenden de los derechos humanos, reconducibles algunas a obligaciones negativas y otras a obligaciones positivas que se dirigen indistintamente a cualquier clase de derechos, ha tenido la virtud de destacar la *interdependencia e indivisibilidad* que existe entre todos los derechos humanos. Así, por ejemplo, no solo se ha dicho que el derecho a la educación es un derecho esencial para el adecuado ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad o la participación política, sino que también se ha puesto de relieve la importancia del derecho a la libertad de elección, a la participación, libertad de expresión y acceso a la justicia para la prestación adecuada del derecho a la salud. En dicha línea, se ha destacado que la libertad de elegir planes de vida o de participar en la política sin una educación de calidad se convierte simplemente en derechos sin contenido ni sustancia, que aporten realmente a la búsqueda de la autonomía personal y política implícitas en el reconocimiento de dichos derechos. Por su parte, políticas de salud paternalistas, verticales, diseñadas sin escuchar las voces de sus beneficiarios, o sin posibilidad de ser controladas o impugnadas por los usuarios del servicio, son simplemente atentatorias del principio de autonomía personal y política que también son la base de las políticas de salud.

En conclusión –y como ya se adelantó– la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales sobre la base del tipo de obligaciones que contienen no solo es incorrecta, desde un punto de vista estructural, sino que resulta inconveniente para apreciar los distintos matices en obligaciones, violaciones y responsabilidades que se derivan de cualquier tipo de derechos, así como la interdependencia que debe asumirse al momento de diseñar las políticas que posibiliten su disfrute adecuado y efectivo.

Esta línea de consideraciones nos lleva a descartar o relativizar esta visión simplista de la distinción entre derechos sociales y derechos civiles y políticos¹⁶⁴, quedando solo una diferencia de *grado* entre estas categorías de derechos, según el mayor peso que las obligaciones de defensa o prestación tengan en el derecho en cuestión¹⁶⁵. Como ha sostenido María José Añón:

“[...] si diseccionamos cada uno de los derechos y los ordenamos atendiendo a las obligaciones positivas y negativas que generan, observaremos que todos constituyen una línea continua y que quedan intercalados los derechos que ahora aparecen situados en uno u otro grupo. Sin mayores precisiones podemos afirmar que probablemente junto con los derechos de libertad encontraremos el derecho de huelga o de sindicación y al final encontraremos junto a derechos como salud o educación, el derecho al debido proceso o tutela judicial efectiva y desde luego el derecho a la vida. De todo ello cabe concluir que las diferencias entre los derechos civiles y políticos, de un lado, y sociales, de otro, no se encuentran en un plano lógico-deóntico, ni en la estructura de los derechos, ni en su “naturaleza”, sino en planteamientos de orden político”¹⁶⁶.

No obstante, el problema de la indeterminación de los derechos sociales no se supera con asumir que los derechos civiles y políticos también ostentan obligaciones de actuación positiva y que, por tanto, también estos derechos constituirían, en dichos casos *normas-fin*. Si una parte importante de las obligaciones, aunque no las únicas de los derechos sociales tienen que ver con obligaciones positivas o lo que Alexy denomina “derechos a prestaciones en sentido amplio” (que incluyen los derechos a protección, los derechos a organización y procedimiento, y los derechos a prestaciones en sentido estricto), entonces la cuestión trascendente tiene que ver

¹⁶⁴ Sobre la superación o relativización de esta clásica distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales han incidido HIERRO, Liborio: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, op. cit., pp. 171 y ss.; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 21-37; CARBONELL, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – Trotta, Madrid, 2005, pp. 190-192; RUIZ MIGUEL, Alfonso: “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa*, N° 15-16, 1994, pp. 651 y ss.; GOMES CANOTILHO, Joaquín: “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 1, septiembre-diciembre de 1998, pp. 239 y ss.; ALVITES, Elena: “Igualdad y derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado social y democrático”, en *El derecho fundamental de igualdad*, Susana Mosquera Monelos (Coordinadora), Universidad de Piura – Palestra, Lima, 2006, pp. 162 y ss.

¹⁶⁵ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 23-25.

¹⁶⁶ AÑÓN ROIG, María José: “El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada, dos caras de una misma moneda”, en *Derechos Sociales. Instrucciones de usos*, V. Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis (Compiladores), Fontamarrá, México, 2006, p. 120.

con la forma cómo pueden concretarse las normas-fin o normas principio¹⁶⁷ que contienen los derechos sociales (o también los derechos civiles y políticos) en mandatos determinados para las autoridades políticas.

Esta dificultad en la posibilidad de derivar mandatos de normas-fin como “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud” (art. 9 de la Constitución), o de normas-principio como “Todos tienen derecho a la protección de su salud...” (art. 7 de la Constitución), encierra, a su vez, dos problemas específicos: i) en primer lugar, qué se debe entender por “equidad en salud”, “educación de calidad”, “vivienda adecuada”, “alimentación adecuada”, etc.; y ii) en segundo lugar, cuáles son los mandatos específicos que se derivan de dichas normas-fin, concretizadas como derechos subjetivos.

1.1.2. Sobre la textura semánticamente abierta de los derechos sociales

Con relación al problema de la textura semánticamente abierta de los términos que acompañan a los derechos sociales (“adecuado”, “equitativo”, etc.) puede decirse que este problema afecta no sólo a los derechos que contienen obligaciones positivas, sino a cualquier clase de derecho. Así por ejemplo, cuando se habla del derecho de acceso a la información pública o el derecho a un proceso debido, los términos “pública” y “debido” son términos que necesariamente deben completarse mediante la interpretación. Dicha interpretación puede ser llevada a cabo por la legislación, por los tribunales nacionales e incluso por órganos de interpretación especializados supranacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para el caso de los derechos sociales. Estas propiedades anexas a los derechos fundamentales tienen, además, una naturaleza *expansiva*, que se deriva de la propia definición de los derechos como *mandatos de optimización*, por lo que la interpretación debe ser vista en estos casos –como dijéramos antes–, más que como un defecto de vaguedad de la norma ius-fundamental, como una oportunidad para la actualización de las exigencias ius-fundamentales.

El derecho internacional de los derechos humanos, la dogmática constitucional y la jurisprudencia de distintas cortes y tribunales han avanzado mucho, por lo demás, en la definición de lo que debemos entender por “derecho a una educación obligatoria y gratuita”, “derecho a una alimentación adecuada”, “derecho al más alto nivel posible de salud” o “derecho a una vivienda adecuada”, entre otras categorías. Así, especificaciones sobre los objetivos que deben alcanzarse con estos derechos han sido considerados en la OG N° 4 sobre “El derecho a una vivienda adecuada”, la OG N° 7 sobre “El derecho a una vivienda adecuada: Los desalojos forzosos”, la OG N° 12 sobre “El derecho a una alimentación adecuada”, la OG N° 13 sobre “El derecho a la educación”, la OG N° 14 sobre “El derecho al disfrute del nivel más

¹⁶⁷ Sobre la distinción entre normas-fin o directrices y normas-principio vid. RUÍZ MANERO, Juan: “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, en ATIENZA, Manuel y Juan RUÍZ MANERO: *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2009, pp. 87 y ss.

alto posible de salud” y la OG N° 15 sobre “El derecho al agua”. En la mayoría de estas observaciones generales se destacan como componentes de la referida adecuación: la disponibilidad, la accesibilidad (material, económica y sin discriminación), la adaptabilidad, la calidad y la aceptabilidad. Cada uno de estos componentes tiene, adicionalmente, algunas especificaciones, según el derecho de que se trate¹⁶⁸.

Por último, incluso estos componentes más delimitados pueden ser, a su vez, objeto de una especificación mucho más detallada, por medio de las variables aportadas por los llamados “*indicadores de derechos humanos*”. La importancia de indicadores específicos de derechos humanos, en la *medición* del cumplimiento de los objetivos impuestos por los derechos, viene siendo ampliamente destacada, tanto en el ámbito internacional¹⁶⁹, como a nivel de la doctrina¹⁷⁰ y la jurisprudencia comparadas¹⁷¹: exigencias normativas de los derechos tan *específicas* como los aspectos de calidad, aceptabilidad cultural y no discriminación en la prestación de los servicios, sólo pueden ser captados –se ha dicho– por indicadores con un *marco conceptual* de derechos humanos, que no posee el conjunto de “indicadores sociales” que sólo se concentran en la medición de cuestiones más generales como la cobertura del servicio y la cantidad de recursos aportados al cumplimiento de estos objetivos¹⁷². Aunque estos últimos componentes de los derechos también son esenciales para evaluar el esfuerzo que está haciendo el Estado para mejorar la realización de los derechos y saber si se está cumpliendo o no con el mandato establecido en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que prescribe que el Estado debe utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la vigencia efectiva de los derechos sociales); la importancia de los componentes más específicos de derechos humanos es central, pues permite saber si las políticas que ha diseñado el Estado para satisfacer los derechos sociales son acordes con los estándares de adecuación, calidad, aceptabilidad, transparencia, no discriminación, etc. exigidos por las normas de derecho fundamental (“vivienda adecuada”, “equidad en salud”, “educación de

¹⁶⁸ En nuestro país, por ejemplo, en lo atinente al principio de *equidad sanitaria* contenido en el artículo 9 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha efectuado una amplia descripción de sus componentes esenciales, ayudando a especificar mucho más sus exigencias. STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 34.

¹⁶⁹ Vid. al respecto los “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II.132), de 19 de julio de 2008). Específicamente para el caso del derecho a la salud: “Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (A/58/427, de 10 de octubre de 2003) e “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (E/CN.4/2006/48, de 3 de marzo de 2006).

¹⁷⁰ Vid. ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (Compiladores): *La medición de derechos en las políticas sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2010.

¹⁷¹ Autos de Seguimiento de la Corte Constitucional de Colombia 109/2007, 233/2007 y 116/2008, emitidos en seguimiento a la Sentencia T-025/04.

¹⁷² PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo: “¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito (Coordinadores), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS y Red (Latino) Americana y Europea de Derechos Humanos – LAEHR, Bogotá, 2010, pp. 463 y ss.

calidad”, etc.) y que se relacionan directamente con los valores o necesidades que las justifican.

Así por ejemplo, indicadores como “el porcentaje de estudiantes que obtienen un 70% o más de respuestas correctas en las pruebas estandarizadas de **competencias básicas**”¹⁷³ se relaciona directamente con la idea de que el objetivo buscado por el derecho a la educación no es meramente la impartición de conocimientos con despreocupación de la forma cómo dichos conocimientos sirven o son recepcionados por los alumnos, sino que la educación sirve para la creación de competencias básicas relacionadas directamente con las *capacidades* que deben adquirir los alumnos a efectos de maximizar su *autonomía* en una diversidad de sentidos trascendentes. De este modo, no solo queda más delimitada la norma-fin que recoge el derecho a la educación (educación de calidad es educación que permite desarrollar competencias básicas en los estudiantes), sino que, como veremos a continuación, se produce una forma de controlar la adecuación de las políticas a los objetivos fijados por el derecho social.

1.1.3. Sobre las obligaciones dimanantes de los derechos sociales y el test de razonabilidad de la Corte Constitucional de Sudáfrica

En cuanto a la posibilidad de derivar mandatos concretos de las normas de derechos sociales, el cuestionamiento radica en que los objetivos antes referidos pueden cumplirse de diversas maneras, por lo que no cabe derivar *directamente* de las referidas normas, *prescripciones jurídicas* que valgan como obligaciones o como derechos subjetivos. En todo caso, las referidas normas de derechos sociales solo actuarían como principios rectores sobre las autoridades políticas, pero no como prescripciones que den origen a una obligación o un derecho subjetivo *definitivo*. Como ha sostenido Ruiz Manero para referirse a la distinción entre un principio en sentido estricto (norma de acción) y una directriz (norma de fin):

“[En los principios en sentido estricto], las prohibiciones y obligaciones concluyentes no pueden más que cumplirse o incumplirse. No hay una tercera posibilidad; no hay modalidades graduables de cumplimiento. Las cosas son distintas si lo que examinamos son las **directrices o normas programáticas**, entendiendo por tales las normas que establecen la obligatoriedad de perseguir determinados objetivos colectivos, esto es, de maximizar ciertos rasgos o propiedades del mundo social. Por ejemplo, la disposición constitucional que ordena que la política económica esté orientada al pleno empleo. De acuerdo con lo que sosteníamos en *Las Piezas*, estas normas deben reconstruirse como no conteniendo, en su antecedente, más que el que haya una oportunidad de realizar la conducta ordenada en el consecuente (contribuir a maximizar el pleno empleo). Esta conducta ordenada en el consecuente presenta, por su parte, cuatro rasgos importantes. Primero, no se trata de una acción, sino de un estado de cosas que puede mantener relaciones causales con acciones muy

¹⁷³ Este indicador, junto con una propuesta muy detallada de indicadores para todos los derechos sociales, aparece en PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo: “¿Es posible medir los derechos?”, op. cit. pp. 499 y ss. Vid. también la propuesta de BALARDINI, Lorena, ROYO, Laura y Florencia WAGMAISTER: “La puesta en práctica de los estándares internacionales: la construcción de indicadores para la evaluación del cumplimiento del derecho a la vivienda adecuada”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, op. cit. pp. 523 y ss.

heterogéneas entre sí: puede fomentar el pleno empleo mediante políticas salariales, comerciales, educativas, fiscales, de función pública, etc. Segundo, estas acciones, a su vez, pueden mantener relaciones causales asimismo muy heterogéneas con estados de cosas de cosas ordenados por directrices diversas: cierta política fiscal puede, de entrada, contribuir a fomentar el pleno empleo, pero contribuir a deteriorar la estabilidad económica, estado de cosas al que apunta otra directriz constitucional. Tercero, la propiedad que caracteriza al estado de cosas ordenado por cada directriz es una propiedad graduable y lo ordenado es maximizar tanto como sea posible esa propiedad, trazando políticas que articulen la procura de esa maximización con la procura de la maximización de las propiedades caracterizadoras de los estados de cosas cuya persecución ordenan otras directrices. Cuarto, ese deber de maximización no es un deber meramente *prima facie*, sino concluyente. De forma que la necesidad de deliberación, común a todos los principios, se plantea de forma distinta según que se trate de principios en sentido estricto o de directrices: en el primer caso, se trata de determinar la prevalencia o no del principio bajo consideración en relación con otros principios eventualmente concurrentes; determinada esa prevalencia, el principio en cuestión exige un cumplimiento pleno; en el segundo caso, se trata de diseñar y llevar a cabo políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices”¹⁷⁴.

La idea de Ruiz Manero de que las directrices o normas programáticas (que según se desprende de la caracterización efectuada se refiere a los derechos sociales), solo fijan “posibilidades de acción”, mas no mandatos que puedan aplicarse definitivamente, resulta correcta sólo en cierto sentido. Y es que, efectivamente, las normas que reconocen derechos sociales establecen directivas generales que dejan márgenes de discrecionalidad a los órganos políticos en varios sentidos: i) en primer lugar, en las formas que se escogen para alcanzar el objetivo ordenado por el derecho social (discrecionalidad en la elaboración de políticas públicas), ii) en la prioridad que se asigna a un objetivo sobre otro, tanto entre los distintos objetivos que deben alcanzarse en cumplimiento de un derecho social, como entre los objetivos que suponen diversos derechos sociales; iii) en los momentos y tiempos en que se va a realizar progresivamente los objetivos ordenados por el derechos social; y iv) en las poblaciones a las que prioritariamente se va a dirigir la política pública implementada para satisfacer el derecho social.

La discrecionalidad reconocida en estos cuatro ámbitos se sustenta en el hecho de que la determinación de estas cuestiones depende de aspectos técnicos y presupuestales, cuya competencia corresponde a los órganos políticos; pero también de aspectos valorativos que también corresponde definir a los órganos de representación popular, en aplicación del principio democrático. Sin embargo, esta discrecionalidad no es absoluta, y no sólo por la razón jurídica (muchas veces cargada de retórica) de que una vez incorporados en la Constitución los derechos sociales, como todo derecho fundamental, constituyen límites al poder de configuración democrática o política, sino por la razón *epistémica* de que en efecto pueden establecerse, de modo objetivo, límites a dicho poder discrecional. La posibilidad de imposición de estos límites significa que los derechos sociales son pasibles de contener mandatos específicos, derivables directamente de la Constitución y aplicables de modo definitivo. Estos mandatos, a su vez, son los que conforman la estela de posiciones jurídicas adscribibles al derecho fundamental

¹⁷⁴ RUÍZ MANERO, Juan: “Principios, objetivos y derechos”, op. cit., pp. 92-94.

social en cuestión, lo que en el lenguaje de nuestro Código Procesal Constitucional se denomina el “*contenido constitucionalmente protegido*” del derecho.

Una de las primeras formas como queda limitada la discrecionalidad de las autoridades políticas en el cumplimiento de las normas que contienen los derechos sociales se desprende del propio razonamiento desarrollado por Ruiz Manero. En efecto, como el profesor español ha sostenido “estas normas deben reconstruirse como no conteniendo, en su antecedente, más que el que haya una **oportunidad** de realizar la conducta ordenada en el consecuente (contribuir a maximizar el pleno empleo)”. Dicha oportunidad no podrá presentarse, como es lógico, si no existe ningún plan destinado a cumplir con el objetivo contenido en el derecho social. Como ejemplificábamos en un trabajo anterior:

“En nuestro país, por ejemplo, año tras año se vienen sucediendo fuertes temporadas de friaje en la sierra sur, con la consecuente muerte de muchos pobladores de esas zonas, en especial niños y ancianos, que perecen afectados por enfermedades respiratorias y deficiente alimentación. No obstante ser ésta una situación hartamente anunciada y reiterada, ninguna solución se ha dado al respecto, ni desde los gobiernos locales o regionales, más cercanos al problema, ni desde el gobierno nacional. No ha sido incorporado al debate en el parlamento, ni se ha implementado en el ejecutivo plan de contingencia alguno, que aborde, entre otras cosas, la adecuación de las viviendas de dichas zonas para enfrentar el friaje, la provisión de alimentos ante el decaimiento de la agricultura y la ganadería en esa época del año, o la deficitaria atención sanitaria brindada en estas localidades”¹⁷⁵.

Otra forma como queda limitada la discrecionalidad de las autoridades políticas al momento de determinar la “**oportunidad** de realizar la conducta ordenada en el consecuente”, es la evaluación de que en efecto dicha oportunidad sea real y conduzca, de modo objetivo, a la realización del consecuente contenido en la directriz (satisfacción del derecho social). Esta evaluación se considera hoy igualmente posible gracias al desarrollo efectuado por la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el ámbito del control de las políticas públicas. En efecto, en el *caso Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (sentencia de 4 de octubre de 2000)¹⁷⁶, la corte africana delineó el llamado “**test de razonabilidad**” con la finalidad de determinar si la política pública dispuesta se encontraba razonablemente orientada a la satisfacción de las exigencias derivadas de un derecho social. Así, este *test* contiene determinados supuestos que, fuera del margen de discrecionalidad mencionado líneas arriba, sí pueden ser evaluados objetivamente y supondrían, por lo mismo, parte del ámbito constitucional directamente protegido del derecho social. Dichos supuestos son:

¹⁷⁵ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y Jose Miguel ROJAS BERNAL: “Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales”, en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Gerardo Eto Cruz (Coordinador), Centro de Estudios Constitucionales - Adures, Arequipa, 2011, p. 412.

¹⁷⁶ La traducción al español de la sentencia completa puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.calp.org.ar/uploads/af26853dd06b64ead16eefcbebe5330a.pdf>. Comentarios a esta sentencia en ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana”, en *Jueces para la democracia*, N° 40, 2001, pp. 71-75. También en BRAND, Danie: “El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 501 y ss.

- i) que las medidas dictadas sean comprensivas, en el sentido de abordar todos los aspectos críticos involucrados en la realización del derecho social, y coordinadas, en el sentido de establecer las autoridades competentes para su ejecución;
- ii) que las políticas cuenten con los recursos económicos y humanos necesarios para ser llevadas a cabo;
- iii) que las medidas adoptadas sean idóneas para la realización del derecho social y razonablemente diseñadas, en función de su implementabilidad;
- iv) que las medidas sean flexibles, para adaptarse a contextos de crisis económica o aumento de las necesidades poblacionales;
- v) que las medidas tengan en cuenta planes específicos cuando así lo requiera la protección de personas especialmente vulnerables o situadas en situación de privación extrema y en condiciones desesperadas;
- vi) que las medidas incorporen todos los aspectos del derecho, según las obligaciones constitucionales e internacionales vigentes;
- vii) que las medidas sean transparentes, en el sentido de que sean adoptadas con conocimiento y, en su caso, participación, de las poblaciones directamente afectadas; además de contener indicadores de evaluación que permitan medir los avances y retrocesos de la misma y rendir cuentas a las autoridades responsables¹⁷⁷.

La sentencia del *caso Grootboom* ha tenido la virtud de sentar un antes y un después en la comprensión de la tarea que tienen las cortes en la tutela de los derechos sociales. Dicha sentencia y la posterior jurisprudencia de la Corte Constitucional sudafricana han determinado poderosamente el rumbo de la jurisprudencia de otras cortes constitucionales dedicadas ampliamente a la protección de estos derechos (como la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia argentina). El gran aporte de *Grootboom* consiste precisamente en establecer –en la línea de lo hasta aquí dicho–, que, dentro de los márgenes de discrecionalidad política con que cuenta el gobierno para determinar las medidas adecuadas de cara a satisfacer los derechos sociales, la Constitución impone unos límites determinados a la discrecionalidad de los órganos políticos, los que se derivan de ciertos parámetros de razonabilidad que deben ostentar las políticas públicas en un marco de derechos humanos. En dicha línea, corresponde a los jueces determinar si la política pública ha respetado los límites impuestos por el test de razonabilidad, pero –coherente con su línea argumental– la Corte sudafricana considera que compete a los propios órganos políticos definir el modo cómo remediar la desprotección del derecho social, por lo que la sentencia sólo contendrá una “declaración” de la violación ius-fundamental y algunas indicaciones de los aspectos en los que la política pública se muestra deficiente, sin “órdenes específicas” respecto a las políticas públicas a implementar por el Estado para remediar la violación. De este modo, la Corte reenvía la determinación de las medidas reparadoras a los órganos políticos correspondientes y encarga su supervisión a una Comisión de Derechos Humanos especializada. En síntesis, con

¹⁷⁷ ESPEJO YAKSIC, Nicolás: “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, op. cit. pp. 183-184.

esta nueva estructura de “sentencias dialógicas”, la Corte pretende respetar el margen de discrecionalidad política y la deliberación democrática, y al mismo tiempo hacer efectivas las obligaciones que impone directamente la Constitución en la elaboración de una política pública orientada a satisfacer los derechos sociales.

La Corte Constitucional de Colombia, que había registrado ya un avance importante en la judicialización de derechos sociales, sigue el camino trazado por la Corte Constitucional sudafricana, y transita de un modelo de control estricto en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los derechos sociales, a un modelo de control de la razonabilidad de las políticas públicas¹⁷⁸, en la línea de lo resuelto en el *caso Grootboom*. Así, la Corte colombiana, en la Sentencia T-760/2008 sobre el sistema de salud (31 de julio de 2008), también recoge determinados parámetros para la evaluación de la política pública, entendiendo su rol en la protección de los derechos sociales del siguiente modo:

“3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente.

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “*lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos.*”

En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas.

3.3.10. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional.

¹⁷⁸ En un trabajo anterior, planteamos cuatro modelos de construcción de sentencias para la tutela de derechos sociales: i) Sentencias restitutorias con protección individual (modelo de “un caso a la vez” o de protección minimalista planteado por Cass Sunstein); ii) Sentencias declarativas de control de políticas públicas con reenvío (modelo de *Grootboom*); iii) Sentencias de condena con órdenes específicas (modelo de “orden y control”); iv) Sentencias con implementación posterior (modelo experimental o dialógico, como en *Verbitsky*); y v) Sentencias con proceso de seguimiento (mezcla de modelo dialógico y de “orden y control” (como en el *caso del Desplazamiento Forzado en Colombia*). Vid. LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y Jose Miguel ROJAS BERNAL: “Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales”, op. cit. pp. 447-454.

3.3.11. La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, *cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla*.

3.3.12. La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”.

3.3.13. La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) ‘*que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan*’, o (ii) ‘*que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente*.’Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar.

3.3.14. En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”.

Por otro lado, la Corte colombiana asume, en principio, la orientación brindada por la Corte Constitucional de Sudáfrica, en cuanto al modelo de sentencias dialógicas que reenvían la reparación de la violación ius-fundamental a los órganos políticos correspondientes. Así, la Corte sostiene que: “En el caso en que el juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana” (Sentencia T-760/2008).

Sin embargo, asumiendo las críticas que se han hecho a este tipo de sentencias en lo referente a la falta de efectividad de las prescripciones establecidas por las cortes, dada la ausencia de un proceso de seguimiento a cargo del mismo ente jurisdiccional¹⁷⁹, la Corte colombiana dio un paso más en la procura de hacer

¹⁷⁹ Recordemos que en el *caso Grootboom*, la Corte sudafricana estableció que debía ser la Comisión de Derechos Humanos (una especie de Defensoría del Pueblo) la que efectúe el seguimiento de los lineamientos sentados en la sentencia. Por su parte, en Argentina, la Corte Suprema de Justicia, en el *caso Verbitsky* (sentencia de 3 de mayo de 2005) dispuso la creación de una “mesa de diálogo” entre autoridades y sociedad civil para la solución del grave problema de hacinamiento carcelario existente en la Provincia de Buenos Aires. Sobre el *caso Verbitsky* puede verse COURTIS, Christian: “El caso Verbitsky: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, en CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y

efectivos los mandatos impuestos por la Constitución en la elaboración de políticas públicas. Así, en el *caso del Desplazamiento forzado* (Sentencia T-025/2004, de fecha 22 de enero de 2004), si bien en un inicio la Corte estableció solo los principios que debían guiar la actuación del Estado, señalando las autoridades responsables de mejorar la situación de los desplazados por el conflicto armado interno; luego la Corte establece todo un “proceso de seguimiento” de su sentencia que ha resultado ser emblemático, como modelo de tutela efectiva de los derechos sociales. En efecto, la Corte colombiana dispuso la creación de una Sala Especial de Seguimiento, encargada de llevar a cabo “audiencias participativas”, en las que involucró no solo a las autoridades responsables y los representantes de las víctimas del desplazamiento, sino a diversas entidades de la sociedad civil, como ONGs y universidades, algunas de las cuales conformaron además una Comisión Especial de Seguimiento¹⁸⁰, que ha remitido valiosa información sobre el progreso en el disfrute efectivo de los derechos por parte de las víctimas del desplazamiento forzado. La Sala Especial de Seguimiento ha emitido también múltiples “autos de seguimiento”, donde ha delimitado aún más las obligaciones a cumplir por parte de las autoridades¹⁸¹, forzando un proceso de cambio estructural en el sistema de atención a las víctimas del desplazamiento, que ha durado ya más de 8 años¹⁸².

El proceso de seguimiento ha resultado ser una audaz innovación¹⁸³ y ha comprometido más que nunca a un órgano judicial en la reparación de una situación estructural de afectación de derechos sociales. Este mecanismo no solo ha permitido ensayar nuevas herramientas para el control judicial de las políticas públicas, *objetivando* cada vez más las obligaciones dimanantes de los derechos sociales, sino que se ha enfrentado vigorosamente a la crítica del carácter antidemocrático de dicho control. Como han dicho con acierto, César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, el tipo de jurisprudencia dialógica practicada por la Corte, más que ir contra la voluntad democrática de los órganos políticos competentes, busca “desbloquear” la inercia o negligencia política que está impidiendo el disfrute efectivo de

SOCIALES (CELS): *Colapso del sistema carcelario*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005, p. 113. Vid. también. LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y Jose Miguel ROJAS BERNAL: “Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales”, op. cit. pp. 424-428.

¹⁸⁰ Así, en noviembre de 2005 se crea la *Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado*, como una iniciativa social a favor del seguimiento de la sentencia T-025/04, la que es integrada por la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), la Corporación Viva La Ciudadanía, el Secretariado Nacional de Pastoral Social, la Facultad de Derecho de la Universidad Los Andes y la Organización Plan Internacional. Vid. al respecto de esta Comisión *Proceso Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada. Primer Informe a la Corte Constitucional*, Bogotá, enero 31 de 2008.

¹⁸¹ Entre estas obligaciones, la Corte en diálogo con las autoridades y entidades académicas autorizadas, ha establecido un sistema de monitoreo de indicadores de disfrute efectivo de derechos, que se ha constituido en uno de los aportes fundamentales de la Corte colombiana para la verificación del cumplimiento de los mandatos impuestos por los derechos sociales. Sobre este proceso de fijación de indicadores puede verse: UPRIMY YEPES, Rodrigo y Nelson CAMILO SÁNCHEZ: “Juzgar y medir. El uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana”, en *La medición de derechos en las políticas sociales*, op. cit., pp. 295 y ss.

¹⁸² RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coordinador): *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

¹⁸³ Este proceso se ha repetido en el *caso del sistema de salud* (Sentencia T-760/2008). Vid. los autos de seguimiento, audiencias y otros documentos en la siguiente dirección electrónica: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/SEGUIMIENTO%20EN%20SALUD/>.

derechos¹⁸⁴. Por otro lado, la Corte pretende justamente devolver el asunto del desplazamiento forzoso al *debate público*, involucrando en el proceso de seguimiento de la sentencia no solo a las autoridades responsables, sino, sobre todo, dando “voz” a las víctimas del desplazamiento y a la sociedad civil, en el control de la actividad estatal y en la búsqueda de formas de solución adecuadas; es decir, el proceso de seguimiento, busca abrir una nueva vía institucional para la consecución de un genuino procedimiento democrático.

En resumen, como han establecido César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco los efectos de la sentencia y de su proceso de seguimiento, en el *caso del Desplazamiento Forzado*, pueden resumirse en i) el *efecto creador*, de acuerdo al cual la sentencia convierte un problema, invisibilizado de otra manera, en un problema de derechos humanos; ii) el *efecto coordinador*, según el cual, a partir de la expedición de la sentencia los distintos órganos estatales que trabajaban aisladamente en la superación del problema, ahora se ven forzados a hacerlo coordinadamente, iii) el *efecto deliberativo*, generado por el diálogo abierto sobre la política de desplazamiento, iv) el *efecto institucional sobre la política pública*, dada la consideración de estándares e indicadores sobre derechos humanos en su elaboración, y v) el *efecto social*, sobre la propia población desplazada y la satisfacción efectiva de sus derechos¹⁸⁵.

Por último, el lenguaje que define las obligaciones dimanantes de los derechos sociales, al momento de la elaboración de la correspondiente política pública, a partir de la estructura del test de razonabilidad, creado por la Corte Constitucional sudafricana y seguido de cerca por la Corte Constitucional colombiana, ha sido incorporado al ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Resolución 63/117 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de fecha 10 de diciembre de 2008). En efecto, el Protocolo Facultativo prevé la posibilidad de que cualquier ciudadano de un Estado firmante del Pacto pueda presentar comunicaciones al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denunciado la violación de un derecho social, en cuyo examen el Comité actuará del siguiente modo:

“Artículo 8

Examen de las comunicaciones

4. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité considerará hasta qué punto son **razonables** las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto”.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional peruano ha adoptado también, recientemente, este esquema de interpretación de las obligaciones directamente emanadas de la Constitución, en la elaboración de las políticas públicas que

¹⁸⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, op. cit., pp. 362-365.

¹⁸⁵ Vid. ampliamente RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010.

satisfacen derechos sociales. Así, en el *caso sobre el Aseguramiento Universal en Salud* (sentencia de fecha 10 de abril de 2012)¹⁸⁶, el Tribunal peruano precisó:

“En este sentido, el Tribunal recuerda que aún cuando las *formas* o *medios* empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: i) en primer lugar, verificando la *existencia* de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de EsSalud; ii) en segundo lugar, controlando la realización de *acciones concretas* dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un *enfoque* de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de *indicadores de evaluación* de los programas y la *transparencia* en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de *participación* para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas.

Por tanto, aún cuando las autoridades políticas gocen de un amplio *margen de acción* en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces y tribunales controlar. En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal *impulsar, corregir* o *encaminar* el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar *graves* estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución” (STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 29).

La idea de que los derechos sociales solo constituyen normas programáticas o principios rectores de política social (directrices, en el lenguaje de Ruiz Manero y Atienza), dado que no se puede derivar de ellos ningún mandato específico, pues solo ordenan maximizar un “estado de cosas ideal” (objetivo o fin de la norma), queda desmentida por la práctica que han emprendido cortes constitucionales activistas como la sudafricana y la colombiana en el control de políticas públicas, por medio del recurso al denominado “test de razonabilidad”. Este tipo de control, respetando los márgenes de discrecionalidad de los órganos políticos en la fijación de los medios adecuados para alcanzar el objetivo ordenado por el derecho social, ha permitido imponer límites a dicha discrecionalidad, exigiendo una serie de requisitos a toda política pública para ser constitucionalmente adecuada. Así, si bien puede decirse que la norma de derecho social contiene un mandato primariamente

¹⁸⁶ Hemos analizado este avance efectuado por el Tribunal Constitucional peruano en el control de políticas públicas que satisfacen derechos sociales en LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: “La política de Aseguramiento Universal en Salud y su examen por el Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 54, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2012, pp. 65 y ss.

genérico de “llevar a cabo políticas públicas” de diferente signo para satisfacer el objetivo contenido en la norma, también puede decirse que contiene mandatos específicos referidos a la “forma” de dichas políticas públicas (mas no a su contenido). De este modo, los requisitos de adecuada coordinación, flexibilidad, integralidad, participación y control son indispensables para considerar a dicha política como “razonablemente orientada” a la consecución del objetivo fijado. En consecuencia, la metodología creada por estas cortes, ingeniosa aunque exigente, ha permitido que los derechos sociales valgan algo, lo suficientemente importante, como para que sean tomados en serio por las autoridades políticas, que muchas veces los consideran meras concesiones graciosas que pueden aprovechar a favor de sus pretensiones partidarias.

1.1.4. Sobre el carácter definitivo de los mandatos derivados de los derechos sociales y el test de proporcionalidad aplicado por Laura Clérico al mandato de prohibición de protección deficiente

Sin embargo, como ya dijimos líneas arriba, existe otro ámbito de discrecionalidad que hace pensar que las normas de derechos sociales constituyen sólo normas-fin o directrices, mas no normas-principio con mandatos definitivos. Este ámbito de discrecionalidad es el que permite a los órganos políticos no solo elegir los medios con los cuales se buscará satisfacer el derecho social, sino el grado y la oportunidad de cumplimiento del derecho social, teniendo en cuenta consideraciones valorativas, técnicas o presupuestales. Como estas decisiones –se dice- son potestad de los órganos democráticos, la norma de derecho social solo puede expresarse como directriz, mas nunca como norma-principio. Es decir, no puede contenerse en la norma de derecho social, ningún mandato destinado a que se cumpla *ya* con el objetivo del derecho social en una circunstancia determinada. Más allá de que exista una política y de que ésta se encuentre razonablemente orientada a la satisfacción del derecho social, no se contendría en la norma ius-fundamental ningún otro tipo de mandato.

Esta objeción en contra del carácter normativo de un derecho social tiene que ver con la dificultad y la inconveniencia de que un juez resuelva e imponga su particular criterio respecto de aquello que debe verse satisfecho *ya* a favor de una persona o grupo determinado, en contra de las valoraciones políticas y técnicas de las autoridades responsables del cumplimiento de un derecho social. La objeción se expresa por ejemplo del siguiente modo: ¿cómo es que un juez puede establecer que el seguro social de salud otorgue prestación médica a una persona, cuando ésta ha sido excluida del programa de salud del gobierno por razón de su alto costo y baja incidencia?

Ciertamente nos encontramos ante una de las cuestiones más delicadas de la dogmática constitucional contemporánea. Algunas cortes constitucionales como la colombiana y la peruana han respondido afirmando que la protección judicial definitiva de un derecho social es posible y exigible en aquellos casos en los que la violación traiga consecuencias especialmente graves y no se aprecien causas

justificadas para la denegación de tutela¹⁸⁷. En el ámbito doctrinal, Alexy ha defendido la misma postura, afirmando que la determinación del contenido definitivo de un derecho social fundamental o, lo que es lo mismo, la posibilidad de establecer posiciones subjetivas ius-fundamentales judicialmente exigibles, se resuelve en el juego de la ponderación entre la necesidad de satisfacción del derecho y la capacidad económica del Estado¹⁸⁸.

La pretensión de realizar ponderaciones, desde el Derecho y la judicatura, respecto a las exigencias definitivas que trae un derecho social en unas circunstancias determinadas, aún en contra de las consideraciones establecidas por los órganos políticos, ha sido desarrollada, con exhaustividad y refinamiento, más que ningún otro autor, por la profesora argentina Laura Clérico. Siguiendo la senda de la jurisprudencia y la doctrina constitucional alemanas, Clérico ha adaptado el test de proporcionalidad a la protección de derechos sociales, a través del examen del *mandato de prohibición de protección deficiente*¹⁸⁹.

El test se encuentra estructurado siempre a partir de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, aunque su desarrollo y aplicación es un tanto peculiar, dado que la naturaleza prestacional de los derechos sociales hace que su violación se produzca por *omisiones* o por *acciones insuficientes* o *defectuosas*, lo cual tiene reflejo directo no en la estructura del test, sino en la configuración de algunas de sus reglas y en su forma de aplicación. Así, en lo que corresponde al *examen de idoneidad*, una medida estatal u omisión es ilegítima, cuando no consiga ser suficiente para alcanzar una protección adecuada y eficaz del derecho social en cuestión. A ello hay que añadir que en caso exista otro fin estatal legítimo buscado por el Estado que no coincida con el fin de protección del derecho social fundamental, el medio empleado para su promoción y que interfiere con el derecho fundamental también debe ser idóneo. Además, dicha idoneidad debe manifestarse tanto en abstracto y en general como en concreto y en el caso individual. Como ha anotado Laura Clérico, las diferencias que se encuentran entre el examen de medio idóneo en el mandato de prohibición por exceso y el mandato de prohibición por protección deficiente pueden ser ubicadas tanto en el medio empleado como en el fin previsto. En cuanto al medio, es evidente que en el caso del mandato de prohibición por exceso, éste viene ya dado por la autoridad estatal, la cual lo ha escogido entre otras posibles opciones; sin embargo, en el caso del mandato de prohibición de protección deficiente, el medio es indeterminado, puesto que o no se ha producido o se ha producido deficientemente, por lo cual su producción se busca en el marco del examen de proporcionalidad. En lo que respecta al fin, la diferencia estriba en que en el caso del mandato de prohibición por exceso, el fin estatal de la

¹⁸⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-760/2008, considerando 3.3.2 y 3.3.6. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 2945-2003-AA/TC, fundamentos jurídicos 21-33.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Edición a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 70 y ss.

¹⁸⁹ CLÉRICO, Laura: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores), Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 8, Palestra, Lima, 2010, pp. 115-156.

medida puede ser solamente un fin constitucional permitido, mientras que en el supuesto del mandato de prohibición de protección deficiente, por lo menos uno de los fines (el de satisfacción del derecho social) viene exigido por la Constitución¹⁹⁰.

Por su parte, el *test de necesidad* puede ser planteado mediante la siguiente regla: si hay medios alternativos que pueden fomentar el derecho fundamental de prestación positiva en mayor medida que el medio atacado, y en forma similar el fin estatal (cuando éste no coincida con el derecho de prestación), entonces la omisión o la acción insuficiente no es proporcional en sentido amplio, esto es, es ilegítima o inconstitucional. Y si se trata de un caso en el que el derecho de prestación colisiona con otros derechos, entonces el medio alternativo debe restringir los derechos colisionantes en igual medida o aún menos que el medio atacado. En el examen de necesidad, la diferencia con el mandato de prohibición por exceso se plantea en el grado de idoneidad de la medida respecto al fin perseguido. Así, en el mandato de prohibición por exceso, el primer paso del test de necesidad es justamente determinar si el medio alternativo planteado es igual de idóneo que el medio atacado. En cambio, en el mandato de prohibición de protección deficiente, el medio alternativo planteado debe ser, aunque igual de idóneo para alcanzar el otro fin perseguido por el Estado, más idóneo para alcanzar la satisfacción del derecho social que el medio atacado. Ello se explica, porque el objeto de ambos mandatos difiere y, por tanto, también es distinto el canon de evaluación. Así, mientras en el mandato de prohibición por exceso lo que se busca es interdicar un exceso en el establecimiento de la medida adoptada, para lo cual es suficiente que dicha medida sea idónea, en alguna forma, para el logro del fin; en el caso del mandato de prohibición de protección deficiente lo que se busca es evaluar si la medida adoptada ha podido implementar el fin en el grado debido, por lo que es necesario que la misma sea lo más idónea posible¹⁹¹.

Por último, conforme al examen de *proporcionalidad en sentido estricto* o *ponderación*, cuando la omisión o acción insuficiente (atacada) es idónea (en abstracto y/o en concreto) y no existen medios alternativos más idóneos y suficientemente eficaces, pero la falta de realización del derecho de prestación positiva no puede ser justificada a la luz del peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia y realización del fin estatal perseguido y/o de los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales colisionantes, entonces, es la omisión o acción insuficiente desproporcionada en sentido amplio, esto es, ilegítima o inconstitucional¹⁹².

Además de la explicitación de esta estructura formalizada para evaluar ordenadamente en qué casos cabe proteger de modo *definitivo* un derecho social, Clérico realiza un aporte fundamental a la forma cómo debe *aplicarse* este test de

¹⁹⁰ CLÉRICO, Laura: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, op. cit., pp. 121-133.

¹⁹¹ CLÉRICO, Laura: op. cit., pp. 136-137.

¹⁹² BERNAL PULIDO, Carlos: “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, en *Discusiones. Derechos Sociales, Discusiones. Derechos Sociales*. N° 4, DOXA, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2004, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamento-concepto-y-estructura-de-los-derechos-sociales-una-critica-a-existen-derechos-sociales-de-fernando-atrria-0/>, pp. 142-144; CLÉRICO, Laura: op. cit., p. 151.

proporcionalidad para proteger derechos sociales, al distinguir entre la estructura de las reglas del test de proporcionalidad y la intensidad de su aplicación, la que queda determinada por el *contexto* en el que se desenvuelve la praxis jurisprudencial¹⁹³. Así, en cuanto al examen de necesidad, si bien en la generalidad de los casos se aplica la regla según la cual el medio alternativo más idóneo para la satisfacción del derecho social debe presentarse en forma *evidente* para anular el medio escogido por el legislador o el gobierno (regla de la evidencia), esta amplia discrecionalidad en la elección de los medios (deferencia al legislador) –afirma Clérico– puede ser reducida a favor de un *control material intensificado* cuando “estén en juego restricciones iusfundamentales muy intensas”, como las que se suelen vivir en Latinoamérica en relación con los derechos a la alimentación, educación, salud, entre otros derechos sociales¹⁹⁴. En este caso, la presunción de proporcionalidad en sentido amplio no juega a favor del medio establecido, sino que la idoneidad y necesidad del medio deben ser demostrados ampliamente por el gobierno o el legislador, mientras el juez debe investigar con más exhaustividad la adecuación de las medidas adoptadas o la existencia de otras alternativas. Quiere ello decir, que en el marco del proceso judicial no sólo será necesario el uso de los “poderes probatorios” del juez, la convocatoria a “expertos” que puedan aportar visiones alternativas del problema constitucional planteado, sino que operará una “inversión de la carga de la prueba”, que impone al gobierno o legislador la obligación de aportar material probatorio suficiente que demuestre la idoneidad de sus medidas¹⁹⁵.

Esta exigencia ciertamente le impone una carga adicional a las autoridades del gobierno, que no solo deben preocuparse en diseñar adecuadamente sus políticas, sino en demostrar que las mismas son adecuadas y que no son posibles mayores acciones que permitan alcanzar mejores resultados en la realización de los derechos¹⁹⁶. Sin embargo, creemos que dicha carga resulta conveniente, al menos por tres razones: i) porque obliga al gobierno a trabajar con indicadores y evidencia fáctica respecto a la incidencia de las políticas en el goce efectivo de los derechos; ii) porque obliga al gobierno a rendir cuenta de sus acciones en relación con la satisfacción de derechos, dando una ventana más a la ciudadanía para el ejercicio de un control adecuado del poder; y iii) porque permite reunir información sobre las trabas en relación con el avance efectivo de la protección de los derechos, y sobre las valoraciones de las autoridades políticas respecto a la urgencia y necesidad de tutelar determinados ámbitos de los derechos en relación con otros.

¹⁹³ CLÉRICO, Laura: op. cit., pp. 154-155.

¹⁹⁴ CLÉRICO, Laura: op. cit., pp. 140-141.

¹⁹⁵ Con relación a estas reglas probatorias en el caso de procesos constitucionales que tutelan derechos sociales hemos abundado en LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: “Sobre la prueba en el proceso de amparo”, en *La prueba en los procesos constitucionales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

¹⁹⁶ Como ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 3 sobre “La índole de las obligaciones de los Estados parte”, los Estados no solo tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas para cumplir sus obligaciones con los derechos sociales, sino que deben demostrar “en qué se basan para considerar tales medidas como las más apropiadas a la vista de las circunstancias” (párrafo 4). Por otro lado, justamente en la línea de lo dicho por Clérico, el Comité de DESC entiende que “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe **demostrar** que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párrafo 10).

En segundo lugar, Clérico sostiene que en la evaluación del examen de proporcionalidad en sentido estricto, en el caso del mandato de prohibición de protección deficiente, la determinación del *grado de intensidad* de la *afectación* del derecho social en cuestión debe considerar suficientemente la importancia que los derechos sociales adquieren para personas ubicadas en situaciones de indefensión especialmente graves y a la relevancia que los mismos tienen en la superación de situaciones de desigualdad estructural o discriminación largamente asentadas¹⁹⁷. En dicha línea, Clérico considera necesario *adaptar* a nuestra realidad latinoamericana, caracterizada por marcados contextos de exclusión social y de insatisfacción de niveles mínimos de protección social, la regla de la **“progresividad de la ponderación”**, que exige que sean “más que proporcionales” las razones que pretenden justificar las omisiones o acciones insuficientes mientras más graves sean los niveles de desatención de derechos, para lo cual crea una *regla específica* que reza del modo siguiente:

“Cuando se está en presencia de una realización baja, muy baja o extremadamente baja de un derecho de prestación positiva por una omisión o acción insuficiente, entonces se trata en principio de una violación al mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente”¹⁹⁸.

Esta regla de la ponderación, a utilizarse en realidades con altos índices de necesidades básicas insatisfechas, tiene efectos, según la profesora argentina, en cuatro aspectos del procedimiento de ponderación: i) en primer lugar, crea una presunción en contra de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente; ii) en segundo lugar, pone en cabeza de aquellos que alegan la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente la carga de argumentar y probar la legitimidad constitucional de sus medidas; iii) luego, establece una exigencia agravada de justificación, que solo acepta razones más que importantes para legitimar los niveles graves de desatención de los derechos sociales; y iv) determina una regla epistémica que afirma que si persisten las dudas al final de la argumentación, queda la omisión o acción insuficiente como no proporcional¹⁹⁹.

Según Clérico, con estas reglas la posibilidad de aplicación del test de proporcionalidad para la evaluación de omisiones o acciones insuficientes se vuelve importante, convirtiéndose en una herramienta útil para hacer realmente vinculantes los derechos sociales en países con bajos índices de realización de estos derechos. El contexto en el cual los jueces ejercen el control constitucional se vuelve, en este sentido, crucial para definir los alcances de esta herramienta metodológica. Como también se ha sostenido líneas arriba, dicho contexto debe abarcar no solo la gravedad de la desatención en la que se encuentran estos derechos y las poblaciones especialmente vulnerables, sino la posibilidad de participación que tienen los ciudadanos (especialmente los afectados) en los procesos deliberativos donde se definen sus necesidades básicas²⁰⁰. Mientras menos posibilidad de incidencia y

¹⁹⁷ CLÉRICO, Laura: op. cit., p. 151.

¹⁹⁸ CLÉRICO, Laura: op. cit., p. 152.

¹⁹⁹ CLÉRICO, Laura: op. cit., p. 153.

²⁰⁰ CLÉRICO, Laura: op. cit., p. 155.

representación tengan las víctimas, mayor es la legitimidad de los tribunales para corregir las políticas públicas que han obviado sus intereses fundamentales.

Sin embargo, también es necesario evaluar el contexto en el cual desarrolla su tarea la judicatura. Y es que, unos jueces o tribunales con escasa tradición en la protección de derechos fundamentales, con una deficiente preparación en litigios de interés público o, peor aún, con escasa consciencia de la importancia de la protección social en sociedades gravemente excluyentes, difícilmente puedan lanzarse a la aventura de controlar las prioridades, oportunidades de cumplimiento y diseño de las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los derechos sociales. Si a ello le sumamos el escaso compromiso de la sociedad y la comunidad académica con la judicialización de casos de derechos sociales, las posibilidades de un control adecuado de las políticas públicas se vuelven bastante lejanas. Por ello es preciso enfatizar que si se quiere que la metodología aportada por Clérico sea útil para consolidar a los derechos sociales como verdaderos derechos, es necesario no solo el desarrollo de reglas argumentativas que le den ductilidad y estabilidad a la aplicación del test de proporcionalidad, sino de capacidades y condiciones que permitan a la judicatura asumir tan delicado reto²⁰¹.

Con todo, es necesario precisar que aún cuando la obligación de justificar en sede judicial la desatención de derechos suponga una variación en cuanto al *grado de intensidad* del *control* ejercido por los jueces, la determinación de una desatención injustificada o, lo que es lo mismo, la determinación de una obligación definitiva de proteger el derecho social en cuestión, no anula necesariamente la elección del medio que puede adoptar la autoridad responsable para satisfacer la obligación contenida en la sentencia, pues en el caso de los derechos sociales esa obligación – como ya se dijo- puede cumplirse por diversos medios. Como ha afirmado Laura Clérico, en otro trabajo, en este supuesto lo que determina la sentencia es un “mandato definitivo de hacer”, aunque el contenido de dicho “hacer” puede ser *alternativo*, pero *suficiente*. En algunos casos dicha obligación de hacer sólo incluye una interdicción de aquello que es insuficiente, sin definir el grado de realización necesario, el que se va definiendo en el proceso de ejecución (caso del Desplazamiento Forzado en Colombia). En otros casos, sí se establece el nivel de satisfacción que debe alcanzar el derecho, pero no se precisan los medios que pueden ser utilizados para lograrlo; mientras que hay casos donde el mandato definitivo puede tener un “contenido definido”, cuando el medio para realizar el nivel de protección determinado en la sentencia sea uno solo²⁰². En todo caso – afirma Clérico- “el legislador posee un margen de acción estructural dentro del cual

²⁰¹ La experiencia de la Corte Constitucional colombiana, como se ha visto en párrafos anteriores, con la judicialización de derechos sociales ha mostrado cómo el establecimiento de dichas reglas y de las consiguientes capacidades y condiciones no sólo es posible, conjugando una decidida voluntad de intervención con un conjunto sofisticado de técnicas novedosas, sino conveniente, dado los buenos resultados que ha conseguido en la revalorización simbólica y el disfrute efectivo de los derechos sociales. Vid. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: *Cortes y cambio social*, op. cit. pp. 254 y ss.

²⁰² Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia *Viceconte Mariela c/Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social*, donde la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dispuso la fabricación de una vacuna para enfrentar la epidemia del “mal de los rastros” que afectaba a una buena parte de la población de la pampa argentina.

puede escoger cómo cumplir el mandato. De ello se infiere, sin embargo, que el grado de cumplimiento (grado de protección, grado de promoción) no es indistinto, sino que el legislador deberá seleccionar un medio dentro de los medios suficientes”²⁰³.

El examen de proporcionalidad en casos de omisión o protección deficiente, pergeñado por Clérico, nos enseña que es posible establecer parámetros objetivos para determinar la exigibilidad definitiva de un cierto nivel de protección de un derecho social; esto es, determinar la prioridad de las obligaciones correspondientes a dicho derecho social sobre otros objetivos fijados por el gobierno y la perentoriedad del cumplimiento de dicha obligación sobre plazos mayores que el gobierno hubiere fijado. La posibilidad de que la evaluación de la exigibilidad definitiva de un derecho social sea objetiva y no se encuentre sujeta a la apreciación arbitraria de un juez tiene que ver con la claridad con que se fijen las reglas y con la regularidad que las mismas alcancen en la práctica jurisprudencial²⁰⁴. Mientras más definidos e uniformes se encuentren los estándares, débiles o fuertes, con los que van a ser evaluadas las políticas sociales, más certeza se tendrá no solo del resultado de la ponderación a efectuarse en el caso concreto, sino de las obligaciones sociales que se imponen perentoriamente al Estado en determinadas circunstancias, esto es, del ámbito protegido por el derecho social en cuestión.

Si es que el tipo de control que determina el contenido definitivo de los derechos sociales está construido en base a reglas claras y regulares, que permiten afirmar la objetividad del procedimiento de control; si las referidas reglas son pasibles de ser aplicadas por los jueces, merced al manejo de técnicas procesales y argumentativas adecuadas; y si la intensidad del control se encuentra justificada en razón a circunstancias objetivas, entonces los derechos sociales son pasibles de ser entendidos como *normas-principio*, en el sentido de prescripciones jurídicas con un contenido determinado judicialmente exigible, y no como meros principios rectores o directrices, que solo fijan orientaciones generales a los órganos políticos. La pretensión contemporánea del constitucionalismo de la segunda posguerra de hacer efectivas las disposiciones constitucionales, en especial los derechos, aún contra la voluntad de la política o en ausencia de ella, puede triunfar también, de esta forma, en el caso de los derechos y valores del constitucionalismo social.

²⁰³ CLÉRICO, Laura: “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Año III, N° 5, Palestra, Lima, enero – junio, 2007, pp. 92-93.

²⁰⁴ Un caso paradigmático, en este sentido, tiene que ver con la tutela del derecho a la salud en Colombia, donde la Corte Constitucional a partir de una serie de casos fue definiendo, de un claro y cada vez más previsible, los supuestos en los cuales cabía brindar protección definitiva al derecho a la salud, aún cuando ciertas prestaciones de salud se encontraran excluidas del Plan de Aseguramiento oficial. La reiterada desatención de estos criterios por parte de las autoridades del sistema sanitario devino en la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en la Sentencia T-760/08, donde la Corte enfrenta más decididamente el problema, procurando atacar las causas estructurales que estaban en la base de la denegatoria de un nivel de protección previamente declarado. Vid. los avances y retrocesos de este proceso de definición del alcance del derecho a la salud en Colombia en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: *Seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008*, que puede ubicarse en <http://saludpublica.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Seguimiento+al+Cumplimiento+de+la+Sentencia+T-760+de+2008.pdf>.

1.2. La crítica de su carácter costoso.

El argumento del costo, como fundamento para negar carácter normativo a los derechos sociales, suele utilizarse hasta en tres sentidos: i) en primer lugar, como un argumento para resaltar la diferencia estructural entre derechos de libertad negativa y derechos prestacionales, incidiendo en la incondicionalidad fáctica de los primeros frente a la condicionalidad económica de los segundos; ii) en segundo lugar, como un argumento para destacar la imposibilidad de alcanzar un nivel de protección adecuado y completo de los derechos sociales, dada la relación siempre inversa entre cantidad de recursos necesarios para su satisfacción y disponibilidad de recursos en las arcas estatales; y iii) en tercer lugar, como un argumento para mostrar la imposibilidad de atender los derechos sociales sin recurrir a decisiones sobre el reparto de recursos públicos, decisión que, sin embargo, no puede ser tomada por los jueces sin invadir arbitrariamente las competencias de los órganos de decisión política. Veamos a continuación la plausibilidad de estas tres objeciones basadas en el costo de los derechos sociales.

1.2.1. *El costo de los derechos civiles y políticos*

En cuanto, al argumento que trata de mostrar la estructural diferencia entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, según la incondicionalidad fáctica que supone la realización de los primeros frente a la condicionalidad económica que supedita el cumplimiento de los segundos²⁰⁵, es preciso reiterar, en primer lugar, que los derechos civiles y políticos comportan exclusivamente obligaciones de tipo negativo o referidas a un “no hacer”, que no importen la inversión de recursos económicos. Como han mostrado agudamente Cass Sunstein y Stephen Holmes, muchas de las dimensiones que implican el cumplimiento paritario de estos derechos exigen la realización de acciones positivas por parte del Estado que requieren la erogación de importantes recursos fiscales²⁰⁶.

²⁰⁵ Recordemos que en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, esto es, mandatos de realización en la mayor medida posible, siempre que no existan razones de orden *material* o jurídico que lo impida. Como ya vimos, de acuerdo a Alexy los derechos sociales también pueden ser caracterizados como *principios*, pues ellos deben ser cumplidos si no existiesen razones de orden jurídico o presupuestario que juegen en contra o si dichas razones no fueren del mismo peso que aquellas que hablan a favor de la protección de los derechos sociales en el caso concreto. Vid. ALEXY, Robert: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, op. cit., pp. 70 y ss. Sin embargo, para otros autores como Atienza y Ruiz Manero, cuya postura también hemos expuesto líneas arriba, los derechos sociales deben ser caracterizados más bien como *directrices*, dado que no contienen en su consecuente más que un deber de encaminarse a la realización del “estado de cosas” dispuesto en su antecedente, pero que no se revela como “concluyente” en razón a que dicho “estado de cosas” puede ser alcanzado por diversos medios y se encuentra sujeto a diversas condiciones. Vid. MANERO, Juan: “Principios, objetivos y derechos”, op. cit., pp. 92-94. En realidad, ambos autores entienden que los derechos sociales se encuentran sujetos a condicionalidades fácticas, sin embargo, la diferencia estriba en que mientras para Alexy dichas condicionalidades fácticas pueden entrar a un examen de proporcionalidad, aunque con las reglas de acción epistémicas y estructurales por él fijadas, en el caso de Atienza y Ruiz Manero, dichas condicionalidades fácticas son determinantes para no hablar de los derechos sociales como normas-principio, esto es, como normas que puedan dar lugar a ponderaciones que nos conduzcan a mandatos definitivos.

²⁰⁶ HOLMES, Stephen y Cass SUNSTEIN: *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

Recordemos, en este contexto, el ejemplo del derecho al voto, que para ser otorgado a todos los ciudadanos por igual y no solamente a aquellos que puedan costearlo, el Estado, con recursos públicos, debe mantener los organismos electorales encargados de llevar adelante las votaciones, así como invertir una ingente cantidad de dinero en la realización de cada comicio electoral. El derecho igual de todos a elegir y ser elegidos, constitutivo de la propia democracia constitucional, depende, de este modo, de los recursos económicos destinados por el Estado al sistema electoral, los que dependen a su vez, de nuestros impuestos o de nuestra contribución al tesoro público.

Igualmente, un derecho tanpreciado por el liberalismo hayekiano como el derecho de propiedad depende en muchos sentidos de la contribución pública. Y ello no solo porque el derecho a excluir a terceros del disfrute de nuestra propiedad suponga la creación de un sistema público de seguridad registral, de seguridad ciudadana y de garantía judicial que posibilite la defensa de este derecho, sino porque el derecho a la explotación económica de nuestra propiedad, que supone el derecho al uso y disfrute de la misma, solo es posible en un contexto institucional que requiere de la actuación decidida del Estado en actividades como la innovación, el estímulo de la inversión, la regulación del sector bancario, la vigilancia de la libre competencia, entre otras, las que requieren una importante inversión de recursos públicos, similar sólo a la que se da como consecuencia del gasto social. Así, la tanpreciada libertad económica, como presupuesto para la creación de la riqueza, solo puede ser satisfecha en un contexto de fuerte intervención estatal, sostenida con una importante inversión pública de recursos económicos²⁰⁷.

Reparar en las distintas formas de intervención que asume el Estado para la protección de las libertades contenidas en los derechos civiles y políticos y en los altos costos que demanda dicha intervención, nos ayuda a entender que dichas libertades no son fruto del reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace de unos espacios de autodeterminación individual que parecerían existir de modo espontáneo en un idílico “estado de naturaleza”, sino que son producto de una *decisión colectiva* que asume como importantes dichos espacios de libertad individual y que, por lo mismo, se preocupa en la creación del entramado institucional capaz de resguardar y promover el desarrollo de dichas libertades. Lo que conocemos de modo tan usual como el “sistema de derechos subjetivos”, que delimita con certeza nuestro ámbito de libertades y nos da poder para oponernos a las intromisiones indebidas de terceros o del propio Estado, solo es posible en realidad luego de que el Estado ha invertido la cantidad suficiente de recursos en la creación del edificio institucional que hace posible la regularidad de dichas libertades.

En el caso de los derechos sociales, los mandatos positivos y negativos contenidos en ellos dependen también de la *decisión colectiva* de brindar a todos los individuos la posibilidad de acceder a estos bienes básicos y de la creación, para tal efecto, de los programas necesarios y de la provisión de los recursos suficientes para su funcionamiento. En muchos países, estos programas, prácticamente universales,

²⁰⁷ HOLMES, Stephen y Cass SUNSTEIN: *El costo de los derechos*, op. cit., pp. 81-97.

son desarrollados con absoluta regularidad (como en el caso del sistema de salud público en Inglaterra o Canadá) y los derechos correlativos son reconocidos como parte del patrimonio subjetivo de cada persona²⁰⁸, mientras que en otros países los programas sociales avanzan a duras penas, entre la subsidiariedad, la ineficiencia y el desamparo estatal. En este último caso, las prestaciones sociales otorgadas por los gobiernos no alcanzan a funcionar como derechos subjetivos, con el grado de certeza y regularidad requeridas, dado que trasuntan la fragilidad de las instituciones que los solventan. Sin embargo, la ausencia de regularidad en la configuración jurídico-subjetiva de los derechos sociales, en estos países, –contra la idea que usualmente se maneja– no es consecuencia del elevado costo que significa mantener servicios públicos universales que brinden acceso adecuado a estos bienes, ni siquiera de la escasez de recursos económicos, sino de la falta de convicción o fuerza necesaria en la decisión asumida por la colectividad de implementar los mecanismos institucionales requeridos para convertir dichas prestaciones en verdaderos atributos subjetivos de todos los ciudadanos²⁰⁹.

El costo de los derechos no es por tanto, en este sentido, un argumento que permita afirmar una diferencia estructural entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, puesto que todos los derechos son en un sentido importante *derechos positivos*, es decir, derechos cuyo ámbito de protección solo puede ser garantizado por medio de acciones estatales solventadas con recursos del tesoro público. Que los derechos civiles y políticos no sufran de la condicionalidad fáctica de la que hoy padecen los derechos sociales no tiene que ver con una característica

²⁰⁸ Éste es por lo demás el ideal de modelo de Estado Social que propone Luigi Ferrajoli, cuando habla acerca de la necesidad de que el principio de *estricta legalidad* o el ideal regulativo del Estado de Derecho gobierne también el mundo de las prestaciones sociales que los gobiernos otorgan a sus ciudadanos, con el objeto de que éstos se conviertan en verdaderas garantías jurídicas primarias resistentes a la arbitrariedad, el clientelismo y el abuso del poder político. Vid. FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 2. Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2011, pp. 384-390.

²⁰⁹ Así, en países como Cuba el Índice de Desarrollo Humano es *alto*, producto de la adecuada cobertura en salud, educación, entre otros bienes sociales básicos, aún cuando este país tenga un grado de subdesarrollo económico muy marcado. Cuba se ubica según el PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 2013 - El Ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso* en el puesto 59, por encima de países con mayores recursos económicos como México (61), Perú (77), Brasil (85) o Colombia (91). Vid. este reciente informe en <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2013/>. Por otro lado, países como Estados Unidos, potencia mundial en lo económico, presenta niveles paupérrimos de acceso adecuado a la salud, producto de un sistema de seguros de salud excesivamente costoso para los ciudadanos. De acuerdo a declaraciones del propio presidente Obama, en Estados Unidos 47 millones de personas viven sin cobertura de salud alguna, mientras que 14000 personas diariamente pierden su protección por lo elevado de los costos. Un panorama mordaz del sistema de salud en Estados Unidos puede verse en el brillante documental *Sicko* realizado por Michael Moore. Moore dedica buena parte de su documental justamente a contrastar el sistema de salud estadounidense con otros sistemas en países que cuentan con menos recursos económicos. Así, destaca agudamente en un pasaje del documental la naturalidad con que los canadienses entienden que el adecuado funcionamiento del sistema de salud, accesible a todos los ciudadanos, dependía del compromiso colectivo de todos los canadienses, y narra, a través de un interlocutor, el momento en que la sociedad canadiense adopta este compromiso. Además de ello, según informes de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Estado Unidos “los índices de pobreza y extrema pobreza son altos comparados con otros estados ricos; por señalar un par de cifras: aproximadamente el 30% de la población afroamericana vive en barrios en los que están excluidos de gozar condiciones adecuadas de vivienda, educación, salud, trabajo y transporte; 38,2 millones de personas viven en condiciones de inseguridad alimentaria; se estima que existen 3,5 millones de personas que no tienen casa ni familia (*homeless*)”. Vid. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro: “Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 461-466.

estructural o “natural”, como afirman quienes sostienen el carácter devaluado de los derechos sociales como pretensiones normativas, sino con circunstancias históricas, sociales y políticas, que han permitido la afirmación jurídica de los primeros como derechos subjetivos frente al debilitamiento normativo de los segundos. Que esta realidad pueda cambiarse depende en realidad solo del consenso necesario para revertir esta devaluación jurídica e institucional en la que se encuentran los derechos sociales. Por mientras, la condicionalidad fáctica (económica) como propiedad accidental de los derechos sociales no debe impedirles ser reconocidos como pretensiones normativas jurídicamente exigibles, pues –como vimos en el apartado anterior- existen diversas formas de examinar la legitimidad de la limitación de protección de un derecho social frente a la presencia del aludido condicionamiento fáctico (económico).

1.2.2. El “alto costo” de los derechos sociales

En segundo lugar, en lo que respecta al argumento que desconoce el carácter normativo de los derechos sociales dada la imposibilidad de alcanzar un grado de protección completa de los derechos sociales, teniendo en cuenta la enorme inversión de recursos que dicho grado de protección exige, debemos destacar que el mismo es falaz porque, en principio, los derechos sociales, como los demás derechos fundamentales, no exigen un grado de cumplimiento *pleno*, sin referencia a los condicionamientos materiales o económicos que su satisfacción suponga²¹⁰. Como ya dijimos, tanto la satisfacción plena de muchos componentes de los derechos civiles y políticos (seguridad de la propiedad o protección de la libertad de competencia), como de la fase prestacional de los derechos sociales, requiere enormes gastos públicos, por lo que en algunos casos su cumplimiento puede verse supeditado a las posibilidades de sostenibilidad financiera del diseño institucional capaz de garantizar plenamente los referidos derechos²¹¹.

Sin embargo, el argumento de la imposibilidad de alcanzar un grado completo de protección de los derechos sociales debido al alto costo que ellos suponen (crítica que no cabría hacerle a los derechos civiles y políticos, según los defensores de esta tesis), está más orientado a un discurso inmovilista y derrotista respecto a la

²¹⁰ Como establece el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga**, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

²¹¹ Sin embargo –como también ya adelantáramos-, el hecho de que en determinado momento un componente del derecho no se encuentre debidamente garantizado por la falta del andamiaje institucional necesario, no convierte a dicho derecho en irrelevante o impracticable desde un punto de vista jurídico. Y ello no solo porque su fuerza argumental o justificatoria empuja a la sociedad política a los *cambios* necesarios para hacer eficaz el referido derecho, lo que aleja al derecho en cuestión del peligro de una fundamentación *estatalista* que haga girar la existencia del derecho sólo en función a la decisión distributiva del gobierno de turno, sino porque la ausencia de una política pública destinada a implementar el edificio institucional necesario para dar vida al derecho social y su financiamiento pueden ser controlados *objetivamente* en determinados contextos señalados ejemplarmente en la jurisprudencia constitucional comparada, con el objeto de forzar la implementación de la política pública requerida o de ordenar perentoriamente determinado nivel de protección del derecho social.

esperanza de lograr un grado de protección adecuado de los derechos sociales: como estos derechos cuestan mucho y como los recursos son escasos, su satisfacción siempre será limitada. Este discurso, sustentado en la “idea de la escasez”, no obstante, como nos ha recordado María Eugenia Rodríguez, no sólo asume como “absoluto” un dato que necesariamente requiere contraste, sino que puede servir para ocultar las injustas decisiones distributivas o la ineficiencia gubernamental que están en la base de la falta de recursos necesarios para la satisfacción de los derechos sociales²¹².

En efecto, cuando se afirma muy alegremente que no existen recursos suficientes para satisfacer cierto derecho social, dicho dato se da por asumido, sin dar cuenta *detallada* de dicha falta de recursos, ni llevar a cabo un control adecuado de dicha afirmación, por parte de organismos externos a aquel que define la provisión de recursos. En general, los gobiernos suelen justificar el incumplimiento de sus obligaciones sociales en los limitados recursos con los que se compone el presupuesto y en la cantidad de sectores que dichos recursos limitados tienen que atender; esto es, en el reducido “tamaño del pastel” y en la cantidad de tajadas en que dicho pastel debe repartirse. Esta justificación, sin embargo, no tiene en cuenta que tanto la cantidad de recursos con que cuenta el presupuesto como la forma de priorizar los recursos a favor de cada sector no son situaciones ineluctables o inamovibles, sino que dependen de muchos factores engarzados todos ellos con la voluntad de los órganos políticos competentes. Así, el tamaño del presupuesto puede variar en función de la recaudación tributaria, la cual a su vez está determinada por el monto de los tributos, por el tamaño de la base fiscal, por la cantidad de beneficios y exenciones tributarias, por la eficiencia en la recaudación y en el control de la evasión, entre otros aspectos. El monto de los tributos, por ejemplo, es un asunto decidido por el parlamento o el ejecutivo en función a variables económicas, pero también a consideraciones valorativas sobre *justicia distributiva*: sobre cuánto debemos contribuir como sociedad y sobre cuáles son las necesidades básicas que debemos satisfacer a favor de todos los ciudadanos²¹³. Del

²¹² RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia: *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Catarata, Madrid, 2011, pp. 46-49.

²¹³ Aunque la eficiencia en la ejecución del gasto es un elemento importante en la cantidad de recursos con que se cuenta para satisfacer las obligaciones sociales, muchas veces la real causa de la insuficiencia presupuestaria tiene que ver con lo poco que estamos dispuestos a contribuir como sociedad a favor de las necesidades básicas de todos, y en especial, de los más desfavorecidos. La escasez, en este caso, se presenta no como producto de la falta de recursos sino como consecuencia de la falta de cooperación social. Un ejemplo claro en nuestro país donde se discutió la necesidad de incrementar la cooperación a favor de un incremento del gasto social fue la propuesta de incluir un impuesto a las sobreganancias mineras. La Organización Mundial de la Salud, por su parte, ha hablado de la posibilidad de establecer impuestos sobre productos dañinos para la salud a favor del incremento de recursos para los planes de aseguramiento universal en salud. Vid. el reciente Informe *La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*, OMS, 2010, disponible en http://www.who.int/whr/2010/10_summary_es.pdf. Por lo demás, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido en su sentencia sobre el Aseguramiento Universal en Salud (STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 47, que: “Así, en el esfuerzo por ampliar la cobertura de los afiliados independientes de EsSalud, con la finalidad de brindar una atención integral a los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo, cuando la cobertura de las prestaciones incluidas en el PEAS es limitada y la atención se requiere para no poner en riesgo capacidades funcionales esenciales de la salud o la propia vida, y de implementar el mecanismo de atenciones de alto costo a través del FISSAL, el Estado puede recurrir a diversos mecanismos que posibiliten un incremento de los recursos para este sector. La apelación a la solidaridad social, de distintos modos, es perfectamente legítima en esta circunstancia. Y es que, como este Tribunal ha tenido ocasión de precisar, los derechos sociales pueden entenderse, dentro una concepción

mismo modo, la ampliación de la base fiscal o de la recaudación depende de la *gestión* emprendida por los órganos administrativos correspondientes. Por otro lado, la asignación de partidas mayores al gasto social o a gastos militares es una decisión política que tiene en cuenta igualmente, además de factores de sostenibilidad financiera, criterios de justicia distributiva²¹⁴. En todos estos casos, pues, la escasez de recursos, no se presenta como un dato irrefutable, sino que es consecuencia de una serie de decisiones políticas y de un conjunto de actos de gestión gubernamental, que por lo mismo tienen que ser justificados de cara a utilizarse como argumento para la protección insuficiente de un derecho social.

El problema en las democracias contemporáneas es que el asunto de la distribución y asignación de recursos, central para la vigencia de nuestros derechos, se ha convertido más en un tema *técnico* que político, manejado más en el gabinete del ministerio de economía que en las instancias de deliberación política. El Presupuesto de la República en nuestro país, por ejemplo, es elaborado por la cartera de economía y propuesto por el Presidente de la República al Congreso de la República quien lo aprueba (artículo 78 de la Constitución). Este sistema permite un diseño ordenado y responsable de las finanzas estatales, y hace al Parlamento responsable de solicitar y controlar las justificaciones del tamaño del presupuesto y de la distribución de los recursos (artículo 80 de la Constitución). Sin embargo, los parlamentos en la actualidad, debido a la disciplina partidaria o al desdén por el control de asuntos que suelen ser muy sofisticados, no efectúan un control muy estricto del presupuesto elaborado en los órganos técnicos del ejecutivo, ni mucho menos someten decisiones distributivas contenidas en él a amplios debates ciudadanos o a la participación de la sociedad civil²¹⁵. De esta manera, los gobiernos

integral, no sólo como obligaciones a cargo del Estado, sino como deberes de solidaridad que comprometen a la sociedad en su conjunto (STC 2945-2003-AA/TC, FF.JJ. 23-25)". Hemos efectuado un análisis sobre el deber de solidaridad invocado por el Tribunal como sustento para agenciar al Estado de mayores recursos para la salud en LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: "La política de Aseguramiento Universal en Salud y su examen por el Tribunal Constitucional", op. cit., pp. 65 y ss.

²¹⁴ En nuestro país, por ejemplo, el gasto social se ha ido incrementando sustantivamente desde que en el año 1992 llegara a sus niveles más bajos; sin embargo, no es suficiente a la fecha para cubrir los bolsones de pobreza y superar la debilidad institucional en la que quedaron las entidades estatales encargadas de brindar servicios públicos y sociales luego de las crisis económicas de los años 80 y 90. Vid. al respecto *Perú. Revisión de las principales tendencias macroeconómicas y sociales desde 1980*, Enrique Vásquez, Rafael Cortez, Carlos Parodi, Jose Montes, Gustavo Riesco-CEPAL, disponible en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/4648/PERU.pdf>. Por ejemplo, en el caso del sector salud el ideal fijado de gasto se estableció por el Acuerdo Nacional en 7% del PBI, cerca al 6% recomendado por la OMS; sin embargo al 2009 el gasto en salud alcanzaba solo el 4.6%. vid. al respecto la *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 4880/2010-PE sobre Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicomunitario del Aseguramiento Universal en Salud*, p. 14. En otros países de nuestro continente con mejor índice de desarrollo humano, como Chile, su porcentaje de gasto en salud y educación es mejor al nuestro, lo que constituye un buen indicador del compromiso de la sociedad con la satisfacción de las necesidades básicas de sus ciudadanos, además de echar por tierra la falacia de la escasez como argumento irrefutable para la deficiencia en la atención de los derechos sociales.

²¹⁵ Es por esta razón que se han implementado en muchos países, y también en el nuestro, a nivel sobre todo local, la figura de los presupuestos participativos, como instancia en la cual la sociedad civil aporta su visión de las prioridades que los gobiernos deben asumir en la satisfacción de las necesidades básicas. Vid. al respecto DE SOUSA SANTOS, Boaventura: "Presupuesto participativo en Porto Alegre: para una democracia redistributiva" y AVRITZER, Leonardo: "Modelos de deliberación democrática: un análisis del presupuesto participativo en Brasil", ambos trabajos en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Boaventura de Sousa Santos (Coordinador), Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 391 a 518.

pueden ocultar fácilmente bajo el argumento de la limitación presupuestal o de la escasez, lo que en realidad son sus decisiones respecto a la prioridad y urgencia con que se deben atender los derechos sociales u otras obligaciones en su lugar.

No necesariamente es cierto entonces que los derechos sociales no puedan lograr un nivel óptimo de protección por una escasez ineluctable de recursos, pues puede suceder que dicha *escasez* sea reflejo de un esquema insuficiente de cooperación social o de una distribución inequitativa de cargas y beneficios (injusticia distributiva), de una inadecuada priorización de los recursos estatales o de una marcada *ineficiencia* en la ejecución del gasto público²¹⁶. Todas estas circunstancias son artificiales y, por tanto, pueden ser cambiadas en pos de una protección más adecuada de los derechos sociales. La dificultad muchas veces no radica entonces en los índices bajos de producto bruto interno que registre un país, sino en la voluntad para cambiar situaciones distributivas y prácticas gubernamentales “naturalizadas” que resultan altamente perjudiciales para la satisfacción plena de los derechos sociales. El problema principal estriba entonces en si estas cuestiones distributivas y de gestión pública de los recursos pueden ser controladas y corregidas objetivamente por órganos jurisdiccionales, como una forma de dar vida a las prescripciones jurídicas que obligan al Estado a destinar el máximo de los recursos disponibles para lograr la plena efectividad de los derechos sociales.

1.2.3. Sobre las decisiones de distribuir recursos públicos

Este último asunto se conecta con la tercera forma cómo se utiliza el argumento del costo para negar el carácter normativo a los derechos sociales: como la realización de los derechos sociales supone decisiones sobre el reparto de los recursos públicos, las cuales se incardinan en consideraciones técnicas y valorativas sobre las cuales no tiene capacidad ni competencia el juez, los derechos sociales no pueden representar exigencias normativas que obliguen a los órganos políticos a variar la distribución y asignación de recursos necesarios para dar cumplimiento a los derechos sociales. En efecto, si los derechos sociales dependen de la disponibilidad de recursos en los sectores correspondientes, y ésta a su vez depende del tamaño del presupuesto general, de la priorización y distribución de recursos entre diversos sectores y hasta de la eficiencia en la asignación y ejecución del gasto

²¹⁶ Liborio Hierro nos ha ilustrado cómo la eficiencia, sin ser un valor en sí mismo (puesto que la maximización de la riqueza por sí sola no es positiva sin criterios redistributivos adecuados), resulta un valor instrumental importante, dado que permite tener mayor margen de recursos a favor de la satisfacción de los derechos sociales. Vid. HIERRO, Liborio: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 59-62. La importancia de la eficiencia ha sido recogido también por el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia sobre el Aseguramiento Universal en Salud (STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 34) en los siguientes términos: “Por lo demás, en el uso de los recursos para la salud es necesario guardar niveles adecuados de *transparencia* y *eficiencia*, pues dada la escasez de recursos públicos y la competencia entre las distintas necesidades de la población, es preciso que se dé a los recursos el mejor uso posible. La preocupación por esta última dimensión del principio de equidad en salud, en sus facetas de mayores ingresos, mayor equidad y mayor eficiencia, ha sido puesta de manifiesto en el último Informe de la Organización Mundial de la Salud, titulado “*La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*” (2010, informe disponible en el siguiente enlace web http://whqlibdoc.who.int/whr/2010/9789243564029_spa.pdf).”

social, asuntos todos ellos que se definen a partir de cuestiones tan disímiles como la política tributaria, la orientación ideológica y política del gobierno, la gestión administrativa, entre otras cosas, ¿cómo es que un juez puede disponer el incremento de recursos para la protección de determinado derecho social, sin que ello afecte las consideraciones y decisiones adoptadas por los órganos políticos en estos temas?

Algunas respuestas pueden darse, sin embargo, a este delicado asunto, en la línea de afirmar el carácter normativo de los derechos sociales. En primer lugar, si bien un tribunal no puede definir *positivamente* el contenido de la política tributaria (estableciendo el monto de los tributos, la base imponible o los destinatarios de las afectaciones tributarias), ni decidir la cantidad de recursos a asignarse a cada sector, ni establecer las formas cómo hacer más eficiente la ejecución del gasto público, sí puede –como afirmáramos líneas arriba– dar cuenta de “estados de cosas” que, en estos rubros, están impidiendo la realización de los derechos sociales. En este caso, los jueces podrían, por ejemplo, poner en evidencia una situación de injusticia distributiva en la repartición de las cargas impuestas a la sociedad para el cumplimiento de cierto derecho social, determinando en consecuencia la existencia de una acción impositiva deficiente²¹⁷. También pueden establecer situaciones de “estancamiento” o “disminución” en la provisión de recursos a favor de la realización de cierto derecho social²¹⁸, no empece el incremento de recursos en el presupuesto general del Estado. Por último, pueden denunciar situaciones de corrupción, falta de transparencia o de rendición adecuada de cuentas, ausencia de indicadores o simplemente ineficiencia en la ejecución del gasto público, que están afectando el cumplimiento de los derechos sociales.

En los casos de explicitación de situaciones impositivas injustas y de deficiente priorización presupuestal de los recursos públicos es cierto que los jueces actúan con cánones valorativos-axiológicos, al precisar no solo las necesidades a ser cubiertas por los recursos estatales sino la ausencia de razones válidas para justificar la deficiente acción impositiva del Estado, lo cual puede involucrarlos en discusiones muchas veces filosóficas sobre *justicia distributiva*. No obstante, esta discusión muchas veces no es necesaria pues los tribunales pueden remitirse fácilmente a los materiales normativos que han recogido estos criterios axiológicos de corte social. Por otro lado, el recurso a teorías filosóficas, morales o políticas, –como ha señalado constantemente Ronald Dworkin– no debe descartarse para resolver disputas

²¹⁷ Un ejemplo claro de distribución injusta de los costos de los derechos es el caso, en nuestro país, de las tarifas de *agua potable*, diminutas en sectores que registran consumos elevados de este bien, y excesivamente costosas en zonas que carecen de acceso al agua potable y que deben comprar el agua a camiones cisternas. Cuestión distinta ocurre con el servicio de fluido eléctrico, donde las tarifas se incrementan a medida de que se haga un mayor consumo de dicho bien, produciéndose una especie de “subsidio cruzado” que permite distribuir equitativamente los beneficios y cargas en la utilización de la energía eléctrica.

²¹⁸ La formulación de indicadores que permitan conocer la cantidad de recursos destinados por el Estado al sector que corresponde al derecho social en cuestión, *desagregados* por componentes del derecho y por grupos poblacionales especialmente protegidos, así como por regiones y localidades en situación de pobreza o pobreza extrema, resulta indispensable en este contexto y puede constituir uno de los grandes filones a partir del cual pueden hacerse exigibles los derechos sociales. En efecto, este tipo de indicadores puede dar cuenta del retroceso, estancamiento o progreso de los esfuerzos realizados por el Estado para la realización de los derechos sociales, dando lugar al requerimiento de justificaciones acerca de las cifras expuestas e incluso a condenas por la desatención que se trasluce a partir de su evaluación.

jurídicas sobre el alcance de los principios²¹⁹. Así, en asuntos concernientes a las exigencias y límites de los principios de igualdad, solidaridad y libertad, aplicados a asuntos de justicia fiscal o presupuestal, es recomendable tener en cuenta las posiciones defendidas por el libertarismo, el liberalismo igualitario o el socialismo y sus respectivas interpretaciones de estos principios. Comprender estas teorías nos ayuda a tener un mejor panorama de lo que hay en juego en las cuestiones distributivas que tienen que ver con la tributación o el diseño del presupuesto²²⁰. Los jueces, sin embargo, no pueden imponer su particular concepción de estos asuntos filosóficos, superponiéndose a lo que debe ser un “consenso democrático” sobre las bases de nuestra contribución pública y la asignación de recursos en el presupuesto. No obstante, se encuentran en la obligación de advertir la presencia de visiones parciales o unilaterales del problema de la distribución de recursos, que hayan dejado en evidente desprotección contenidos ius-fundamentales (sociales) garantizados por la Constitución²²¹. Su labor, en este contexto, se inscribe en el marco de los procesos *dialógicos* impulsados por la jurisprudencia sudafricana y colombiana con relación al control de las políticas públicas, procesos caracterizados por la determinación judicial de un accionar irrazonable del Estado y por el reenvío de los mecanismos de solución a los propios órganos políticos.

En el *caso del Desplazamiento Forzado Interno*, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana luego de verificar que el 92% de la población desplazada presentaba necesidades básicas insatisfechas y el 80% se encontraba en situación de indigencia, determinó que era necesario que los órganos competentes realicen acciones para garantizar los recursos necesarios para la atención de los derechos de los desplazados, pues se había constatado que la asignación presupuestal era insuficiente y que había disminuido con relación a otros años, a pesar de haberse establecido legislativa y jurisprudencialmente su prioridad sobre otras obligaciones sociales. En dicho contexto, la Corte ordenó: “(ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de

²¹⁹ DWORKIN, Ronald: “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, UNAM, México, N° 32, abril de 2010, pp. 7-29.

²²⁰ Franco Gallo nos ha develado brillantemente cómo las concepciones reduccionistas de imposición tributaria, ligadas a consideraciones sinalagmáticas o de beneficio propio de los tributos se encuentran relacionadas con la ideología *libertaria* del Estado mínimo, mientras que las concepciones distributivas del tributo se hayan ligadas a concepciones *igualitarias*. Vid. GALLO, Franco: *Las razones del fisco. Ética y justicia en los tributos*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

²²¹ La legitimidad de decisiones del tipo “se aprecia una distribución injusta de los costos del derecho a., que debe ser corregido por el Estado” o “se aprecia una priorización deficiente del presupuesto destinado a cumplir con el derecho a., por lo que corresponde al Estado buscar los mecanismos de suplir esta deficiente provisión presupuestal”, supone la posibilidad de exhibir una justificación *objetiva* acerca de los alcances de las necesidades básicas y del principio de solidaridad distributiva. Esta justificación –como ya dijimos- puede encontrarse en los propios materiales normativos con que actúa el juez; pero también, merced al carácter abierto de dichos materiales normativos, debe confiarse a la racionalidad objetiva de la argumentación constitucional -que defendiéramos líneas arriba-.

que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación” (Sentencia T-025/2004).

Por otra parte, la apreciación de la deficiente priorización de los recursos existentes en el presupuesto²²² o de la ejecución ineficiente de recursos públicos, que están afectando la realización de los derechos sociales, requiere cierta pericia y conocimientos técnicos en temas presupuestales o financieros, de los cuales generalmente carecen los jueces. Si bien esta es una dificultad marcada en la evaluación jurídica del accionar del Estado, con relación a sus “máximos esfuerzos” para procurar la vigencia efectiva de los derechos sociales, la misma no representa un obstáculo insalvable. Como ya dijimos líneas arriba, en realidad la conversión de los derechos sociales en *prescripciones normativas* capaces de limitar el accionar de la política depende, en gran medida, del esfuerzo de los jueces por pertrecharse de los instrumentos técnicos, argumentales y procesales necesarios para llevar adelante el control sofisticado requerido en casos de “protección deficiente”. En esta línea, los jueces pueden recurrir a solicitudes de información, a la regla de la inversión de la carga de la prueba para exigir al Estado la justificación de sus decisiones distributivas, a pericias técnicas o contables efectuadas por órganos de apoyo o *amicus curiae*, a informes paralelos sobre la evolución del gasto social estatal presentados por organismos de derechos humanos especializados en derechos económicos, sociales y culturales, informes, etc.

En este punto, es interesante la experiencia de la Corte Constitucional italiana que cuenta con una oficina especializada en estudiar el *impacto económico* de sus sentencias, lo que le permite más que restringir el alcance de los derechos o su exigibilidad, determinar la forma que adoptará la sentencia y su ejecución. Esta oficina podría instalarse en otros tribunales con el objeto de analizar la información financiera que da cuenta del incumplimiento de los derechos sociales. Por otra parte resulta más que novedosa la iniciativa llevada a cabo por la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Red-DESC de conformar un grupo de trabajo especializado sobre “Análisis de Presupuestos y Derechos Sociales”, la que ha realizado algunas reuniones para compartir información sobre este aspecto y capacitar a distintos organismos de derechos humanos en el análisis de los presupuestos públicos como condición para el litigio en derechos sociales²²³.

Finalmente, pueden existir supuestos en los cuales los jueces establezcan obligaciones *definitivas* de brindar cierto nivel de protección a los derechos sociales, sin margen de discreción sobre el reparto de recursos por parte del Estado. Estos pueden ser los casos de los llamados “dobles pronunciamientos”, donde a pesar de la advertencia realizada por un tribunal en una sentencia anterior, el Estado no ha

²²² En el *caso del Aseguramiento Universal en Salud*, el Tribunal Constitucional peruano precisamente estableció como un criterio para determinar el cumplimiento de la equidad en salud, el componente de la *equidad financiera*, esto es, la necesidad de que existan una cantidad suficiente de recursos para cubrir las exigencias derivadas de dicho principio, lo que debía incluir un “acuerdo global” sobre la prioridad que debía tener el gasto en salud y procedió a analizar si financieramente se encontraban garantizadas las reformas planteadas por el sistema de aseguramiento universal (STC 0033-2010-PI/TC, FF.JJ. 41-47).

²²³ Vid. los avances de este grupo de trabajo, que abre una ruta importantísima en la judicialización de los derechos sociales, en la siguiente dirección electrónica <http://www.escri-net.org/docs/i/431205>.

corregido la deficiente provisión de recursos a favor de determinado derecho social. También son los casos determinados a partir de la aplicación del *test de proporcionalidad* al mandato de prohibición de protección deficiente arriba examinado; es decir, cuando los derechos sociales enfrentan graves desatenciones, por debajo de los niveles esenciales²²⁴, y el Estado no ha mostrado cualificadas razones para justificar dicha desprotección. Aquí los tribunales determinan el cumplimiento de cierto mandato ius-fundamental, por ejemplo el otorgamiento de una prestación médica, sin margen de tiempo para que el órgano responsable de la asignación presupuestal reordene su política fiscal, debiendo simplemente recurrirse a “partidas de contingencia” o “créditos suplementarios” que permitan el acatamiento de la orden judicial.

Gustavo Zagrebelsky ha analizado justamente el tema del impacto presupuestal de las sentencias de la Corte Constitucional italiana que, al tutelar derechos sociales, generan erogaciones de recursos estatales no presupuestados. Si bien Zagrebelsky entiende que las sentencias no están sujetas a las limitaciones del artículo 81 de la Constitución italiana que proscribe la emisión de leyes que erogen nuevos gastos no presupuestados, también considera que, dada la generalidad de las sentencias de la Corte Constitucional y los altos costos que puede generar una sentencia en materia de derechos sociales, es preferible que la Corte instruya mecanismos que permitan al legislador y al ejecutivo prever los mecanismos financieros de cumplimiento de la sentencia, por lo que estima conveniente la emisión, por ejemplo, de sentencias aditivas de principio, que den tiempo a la provisión de dichos mecanismos y que permitan que los derechos declarados en la sentencia constitucional se extiendan a todos los ciudadanos. Admite el profesor italiano, sin embargo, que en casos excepcionales los jueces de donde provienen los juicios de constitucionalidad apliquen los principios enunciados por la Corte al caso concreto para tutelar los derechos objeto de protección²²⁵. En el pensamiento del ex-presidente de la Corte Constitucional se evidencia la disyuntiva entre tutela individual y tutela colectiva de los derechos sociales a los que nos referiremos en las líneas siguientes. En principio concordamos con el profesor italiano en el sentido que si bien en materia de derechos sociales es preferible la tutela colectiva y general, que otorgue el mismo derecho a todos los ciudadanos, suspendiendo el efecto de la decisión constitucional hasta que el ejecutivo y el legislativo prevean los mecanismos financieros necesarios para el cumplimiento de la sentencia, también creemos que en los casos en los cuales se encuentra en grave peligro de irreparabilidad los derechos

²²⁴ Aunque la tesis de los “niveles esenciales” de derechos sociales (obligación recogida en las Observaciones Generales del Comité DESC) nos remite a la doctrina del “contenido esencial” de los derechos fundamentales (recogida en las constituciones europeas de posguerra), doctrina que ha quedado dogmáticamente desacreditada por el test de proporcionalidad, ciertamente la definición jurisprudencial de ciertas exigencias mínimas en materia de derechos sociales puede ayudar a establecer el *umbral* a partir del cual la justificación de su desatención se hace especialmente cualificada. Así, el argumento del costo, por ejemplo, cuando la realización del derecho está por debajo de dicho umbral mínimo no podría en principio justificar la protección deficiente. Esto no quiere decir que nunca lo pueda justificar, pues pueden producirse situaciones excepcionales de crisis económica, ni tampoco significa que los derechos sociales solo sean exigibles hasta la frontera de ese umbral mínimo.

²²⁵ Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo: “Las sentencias de la Corte Constitucional y el último apartado del artículo 81 de la Constitución”, en *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*, Fundap, Santiago de Querétaro, 2004, pp. 59 y ss.

de las personas (otorgamiento de ciertas prestaciones de salud por ejemplo), la tutela individual inmediata puede ser procedente, con cargo a los mecanismos financieros de cumplimiento de las sentencias.

1.3. La crítica de su configuración como derechos subjetivos.

Los derechos fundamentales nacen con la pretensión de erigirse como *derechos subjetivos*, con la intención de constituirse en atributos subjetivos de la persona, por la sola razón de ser consustanciales a su “naturaleza” o “dignidad”. Las revoluciones francesa y norteamericana buscaron, además de fundar un nuevo orden político y social, reconocer y garantizar a sus ciudadanos ciertas posiciones jurídicas básicas que pudieran esgrimir contra el poder político, cuando éste actuara arbitrariamente, olvidando sus responsabilidades constitucionales (Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). Sin embargo, debido a las circunstancias de transformación política y a la escasa confianza en la identificación de los jueces con estos ideales políticos, los derechos, tal como habían sido postulados en las declaraciones, no pasaron a ser *poderes jurídicos* en manos de los ciudadanos que los protegieran contra el abuso. En cambio, se vieron desarrollados por los parlamentos y garantizados por la *concreción* que iba haciendo la *ley* de sus alcances y límites. Los derechos fundamentales pasaron a ser los atributos subjetivos que la *ley* reconociera como tales. Este sistema funcionó adecuadamente mientras los parlamentos daban vida al carácter emancipador de los derechos; no obstante, devino en opresivo y legitimador del *statu quo*, cuando aquellos empezaron a representar sólo los intereses de cierto sector de la clase política. La ley, en este contexto y con el surgimiento del Estado de Partidos, ya no era necesariamente sinónimo de libertad o igualdad, sin embargo seguía siendo el único camino de los derechos fundamentales y su único fundamento jurídico. El carácter reduccionista de la identificación de los derechos con la ley, que duró todo el siglo XIX y parte del siglo XX, terminó, sin embargo, con el “renacimiento constitucional” que se vivió luego de la debacle humanitaria experimentada durante la Segunda Guerra Mundial. En efecto –como ya hemos sostenido a lo largo de este trabajo– la pretensión del *constitucionalismo de posguerra* es recuperar la idea de “dignidad humana” y con ella la dependencia del sistema político y de la ley de los *derechos*, para lo cual no solo se ha empeñado en la construcción jurídica de una entidad propia de los derechos (a través de la argumentación moral práctica), sino que ha arbitrado una serie de procedimientos judiciales para garantizar que los ciudadanos puedan anteponer estos atributos jurídicos frente a las decisiones del poder político. Todo el esfuerzo del constitucionalismo contemporáneo está centrado justamente en lograr que los derechos se hallen inscritos en el *patrimonio subjetivo* de la persona, como posiciones jurídicas esgrimibles frente a cualquier poder público o privado que trate de reducir a la persona a un mero objeto sin dignidad. La dimensión subjetiva de los derechos es, por tanto, consustancial a la propia idea de unos derechos “fundamentales” que representen las condiciones básicas de la dignidad y la autonomía personales.

En el caso de los derechos sociales, sin embargo, esta adjudicación subjetiva de posiciones ius-fundamentales ha sido duramente cuestionada. Y ello no solo por la

dificultad ya examinada a lo largo de este capítulo de afirmar posiciones definitivas a prestaciones sociales, sino por la inconveniencia de reconocer atributos subjetivos sobre *bienes* que dependen más bien de planes *colectivos* y de valores *comunitarios* que no pueden juridificarse en contenidos precisos e individuales sin desnaturalizarse. Así es que en predios académicos prefiere utilizarse la expresión “principios rectores de política económica y social” o “mandatos objetivos” para referirse a los derechos sociales en lugar de la denominación “derechos fundamentales” que hace alusión tanto a una *dimensión objetiva* como a una *dimensión subjetiva*²²⁶. Antes que hablar de un *derecho particular* de cada persona a tener alimentación, educación, salud, vivienda, etc., se prefiere hablar de *obligaciones estatales* de diseño, ejecución y sostenimiento de políticas y servicios públicos que permitan el goce efectivo de estos bienes a favor de *todos* los ciudadanos.

Cuando un tribunal tutela el derecho de una persona a que se le restituya una prestación médica indispensable para su supervivencia, u ordena la provisión de retrovirales para asegurarle una vida digna, o dispone su inclusión en un programa alimentario o de vivienda para sacarlo de un ambiente de riesgo o indigencia, parece hacerlo basado en buenas razones humanitarias (o en la ponderación entre la intervención grave en sus derechos básicos y otros bienes constitucionales en juego), sin embargo, su decisión puede alterar de un modo fundamental el planeamiento colectivo que permite la satisfacción del mismo derecho a favor de todos los ciudadanos. En el caso de órdenes costosas de cumplir, la decisión puede desviar los fondos destinados a la satisfacción de niveles esenciales de derechos para muchos a favor de la satisfacción de una prestación cara de un único o de un grupo de demandantes victoriosos. Por otro lado, el precedente sentado por el tribunal puede ser un factor desencadenante de una serie de casos que, en conjunto, pueden coadyuvar a alterar seriamente el financiamiento y el planeamiento de la política elaborada para satisfacer determinado derecho social. De esta forma, la adjudicación subjetiva de derechos sociales puede ir en contra no solo de la competencia de los órganos democráticos encargados de diseñar la política pública, sino del *igualitarismo* en materia de necesidades básicas, que está en la base de su reconocimiento constitucional²²⁷.

Como ha sostenido Fernando Atria, cuando se otorga un derecho en calidad de atributo subjetivo, dicho derecho puede reclamarse inobjetablemente frente a la comunidad; al pertenecer al patrimonio jurídico de la persona puede solicitarse sin esperar a que el resto de la comunidad alcance el mismo grado de satisfacción que se pretende; no espera a la distribución igualitaria del bien, sino que lo reclama aún contra la suerte del resto de la comunidad: “la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos), porque ella implica la idea de tenderle la mano a la otra persona, un elemento de supresión del yo y de sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza, como un medio de adjudicar

²²⁶ Esta doble dimensión de los derechos fundamentales es postulada y analizada ampliamente en el clásico libro de HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003.

²²⁷ Hemos analizado esta problemática en LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: “Acerca de la dimensión colectiva en la protección de los derechos sociales. Las recetas de la justicia constitucional y el rol de la política”, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 111, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010.

pretensiones en conflicto y el principio de ganar o perder viola el momento de autonegación que subyace al encuentro de la solidaridad”²²⁸.

En esa misma línea, también se afirma que la tutela subjetiva de derechos sociales no pone énfasis en las *condiciones estructurales* que están impidiendo su ejercicio adecuado, centrándose solo en las condiciones de privación de quien recurre al órgano jurisdiccional. Ello trae como consecuencia que la tutela jurisdiccional de los derechos sociales sea siempre una “tutela de salvavidas”, que se preocupa más por no hacer perder *dignidad* a los justiciables que por procurar alcanzar la *igualdad* en la distribución de los bienes básicos que satisfacen los derechos sociales. De esta forma la adjudicación subjetiva se engarza más con el ideario liberal de los derechos sociales que los entiende justificados en la *caridad*, que con opciones igualitarias, socialistas o republicanas que los entienden afincados en los valores de *justicia* e *igualdad*²²⁹.

Por otro lado, dado que a los jueces les está vedado cambiar los acuerdos sobre la distribución de los bienes sociales, y teniendo en cuenta que –como ha sostenido Ricardo García Manrique– actualmente la realidad social e institucional refleja un marcado distanciamiento respecto al ideal de distribución igualitaria que encarnan los derechos sociales²³⁰, la tutela jurisdiccional activada a través del sistema de derechos subjetivos, se reducirá a reflejar aquella consideración disminuida de los derechos sociales que está cimentada en la estructura jurídica misma de las sociedades capitalistas actuales. De este modo, subjetivar los derechos sociales para darles una protección jurisdiccional concreta y acotada los dislocaría de su comprensión como bienes ius-fundamentales, que por lo mismo exigen una estructura social, política y económica que permita disfrutarlos de modo equitativo. Mientras los derechos sociales como *derechos subjetivos* tendrían siempre un alcance limitado, una protección jurídica minimalista, los derechos sociales como *derechos fundamentales* –se dice– aspiran a una protección optimizadora que los coloque como el centro mismo de la organización social y económica de un país. Cuanto más distanciados nos encontremos de ese ideal de *justicia* en la estructura básica de la sociedad y menos vías institucionales tengamos para alcanzarlo, más recomendable es –afirma García Manrique– renunciar a la construcción de un sistema de derechos

²²⁸ ATRIA, Fernando: “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones. Derechos Sociales*. N° 4, DOXA, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2004, pp. 18-19, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15570>.

²²⁹ ATRIA, Fernando: “¿Existen derechos sociales?”, op. cit., pp. 31-32.

²³⁰ Este distanciamiento –ha sostenido el profesor español– si bien en principio es coyuntural pues depende de factores humanos, deviene en *estructural* dado el anclaje tan sólidamente establecido del principio distributivo del *libre mercado* en materia de derechos sociales. A diferencia de los derechos civiles y políticos que son adscritos en función a un criterio de *ciudadanía* (esto es, de modo universal), los derechos sociales combinan formas de distribución pública y privada, que ocasionan que los derechos a la educación, salud, vivienda, etc. no sean otorgados por igual en función a la cualidad de “persona” o ciudadano”, sino que sean adjudicados en función a la capacidad adquisitiva de la persona: educación, salud, alimentación y vivienda de *calidad* para los que pueden comprarlo en el mercado, y salud, educación, alimentación o vivienda *deficientes* para quienes no pueden adquirirlos en el mercado y deben recibirlos del Estado. Vid. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, en *Derechos y libertades*, Número 23, Época II, junio 2010, pp. 79-85. Vid. un análisis agudo de la **segregación** educativa generada por esta combinación de asignación de derechos público y privada en ATRIA, Fernando: *Mercado y ciudadanía en la educación*, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2007; también ATRIA, Fernando: “10 lugares comunes falsos sobre la educación”, en la dirección electrónica <http://ciperchile.cl/multimedia/29443/>.

subjetivos que los proteja jurídicamente²³¹, tanto si no queremos reducir la importancia y alcances que su concepción ius-fundamental puede alcanzar en el plano *político*²³², como si no deseamos, en sentido contrario, subvertir la *jurisdicción* haciéndola que corrija en el seno de un proceso judicial un asunto que tiene que ver con el diseño del propio modelo económico, esto es, un asunto de competencia exclusivamente política²³³.

Varias cosas tenemos que anotar a estas objeciones a la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos. En primer lugar, que las objeciones expuestas por autores como Fernando Atria y Ricardo García Manrique están pensadas en función a una aplicación del concepto de *derecho subjetivo* existente en el Derecho Privado al campo del Derecho Constitucional. En efecto, si bien el concepto de derecho subjetivo se construyó, sobre todo, pensando en la *singularización* de la titularidad de la propiedad, para lo cual el ordenamiento jurídico debió establecer reglas *claras y concluyentes* respecto a quién debía ser considerado propietario, con exclusión de terceros y con el señalamiento de las potestades atribuidas a esta condición²³⁴, este concepto no se transpoló sin más al nuevo fenómeno que intentaba cubrir: la aparición de los derechos naturales.

²³¹ A esta relación inversa entre la efectividad debilitada de la categoría de derecho subjetivo y las condiciones generales del sistema político-cultural de las economías de mercado se ha referido también Danilo Zolo cuando ha enunciado una especie de “ley de la eficacia decreciente” de los derechos subjetivos que, contrariamente a lo sostenido por Thomas Marshall, desconfía del reconocimiento jurídico de los derechos sociales como elemento transformador del orden capitalista antiigualitario. Zolo, en todo caso, reconoce que dicho sistema de derechos subjetivos, como galvanizador de la igualdad social, es posible en un contexto de permanente “lucha por el derecho”. Vid. ZOLO, Danilo: “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª. Edición, Trotta, Madrid, 2007, pp. 95-97.

²³² “Por tanto, y recapitulando, recurrir a la técnica del derecho subjetivo significa obtener la ventaja de la seguridad jurídica de la expectativa a cambio de pagar el precio del recorte o restricción de la expectativa. Que merezca la pena pagar el precio dependerá de cuán alto sea, y debe haber quedado ya claro que no siempre es el mismo, porque la restricción de la expectativa no tiene siempre el mismo alcance. En el caso de los derechos fundamentales, no cabe duda que su configuración como derechos subjetivos ofrece a los ciudadanos altos niveles de seguridad, pero les exige renunciar a sus expectativas en mayor o menor grado según se trate de derechos liberales o de derechos sociales, porque la renuncia está en función de lo que pueda asegurarse mediante el derecho subjetivo, y ello depende del estado de las cosas, como he tratado de justificar a lo largo de este trabajo. Como los derechos sociales expresan estados de cosas cuyo estado de realización es mucho menor, la expectativa asegurada por el derecho subjetivo es mucho más baja, y la renuncia, mucho mayor. ¿Merece la pena pagar el precio? Ya he dicho que depende del grado de restricción de las expectativas en que consisten los derechos sociales. A mi juicio, ese grado es muy alto y, por tanto, el precio también”. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, op. cit., p. 102.

²³³ Un derecho fundamental al *máximo* no puede tutelarse en sede jurisdiccional como derecho subjetivo – afirma Fernando Atria – porque el derecho subjetivo supone una obligación correlativa definida con precisión, lo cual es imposible tratándose de contenidos aspiracionales o ideales que se mueven sin cesar hacia adelante y que solo pueden conformarse en el seno de una discusión de carácter ideológico-político. Vid. ATRIA, Fernando: “Derecho y política a propósito de los derechos sociales”, en *Discusiones. Derechos Sociales*. N° 4, op. cit., p. 151. De la misma postura es Celestino Pardo, para quien “un derecho al óptimo (...) necesariamente envuelve cierta contradicción: su contenido no consiste en un estado de cosas determinable de antemano y por tanto cuantificable previamente (...). La pretensión a algo semejante no es un derecho subjetivo”. Vid. PARDO, Celestino: “Reivindicación del concepto de derecho subjetivo”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, op. cit., p. 388.

²³⁴ CRUZ PARCERO, Juan Antonio: *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 22-23.

Como ha manifestado Eduardo García de Enterría, aunque el préstamo del concepto de derecho subjetivo (aparecido como ya dijimos en el ámbito del derecho de propiedad) fue vital para considerar a la persona “titular” de ciertos derechos inalienables, desencadenando la revuelta contra el Estado y su justificación absolutista²³⁵, también es cierto que, pronto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, pondría coto a un entendimiento torcido de dichos derechos como excluyentes y absolutos. En primer lugar, porque al reconocer en su artículo 1 que “Los hombres permanecen libres e iguales en derechos”, establece no una condición de *exclusividad* en el goce del derecho a favor de tal o cual persona o grupo (como en el caso del derecho de propiedad), sino una condición de *universalidad* en su disfrute: dado que los hombres son iguales por naturaleza, a todos ellos les corresponden gozar de los mismos derechos inalienables reconocidos por la Declaración²³⁶. En segundo lugar, porque de acuerdo al artículo 4 de la Declaración “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos”; es decir, los derechos naturales y sagrados del hombre, si bien revestían el mayor valor y constituían “la meta de toda asociación política”, no eran *absolutos*, pues admitían los *límites* que se derivaban de la necesidad de garantizar a todos los ciudadanos los mismos derechos. Los derechos humanos no eran a la manera de los *derechos subjetivos privados*, concluyentes e ineluctables, sino que admitían desde un inicio *ponderación*.

La ponderación para definir los alcances y límites de los derechos fue llevada a cabo durante todo el siglo XIX por el legislador. La ley era el instrumento por excelencia de delimitación de los derechos. Con esto se ganó en *precisión* respecto al contenido de lo que a las personas les correspondía exigir frente al Estado, pero se perdió en *alcance*, pues los derechos vendrían a ser sólo aquello que el legislador hubiera reconocido expresamente como atributo subjetivo de la persona (*derechos públicos subjetivos*), sin posibilidad de cuestionar, a través de la razón práctica, en el seno de un proceso judicial, la discrepancia entre el ámbito protegido por el legislador y lo dispuesto expresamente por la Constitución o lo derivado interpretativamente de ella. La distancia, como lo expusimos en el primer capítulo, fue grande entre diversas declaraciones de derechos dictadas en el siglo XIX e inicios del siglo XX y la realidad de reconocimiento legal que tuvieron muchos de ellos. Así es que el carácter burgués, primero, y nacionalsocialista, después, de la mayoría de parlamentos europeos menoscabaron seriamente la impronta igualadora de los derechos sociales, primero, y las propias bases liberales de los derechos civiles y políticos, después.

Con el advenimiento del constitucionalismo, luego de la Segunda Gran Guerra, los derechos afianzaron su condición de *derechos subjetivos* al recogerse en las

²³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lengua de los derechos, La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 2ª. edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 49-56.

²³⁶ Ha sido Luigi Ferrajoli quien ha establecido la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales justamente en la pretensión universalizante de los primeros, frente a la pretensión excluyente o particularizante de los segundos. Vid. FERRAJOLI, Luigi: “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª. Edición, Trotta, Madrid, 2007, pp. 29-35.

constituciones diversos procedimientos judiciales destinados a tutelarlos directamente, pero también ampliaron su alcance e importancia, al consagrarse como límite y justificación del accionar de cualquier autoridad estatal, incluyendo al legislador. Es decir, los derechos ya no estaban constituidos solo por aquellos contenidos delimitados en la ley, sino que se componían autónomamente por los mandatos que se derivaban de su expresión semántica o de su interpretación efectuada en un plano de racionalidad práctica. Con la apelación a la argumentación moral y jurídica, como forma de rellenar las disposiciones ius-fundamentales abiertas, los derechos subjetivos constitucionales dejan de ser claros, certeros y concluyentes, pero a cambio ganan la *ductilidad*²³⁷ necesaria para colocarse como exigencia superlativa de adecuación jurídica, como parámetro de validez de cualquier acción u omisión estatal. De este modo, los derechos fundamentales pasan a definirse ya no como *normas-regla*, sino como *normas-principio*: “mandatos de **optimización**, según las posibilidades fácticas y jurídicas”, de acuerdo a la brillante condensación que ha hecho Alexy de esta idea²³⁸. Por la misma razón, los derechos no pueden ser considerados como *absolutos*, derechos incuestionables que un individuo esgrime contra la comunidad (en la expresión de Atria), “cartas de triunfo” (en la alocución de Dworkin)²³⁹ que suponen la derrota de otras pretensiones fundamentales igualmente importantes para la sociedad. Al definirse como mandatos de optimización “dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas” se reconoce el contexto social y de interdependencia jurídica en el cual se desenvuelven y los límites que encuentran en el aseguramiento del goce de los mismos derechos a favor de los demás miembros de la sociedad (conforme a la concepción originaria recogida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano).

Con esta nueva comprensión de los derechos fundamentales, que combina la dimensión *subjetiva* con el carácter *optimizador* y que constituye, por lo demás, la concepción estándar que emplean actualmente los tribunales constitucionales, no encuentra asidero, en principio, la crítica referida a que la adjudicación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos implica su reducción a contenidos *mínimos*. Recordemos que la crítica de García Manrique y Atria estaba enfocada en que la caracterización de un derecho subjetivo supone precisión, claridad y predictibilidad en la definición de las obligaciones correlativas, condición que solo puede asumirse respecto de derechos fundamentales entendidos como “derechos acotados”, reconducibles a aquellos aspectos institucionales y jurídicos que hayan alcanzado cierta *regularidad*, pero en ningún caso a pretensiones maximizadoras o a ideales y aspiraciones éticas.

Sin embargo, la caracterización de los derechos subjetivos en que se fundamenta esta crítica, si bien es aplicable a los derechos subjetivos privados, teniendo en cuenta el requerimiento de certeza, seguridad jurídica y exclusividad de títulos que exige este tipo de posiciones jurídicas, la misma no resulta extensible necesariamente a los derechos subjetivos constitucionales. Cuando los ciudadanos

²³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 75-108.

²³⁸ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 81 y ss.

²³⁹ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009.

reclaman “sus derechos”, el sentido de *pertenencia* o *titularidad* con que lo hacen no involucra un sentido de certeza, exclusividad o perentoriedad. Muchas veces los derechos se piden aún con la *incertidumbre* de saber si nuestros argumentos morales y jurídicos serán bien recibidos: los derechos se invocan incluso en momentos y circunstancias adversas a su reconocimiento. Tampoco se reclaman como atributos adjudicables sólo a quien los pide: quien los petitiona lo hace con base en una concepción de la dignidad que por lo mismo considera aplicable a cualquier ciudadano. Finalmente, tampoco se pretenden como incondicionales, pues quien los invoca sabe que debe cohonestar el atributo esgrimido con otros bienes básicos para la sociedad: es por ello que muchas veces los defensores de derechos humanos incluyen como parte de sus demandas delicados exámenes de proporcionalidad. Reclamos como el término de la segregación racial en la educación, la eliminación del delito de sodomía, o la eliminación de la penalización del aborto, fueron hechos en términos de derechos²⁴⁰, con el sentido de pertenencia que caracteriza al “derecho subjetivo”, pero no estuvieron en ningún momento revestidos de las connotaciones de certeza, exclusividad o perentoriedad que caracterizan a esta categoría jurídica en el campo del Derecho Privado. Los derechos fundamentales valen pues como derechos subjetivos, aún cuando no gocen, en el mismo grado, de las características que identifican a éstos como derechos subjetivos privados.

Por otra parte, los derechos subjetivos constitucionales, aún con este grado de elasticidad e incertidumbre, representan pretensiones jurídicas relevantes, que pueden esgrimir los ciudadanos como parte de sus aspiraciones éticas más fundamentales. Los derechos aún cuando no se encuentren respaldados institucionalmente ni tan siquiera en el seno de la opinión mayoritaria de la ciudadanía, tienen un peso específico como argumento moral y jurídico, que puede pretender exigirse incluso frente a estas adversidades. Parecen no recordar Atria y García Manrique, por ejemplo, que la decisión sobre la eliminación de la segregación racial en la educación se tomó aún cuando la segregación era el diseño institucional “normal” de la educación en Estados Unidos y en contra de la oposición de un amplio sector ciudadano de los Estados del Sur que veían inconveniente la integración de las dos razas. Aquí, Brown, padre de dos niñas de tez negra, reclamó, como parte del derecho a la educación de sus hijas, el derecho a matricularlas en una “escuela para blancos”, que era la más cercana a su domicilio. Reclamó un “derecho al óptimo educativo”, y no un derecho al mínimo “separados pero iguales”, y lo hizo aún cuando la pretensión era incierta, iba contra el sistema educativo existente e incluso contra la percepción de “normalidad” que la doctrina constitucional fijada en *Plessy vs Fergusson* (1896) había adquirido en la sociedad estadounidense. Aún así la *National association for the advancement of colored people* (NAACP), una de las organizaciones más importantes en la lucha por los derechos civiles, buscó el caso y

²⁴⁰ Sobre los casos *Brown vs. Board of education of Topeka* (segregación racial en las escuelas), *Lawrence vs. Texas* (sobre la inconstitucionalidad del delito de sodomía), y *Roe vs. Wade* (sobre el derecho de las mujeres a la interrupción del embarazo), vid. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

lo argumentó fervorosamente desde la perspectiva de los *derechos* inalienables de las niñas a la igualdad racial y a la educación²⁴¹.

Así como en este caso, en muchas ocasiones los tribunales han dado vida a los derechos en su expresión más noble, remediando las estructuras mismas del sistema político. Es cierto también que esto no sucede siempre y que los jueces y cortes se muestran cautos a la hora de emitir decisiones que causen impactos de este tipo. En el caso de los derechos sociales, es cierto que parece difícil imaginar a un juez ordenando, por ejemplo, el término de la “segregación de clase” en la educación, anulando la potestad de las escuelas de negar la matrícula en función a la capacidad económica de los padres²⁴². Y ello básicamente porque dicha decisión supondría confrontarse a las valoraciones políticas que son las que sostienen el sistema educativo tal y como funciona hoy en día. En ello parecen acertar Atria y García Manrique cuando sostienen la dificultad e inconveniencia de una función *transformativa* de la justicia²⁴³ y de una protección *maximizadora* de los derechos: en ese plano de profundidad valorativa y alcance tuitivo la función judicial no solo se vuelve tremendamente compleja e incierta, sino que puede asumir claros ribetes políticos.

Esta conclusión, sin embargo, no parece inevitable a la luz del **modelo de justiciabilidad** de los derechos sociales que hemos expuesto en este trabajo. Este modelo lleva adelante un control *intenso* de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales, juridificando distintas *condiciones* que son esenciales para desarrollar una política pública adecuada y razonablemente orientada a la satisfacción de estas necesidades básicas. De esta forma, el control jurisdiccional se involucra con las “fallas estructurales” que están impidiendo, en un nivel colectivo, el goce de los derechos. Del mismo modo, se involucra con cuestiones sustantivas o axiológicas contenidas en la política pública, poniendo en evidencia ciertas perspectivas disminuidas del alcance de los derechos que hayan establecido los órganos políticos, aunque siempre dentro del marco de las obligaciones normativas contenidas en los pactos internacionales, las constituciones y las leyes. Sin embargo, este tipo de control jurisdiccional no determina, completamente, el *contenido* de la política pública destinada a cumplir con los derechos sociales. La adopción de “medidas concretas” queda dentro del “margen de acción” de los órganos políticos, a quienes la sentencia reenvía los “modos” de superar los déficits encontrados en la política y los bajos niveles de goce de los derechos.

No obstante, es verdad que este tipo de decisiones “activistas” suponen también un cierto grado de invasión del ámbito reservado a la política, a la que

²⁴¹ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro: “Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, op. cit., p. 461-466.

²⁴² Potestad que según la conclusión de Atria es la que debe eliminarse a efectos de terminar con la segregación económica y de clase en la educación. Vid. ATRIA, Fernando: *Mercado y ciudadanía en la educación*, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2007; también ATRIA, Fernando: “10 lugares comunes falsos sobre la educación”, en la dirección electrónica <http://ciperchile.cl/multimedia/29443/>.

²⁴³ VALENCIA VARGAS, Areli: “Derechos humanos y equidad social: Avanzando hacia una visión transformativa en la protección de los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 13, México, enero-junio de 2010, pp. 213 y ss.

corresponde en principio establecer, de acuerdo con un análisis global de las necesidades de la población y la valoración axiológica de dichas necesidades, la prioridad, el momento y el alcance de los derechos sociales. Sin embargo, como se ha sustentado desde el enfoque de “desbloqueo estructural”²⁴⁴ en el que se fundamenta el modelo de justiciabilidad aquí defendido, la intervención de las cortes es necesaria (y justificada) cuando la infraprotección de los derechos no es producto de una voluntad democrática genuina, adoptada en el seno de una deliberación pública que ha preferido atender otros sectores de modo más urgente, sino que es resultado más bien de la falta de visibilización de las privaciones más graves de la población, de la ausencia de participación y voz de los sectores que sufren dichas privaciones, de la deficiente comprensión de las obligaciones internacionales, constitucionales y legales respecto a los derechos sociales, o simplemente de la abulia o negligencia de las autoridades estatales. Ante esta realidad, donde –como afirma Juan Carlos Bayón– no se percibe el valor intrínseco de la democracia y disminuye seriamente su valor instrumental, los tribunales encuentran legitimidad para intervenir y “desbloquear” la inacción política, poniendo en evidencia las deficiencias de la política pública y la minusvaloración que se ha hecho de los derechos sociales y de las poblaciones puestas en riesgo, pero dejando –en principio– que sean estos órganos democráticos los que definan el alcance de la protección progresiva que se va a brindar a los derechos y los modos de llevarla a cabo²⁴⁵.

Este modelo de justiciabilidad puede adoptar, a su vez, distintos grados de alcance o profundidad en las decisiones judiciales, según las circunstancias del caso concreto: i) puede ir desde una mera exhortación o de la emisión de una sentencia declarativa, como en el *caso Grootboom*, donde la corte se limita a “declarar” la violación del derecho social, merced a determinada deficiencia advertida en la política pública, ordenando a los órganos competentes adoptar las medidas pertinentes para superar dicha deficiencia; ii) hasta sentencias más complejas como la del *caso del Desplazamiento Forzado*, donde la corte no solo “declara” la violación de los derechos sociales en cuestión, sino que asume un “proceso de seguimiento”, donde controla si las medidas adoptadas por los órganos políticos para superar la violación declarada en la sentencia son constitucionalmente adecuadas y están brindando resultados de cara al disfrute efectivo de los derechos por parte de la población beneficiaria. En ambos casos, los tribunales se comprometen con la vigencia efectiva de los derechos sociales, pero al mismo tiempo, pretenden preservar la competencia de los órganos políticos para decidir los modos de alcanzar dicha vigencia, forzando en todo caso, la realización de un genuino debate público-

²⁴⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: *Cortes y cambio social*, op. cit. pp., 37-52.

²⁴⁵ BAYÓN, Juan Carlos: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (Compiladores), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 70-74. De la misma tesis es GARGARELLA, Roberto: “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Rodolfo Arango (Editor Académico), Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, pp. 390-401.

democrático sobre el alcance y las formas de llegar el óptimo comprendido en la definición sustantiva de los derechos²⁴⁶.

El modelo de justiciabilidad planteado requiere, sin embargo, de una serie de *condiciones* para ser factible y útil de cara a proteger adecuadamente los derechos sociales. En primer lugar, dado el involucramiento que los jueces tienen con cuestiones sustantivas trascendentes como el alcance de los derechos y las prioridades de la política pública, los jueces deben gozar de un considerable margen de legitimidad social, a efectos de llevar adelante y liderar el proceso que permita la transformación estructural que requieren los derechos para su plena realización. En segundo lugar, los jueces deben poder argumentar debidamente sus decisiones en estas materias, tanto en los aspectos que se refieren al alcance de los derechos, la aplicación de estándares de razonabilidad y proporcionalidad, como en asuntos técnicos sobre política pública, manejo de indicadores y presupuesto. En tercer lugar, el sistema judicial y procesal debe poder brindar cabida a casos de “litigio complejo, estructural o estratégico” como éstos, a través de incentivos y facilidades a organismos de derechos humanos o defensores públicos encargados de llevar adelante este tipo de demandas²⁴⁷, de acciones procesales adecuadas a este tipo de intereses, y de auxiliares jurisdiccionales que pueden coadyuvar a la tarea de las cortes en este tipo de casos, como comisiones de investigación socio-legal, oficinas de análisis económico u organismos especializados de seguimiento de decisiones judiciales²⁴⁸. En cuarto lugar, la acción de los tribunales debe verse acompañada por acciones decididas de la sociedad civil en pos de los derechos sociales, pues no solo serán organismos de derechos humanos o clínicas jurídicas las que diseñarán la estrategia llevada a las tribunales, sino que estas entidades así como universidades, sindicatos, etc. serán las que tendrán una intervención decisiva tanto en el proceso como en el seguimiento de la decisión favorable a los derechos²⁴⁹. Por último, y no menos importante, las decisiones adoptadas en este tipo de procesos complejos

²⁴⁶ Pueden darse casos, sin embargo, que exijan una protección más activista de las cortes, que otorgue una protección definitiva a los derechos sociales, como vimos al examinar la aplicación del test de proporcionalidad al mandato de prohibición de protección deficiente. Este tipo de decisiones supone una invasión más grande del ámbito reservado a la política, sin embargo ella puede ser necesaria en casos graves donde la ponderación de los principios formales que otorgan prioridad *prima facie* a la deliberación democrática no resista al elevado nivel de protección, urgente y perentorio, que requieren los derechos sociales en ciertos casos.

²⁴⁷ Gargarella ha anotado la especial significación que adquirió la ampliación de la legitimación en el caso de la India, para permitir el acceso a las cortes a los pobres en defensa de sus derechos. Paradigmática ha sido en ese empeño la labor del juez Bhagwati, quien ha manifestado al respecto que: “la Suprema Corte de la India encontró que el principal obstáculo que privaba a los pobres y a los desaventajados de un efectivo acceso a la justicia eran las reglas tradicionales sobre legitimación, que insistían en que sólo una persona que había sufrido un agravio legal específico en razón de una violación actual o una amenaza de violación sobre sus derechos o intereses jurídicamente protegidos puede iniciar una acción para una reparación judicial”. La necesidad de que se de paso a litigios de tipo estructural que enfrenten las causas de privación de las necesidades de muchas gente depende, pues de un cierto activismo judicial que favorezca el acceso a las cortes, como lo ha demostrado la experiencia de la *jurisdicción epistolar* en la India. Vid. GARGARELLA, Roberto: “Primeros apuntes para un estudio de la legitimación (*standing*)”, en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Democracia, Roberto Gargarella (Coordinador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 317-318.

²⁴⁸ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y Jose Miguel ROJAS BERNAL: “Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales”, op. cit., pp. 420 y ss.

²⁴⁹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 496-503.

dependen de la colaboración decidida de una serie de autoridades estatales para tener realmente impacto en la mejora de los índices de goce efectivo de los derechos, para lo que se requiere no solo una cierta cultura política y jurídica entre los cargos políticos de mayor envergadura, sino una cierta preparación en políticas públicas con enfoque de derechos en la tecnocracia encargada de transformar las determinaciones judiciales y políticas en medidas concretas a favor de los derechos. Todas estas condiciones no se encuentran muchas veces presentes, de modo conjunto, en las democracias frágiles de las que hemos aquí hablado, pero su consecución no es imposible y supone más bien una tarea central para los juristas e intelectuales activistas que pugnan por encontrar herramientas útiles para la realización efectiva de los derechos sociales²⁵⁰.

Es cierto, como afirman Atria y García Manrique, que los derechos sociales no se encuentran en una coyuntura adecuada para funcionar como derechos subjetivos, para ostentar, en suma, un carácter normativo vinculante. Las políticas de focalización del gasto social, el estímulo de la inversión privada en la prestación de servicios básicos, la flexibilización del derecho laboral, la liberalización del comercio y la disminución de la presión tributaria, entre otras medidas adoptadas a partir de los gobiernos de Margaret Thatcher en Inglaterra y Ronald Reagan en Estados Unidos, son las que han abonado en esta dificultad. Estas medidas forman hoy parte de un consenso casi mundial a favor de un sistema económico de libre mercado, que difícilmente vaya a cambiar en lo inmediato. Sin embargo, es cierto también que estos autores minimizan en demasía el papel que le compete cumplir al Derecho y a los tribunales en los procesos de transformación social²⁵¹. En primer lugar, como ya explicamos, en el marco del modelo de litigio estructural aquí presentado, los tribunales pueden efectuar un control intenso de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales, sin invadir mayormente el margen de acción de la política. Las soluciones creativas que han ofrecido a este respecto las cortes constitucionales de Colombia y Sudáfrica, así como la Corte Suprema de la India son sumamente importantes. El control ejercido por las cortes, aunque confronte la valoración disminuida que se da a los derechos sociales en el ámbito político, no requiere recurrir necesariamente a sofisticadas teorías filosóficas sobre justicia distributiva para corregir dicha infravaloración, sino que puede sustentarse en materiales normativos ubicados dentro del propio ordenamiento jurídico, como los tratados internacionales, las constituciones y diversas leyes de desarrollo constitucional, donde los Estados generalmente reconocen el valor, la prioridad y las

²⁵⁰ En esta línea, Luigi Ferrajoli ha manifestado expresivamente que: “La tradición jurídica liberal, poco interesada por la tutela de los derechos sociales, nunca ha elaborado en el plano teórico un garantismo social parangonable al garantismo liberal dispuesto para los derechos de propiedad y de libertad. Tampoco lo ha hecho, durante un largo período, la tradición jurídica de ascendencia marxista y socialista, debido a su desvalorización genérica del derecho como instrumento. Hoy en día, libros como el de Víctor Abramovich y Christian Courtis vienen a llenar una laguna. Y revelan el carácter por así decirlo performativo y constitutivo que una cultura jurídica que tome los derechos en serio, según la bella frase de Ronald Dworkin, puede tener frente al derecho mismo, que no es una entidad natural, sino una construcción lingüística y simbólica cuya consistencia conceptual y fuerza vinculante depende en gran parte del empeño cívico e intelectual de sus intérpretes, sean éstos jueces o juristas”. Vid. Vid. el Prólogo de Luigi Ferrajoli al libro de ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 9-14.

²⁵¹ UPRIMY, Rodrigo y Mauricio GARCÍA VILLEGAS: “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Boaventura de Sousa Santos (Coordinador), Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 255 y ss.

obligaciones dimanantes de estos derechos. Pueden también valerse los tribunales de sus propios precedentes, así como de decisiones tomadas en jurisdiccionales internacionales o en distintas cortes constitucionales a nivel mundial que trabajan con este tipo de derechos. Es decir, aunque los derechos sociales tengan problemas de realización práctica por la realidad político-cultural a la cual se enfrentan, su protección judicial no deja de ser útil en la tarea de transformación social, dado el reconocimiento normativo que aún ostentan. Por otro lado, como muestra el *caso del Sistema de Aseguramiento en Salud en Colombia* (T-760/2008), aún cuando la Corte Constitucional no haya atacado el modelo mismo de salud en Colombia (competencia regulada o pluralismo estructurado), su sentencia ha generado un amplio debate sobre la adecuación constitucional de dicho modelo en relación con las exigencias de la salud como derecho fundamental (*efecto deliberativo*)²⁵². Adicionalmente a ello, como muestra el *caso del Desplazamiento Forzado*, el impacto de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana ha sido fructífero también en los índices de goce efectivo de los derechos (*efecto social*). Finalmente, la crítica de Atria y García Manrique desatiende el *efecto simbólico* que puede tener el Derecho en general y las decisiones de los tribunales en particular. Como ha señalado Boaventura de Sousa, un conjunto de decisiones sólidas de los tribunales en determinado sentido pueden cambiar la percepción que los ciudadanos tienen del sistema político y de sus derechos²⁵³. Nuevamente, como muestra el estudio de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco respecto al impacto de la sentencia sobre el *Desplazamiento Forzado*, uno de los principales efectos de la sentencia ha sido el cambio de discurso sobre el problema de los desplazados en Colombia, de discurso humanitario a discurso con enfoque de derechos. Como evidencian las encuestas tomadas al respecto, tanto las autoridades responsables como las víctimas involucradas y la sociedad civil hablan del tema en términos de derechos²⁵⁴. Esta apropiación del “derecho” por parte de las víctimas puede ser crucial a la hora de emprender cambios más profundos sobre el problema de los desplazados, sea que dichas soluciones provengan de la política o del derecho. En síntesis, la consideración de los derechos sociales como mandatos normativos y su protección jurisdiccional, aún cuando no puedan cambiar inmediatamente las estructuras que posibiliten su máxima realización, juegan un rol muy importante en la transformación social.

Por último, debemos enfatizar que este modelo de judicialización de los derechos sociales si bien devuelve el interés en un **“constitucionalismo de los**

²⁵² Hemos abordado este debate en LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: “La política de Aseguramiento Universal en Salud y su examen por el Tribunal Constitucional”, op. cit., pp. 76-77.

²⁵³ DE SOUSA SANTOS, Boaventura: *Sociología jurídica crítica*, op. cit., pp. 108-114 y p. 501. Como ha anotado brillantemente también Cass Sunstein, los comportamientos humanos que perjudican o favorecen la cooperación social, no son producto de una mera elección individual, sino que se encuentran determinados en un importante grado por las normas sociales sobre dicha cooperación: un sujeto que no cumple una norma de cooperación aceptada socialmente será vista como egoísta o codiciosa. De este modo, el cambio en las normas de cooperación social (que puede ser operada por los tribunales) es trascendental para ayudar el cambio colectivo hacia una mayor solidaridad. Vid. SUNSTEIN, Cass: “Normas sociales y roles sociales”, en *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase*, Eric Posner (Compilador), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2002, pp. 203 y ss.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: *Cortes y cambio social*, op. cit. pp., 92-126 y 269-273.

deberes²⁵⁵, al centrarse principalmente en las *condiciones objetivas* que deben garantizar tanto el Estado como la sociedad para el goce efectivo de los derechos, no desconoce en modo alguno la *dimensión subjetiva* de la que aquí se ha hablado, sino que más bien reconduce dicha dimensión en un sentido de pertenencia o titularidad compartido, colectivo y solidario. Y ello porque a pesar de que el litigio estratégico se enfoca en exigir al Estado la superación de los aspectos estructurales que están impidiendo el ejercicio de los derechos, dicha exigencia se hace en razón a que un sector importante de la población sufre una *privación grave* de sus derechos básicos. Dicha privación grave es justamente la que justifica que los jueces apliquen un control intenso sobre las razones que arguye el Estado para brindar el nivel deficiente de protección que otorga a los derechos en cuestión. Es en este contexto que la Corte Constitucional de Colombia en los procesos de seguimiento de las sentencias sobre el *Desplazamiento Forzado* y el *Sistema de aseguramiento en salud*, no se preocupa solo por impulsar al Estado a corregir sus políticas, incrementando el presupuesto, coordinando mejor los recursos humanos o ampliando la profundidad de sus planes de prestación social, sino que busca confrontar el avance en estos aspectos institucionales con la mejora de los índices de lo que la Corte denomina “el goce efectivo de los derechos”²⁵⁶.

Por otro lado, como hemos adelantado ya, el modelo de litigio estructural o estratégico, aunque dirigido a remover las estructuras sociales y económicas que están impidiendo el ejercicio de los derechos, requiere la participación de modo activo y comprometido de la sociedad civil, de las víctimas y de las propias autoridades estatales, como condición necesaria para su efectividad como modelo de justiciabilidad de los derechos sociales. Las pretensiones de alcanzar cambios en la política pública y en la estructura económica o social no son cuestiones que quepan solo a los políticos –y he aquí la razón fundamental para *adjudicar* derechos sociales subjetivos a los ciudadanos-, sino que corresponden principalmente a los ciudadanos, quienes movidos por la necesidad de superar situaciones de privación e injusticia son los que posibilitan no solo la activación de los órganos jurisdiccionales, sino que pasan a ser los principales actores de las batallas en los estrados judiciales y en los procesos de seguimiento de decisiones complejas emitidas por los tribunales. Esta “lucha por los derechos sociales”, se configura de esta forma más que en una lucha individual por derechos particulares (una pretensión egoísta en los términos de Atria), en una lucha colectiva, solidaria y cívica por los derechos de todos, una lucha que nos hace conscientes –como afirma Ferrajoli- de nuestra común dignidad, nuestras idénticas carencias y nuestra conjunta necesidad de construir un régimen justo para la protección de los derechos sociales de todos los ciudadanos²⁵⁷.

²⁵⁵ Vid. DE ASÍS ROIG, Rafael: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; BIDART CAMPOS, Germán: *Las obligaciones en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987; PALOMBELLA, Gianluigi: “De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes”, en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, núm. 17, Época II, junio de 2007.

²⁵⁶ UPRIMY YEPES, Rodrigo y Nelson CAMILO SÁNCHEZ: “Juzgar y medir. El uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana”, en *La medición de derechos en las políticas sociales*, op. cit., pp. 295 y ss.

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 2. Teoría de la democracia, op. cit., pp. 61-66.

De este modo, los mandatos sociales ius-fundamentales a la implementación de una política nacional de salud, a la instauración de una educación gratuita y obligatoria, o la protección del niño, el anciano y la mujer (mandatos objetivos de protección o prestación), pueden devenir en derechos subjetivos o expectativas (pretensiones) positivas a la salud, la educación o la vivienda, siempre que definamos tal expectativa como un *derecho-principio*, esto es, como una pretensión de optimización dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas²⁵⁸. Esta acotación al concepto de derecho subjetivo posibilita que los derechos sociales cumplan su *objeto* de igualdad social, tanto porque impide su otorgamiento al margen de las condiciones de ejercicio de los mismos derechos por el resto de la comunidad, como porque permite centrar el análisis de su incumplimiento en las condiciones materiales y valorativas que impiden su ejercicio adecuado, abriendo paso a un litigio de tipo estructural y complejo que busca forzar a los órganos democráticos a diseñar y ejecutar las políticas necesarias para maximizar el ámbito de vigencia real y efectiva de los derechos. De esta manera, el derecho subjetivo de cada persona a la salud, la educación o la vivienda, trasunta la más de las veces, en la práctica jurisdiccional, en una *pretensión colectiva* a la superación de las causas estructurales que menoscaban el ejercicio de los derechos sociales de todos los ciudadanos²⁵⁹, aunque sin abandonar el goce efectivo de los derechos de la persona que busca protección en el seno de un proceso judicial, pudiendo ser la misma brindada conjuntamente con la protección colectiva o anticipadamente a ella con base en razones de urgencia.

2. Acerca de la fundamentación de los derechos sociales.

Hasta aquí se ha intentado defender el carácter técnico de la consideración de los derechos sociales como posiciones *jurídicas* ius-fundamentales. Para ello se han evaluado las críticas más importantes que se efectúan a este reconocimiento, desde las que se inciden en el carácter indeterminado de las disposiciones constitucionales que los recogen hasta las que se enfocan en su carácter costoso o en la inconveniencia de su configuración como derechos subjetivos. En todos estos casos se han destacado las formas cómo los derechos sociales pueden superar dichas críticas y convertirse en pretensiones o expectativas jurídicas vinculantes, sin que ello desvirtúe, a su vez, su definición como “mandatos de optimización” ni su cometido de igualdad social. Para lograr dicho fin se ha recurrido a la experiencia práctica de distintos cortes que trabajan activamente en la tutela de los derechos sociales y que han planteado modelos de judicialización que permiten conservar su carácter normativo (de límite al poder) y, al mismo tiempo, su ámbito de configuración política (de delimitación y regulación democrática y técnica). En dicho contexto, se ha defendido arduamente el modelo de litigio estructural o complejo,

²⁵⁸ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 440.

²⁵⁹ Esta pretensión colectiva puede plantearse a través de acciones colectivas, de interés público o de grupo, o puede desarrollarse en el seno del proceso judicial, a través de la técnica inventada por la Corte Constitucional de Colombia, denominada el “estado de cosas inconstitucional”. Vid. al respecto VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés: “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional””, en *Estudios Constitucionales*, Año 1/vol. 1, número 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2003, pp. 205 y ss.

que emplea los test sustantivos de razonabilidad y proporcionalidad, así como distintas técnicas procesales e institucionales, que permiten afirmar el carácter normativo de estos derechos sin llevar a los jueces a invadir indebidamente el margen de acción de la política. No obstante, también se han puesto en evidencia las condiciones que requieren las cortes para efectuar un ejercicio jurisdiccional adecuado de este tipo de litigio.

Determinada entonces la posibilidad de que los derechos sociales se constituyan técnicamente como derechos subjetivos atribuibles universalmente a todas las personas, en la calidad de mandatos de optimización dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, queda por determinar la *razón* o *fundamento* de por qué es que es necesario configurar un derecho social como derecho subjetivo ius-fundamental, con la consiguiente exigencia de elaborar y ajustar los mecanismos de garantía idóneos para su efectivo cumplimiento. Como afirma Ferrajoli, si bien la primera cuestión se encuadra en un asunto de teoría del derecho o dogmática jurídica, que responde a la pregunta ¿qué son los derechos fundamentales? o mejor dicho ¿cuáles son las características o rasgos estructurales que definen a los derechos fundamentales?, la segunda cuestión tiene que ver con un asunto de axiología normativa o de filosofía política o de la justicia, que trata de desentrañar los valores ético-políticos que sustentan que una determinada necesidad sea considerada como derecho fundamental²⁶⁰.

En este punto, entonces, si es posible dar cuenta de razones, ubicadas en el plano ético-normativo, que sostengan la inclusión de los derechos sociales en el catálogo de derechos fundamentales, y que coincidan con las razones que sustentan comúnmente la inclusión de otros derechos en dicho catálogo, habremos completado nuestra tarea de justificar por qué los derechos sociales deben ser considerados como derechos fundamentales, en la comprensión que otorga el constitucionalismo contemporáneo a este tipo de pretensiones ético-normativas. La fundamentación de los derechos fundamentales es, por lo demás, de crucial importancia si tenemos en cuenta que no solo sirve de *parámetro externo* para cuestionar críticamente la inclusión o exclusión de ciertas pretensiones jurídicas en el catálogo de derechos fundamentales recogidos en una Constitución, sino que incluso puede constituirse en *razón normativa interna* para ampliar el catálogo de derechos reconocidos en el mismo texto constitucional²⁶¹.

El problema de la fundamentación de los derechos sociales es uno de los más relevantes problemas filosóficos-normativos, dado que confronta incluso diversas posturas de filosofía moral y política acerca de las condiciones morales esenciales de la persona y de los bienes que son indispensables ser asignados por la comunidad política para considerar a la misma legítima y bien ordenada. La inclinación del debate en un sentido liberal o en uno más social es lo que finalmente determina la protección disminuida o más amplia que pueden recibir los derechos sociales. En

²⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 287-291.

²⁶¹ Sobre los llamados “derechos fundamentales innominados” puede verse AA.VV.: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Luis Sáenz Dávalos (Coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

realidad, como ya hemos adelantado en este capítulo, la protección disminuida que tienen actualmente los derechos sociales no tiene que ver tanto con la forma de su protección jurídica, su escasa implementación institucional o con el costo elevado que pueda suponer su satisfacción, sino con la valoración escueta que reciben en los sistemas económicos neoliberales presentes en la mayoría de países hoy en día. En el plano ético-normativo, la estrategia consiste entonces en negar la centralidad que los bienes que representan los derechos sociales tienen para las personas o, en todo caso, en considerar que dichos bienes son menos fundamentales que otros que se consideran absolutamente indispensables²⁶² y que, por tanto, requieren prioridad normativa sobre aquellos²⁶³. Llegados a dicho punto, estas posturas esgrimen que, dado que los derechos sociales no ostentan el valor que poseen las libertades fundamentales –innegociables e indisponibles para la política–, dichos derechos pueden esperar las decisiones adoptadas en la política sobre su implementación, pueden dejar de ser protegidos si con ello se afecta algún aspecto de la libertad individual, o pueden acomodarse convenientemente al sistema económico vigente, aún a costa de su realización lenta y debilitada.

Desde la otra orilla, sin embargo, se han planteado diversas vías para fundamentar la centralidad de los derechos sociales en la vida de las personas y, por tanto, la necesidad de su reconocimiento como derechos fundamentales. La primera vía tiene que ver con la *concepción liberal* de la persona que considera a ésta como un sujeto moral autónomo, dotado de racionalidad y facultado para decidir y perseguir libremente su plan de vida. Esta concepción, de fuerte raigambre kantiana, ha hecho incidencia, desde los albores del Estado liberal, en el reconocimiento de unas libertades fundamentales que permitan disfrutar a la persona de esa innata capacidad moral de autodeterminación, protegiéndola de las injerencias arbitrarias del Estado. Es así que los primeros derechos en incorporarse en las Declaraciones Francesa y Americana son los referidos a la libertad de conciencia, libertad de expresión, libertad de religión, libertad de pensamiento, la integridad física, la seguridad personal y el derecho a la propiedad. La preocupación de los revolucionarios franceses y americanos por el absolutismo estatal y la intolerancia religiosa recaló pues en el reconocimiento de esos espacios de libertad necesarios para considerar a la persona como un fin en sí mismo y no como un medio para el logro de los fines que el Estado imponía.

Sin embargo, con el transcurrir de la Revolución Industrial en el siglo XIX, la preocupación por la autonomía moral trasuntó en una preocupación por la verdadera capacidad que tenían las personas para hacer valer dicha autonomía en un plano real. Así, en el contexto de la pauperización de la clase trabajadora y de los campesinos y de los índices de marginalidad cada vez más acentuados, fue sobre todo el marxismo quien impugnó el concepto de libertad formal defendido por el liberalismo, y arguyó la necesidad de construir un concepto de *libertad fáctica* que incorpore la atribución de medios materiales para la consecución de los planes de vida trazados por los individuos. La impugnación crítica del marxismo al concepto

²⁶² PISARELLO, Gerardo: *Los derechos sociales y sus garantías*, op. cit., p. 37.

²⁶³ RAWLS, John: “Las libertades fundamentales y su prioridad”, en *Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, S. M. McMurrin (Editor), Ariel, Barcelona, 1988, pp. 12-48.

formal de “autonomía moral”, ha permitido incorporar a la protección de los derechos sociales en el corazón mismo de la concepción liberal de la persona en dos sentidos.

En primer lugar, al integrarla como medio indispensable para la formación lo más amplia posible del horizonte de proyectos que la persona escoge a través de su autonomía moral. En este sentido, el goce de los bienes que representan los derechos sociales es determinante y constitutivo de la libertad misma con que la persona escoge sus planes de vida: mientras mayores medios materiales de existencia posea la persona mayor será el espectro de libertad con que la persona decide su futuro. La educación, por ejemplo, en esta línea, puede considerarse *fundamental* para la formación amplia de planes y proyectos entre los cuales finalmente decida libremente la persona²⁶⁴. Del mismo modo, la alimentación resulta esencial para la formación misma de la capacidad racional en base a la cual la persona ejerce su autonomía. Ésta es una de las primeras formas en que los derechos sociales se incorporan en la concepción liberal de la persona, pero también una de las primeras formas en que dichos derechos moldean la concepción de la libertad y la autonomía, otorgándoles un significado más auténtico.

En segundo lugar, al evidenciar que la libertad sin la posibilidad material de concretar los planes de vida elegidos es una libertad vacía, sin utilidad ni consecuencias prácticas. Sin la satisfacción de necesidades materiales elementales las personas no tienen las condiciones para disfrutar y valorar su libertad en la misma medida que las personas que sí tienen acceso a dichas condiciones materiales: personas sin salud, educación, alimentación adecuada o vivienda, difícilmente podrán ejercer el marco de libertades reconocidas por el orden jurídico ni valorarán del mismo modo sus posibilidades de expresión, difusión del pensamiento o su libertad de conciencia. Como ha sostenido Stefan Gosepath, para el ejercicio real y efectivo de la autonomía no solo es precisa la ausencia de coacción externa o injerencia arbitraria, sino que resulta indispensable “la ausencia de limitaciones para un margen significativo y amplio de acciones posibles”²⁶⁵.

Lo crucial de la fundamentación que pretende incorporar a los derechos sociales como bienes esenciales para el disfrute de la libertad y la autonomía moral, sin embargo, pasa por un argumento adicional al valor mismo de la libertad en abstracto y que tiene que ver con el otro fundamento principal de los derechos fundamentales: la igualdad, entendida como igual consideración y respeto por todas las personas tenida en cuenta su igual dignidad. La igualdad, en este contexto, está vinculada con la idea misma de una comunidad política que debe determinar qué bienes es preciso atribuir a todos por igual, es decir a una sociedad que aspira a ser justa. La justicia, como ha afirmado John Rawls, constituye el fin principal de toda asociación política que pretenda ser estable y bien ordenada, y se conforma

²⁶⁴ Como lo estableció muy tempranamente la propia Constitución francesa de 1793 en su artículo 22: “La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todas sus fuerzas los progresos de la razón pública, y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”.

²⁶⁵ GOSEPATH, Stefan: “Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales”, en *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Manuel Alberto Alonso y Jorge Giraldo Ramírez (Editores), Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2001, p. 31.

mediante la elección de principios que permitan distribuir los beneficios y cargas derivados de la cooperación social de un modo equitativo²⁶⁶. En este contexto, como ha afirmado Stefan Gosepath, la razón principal por la que es preciso adjudicar derechos sociales a los ciudadanos tiene que ver con el requerimiento moral atribuible a toda sociedad justa de brindar a sus ciudadanos no solo el poder jurídico formal de no ser interferidos en sus principales decisiones y en la elección de sus planes de vida, sino las condiciones que permitan que dicha elección sea significativa, tanto en cuanto a las condiciones que permiten proyectar planes de vida valiosos, como en cuanto a las condiciones que permiten llevarlos a cabo²⁶⁷. Es decir, la distribución igualitaria de la libertad y la autonomía, debe incluir el derecho a decidir sin interferencias (libertad formal), el derecho a gozar de las condiciones materiales que permitan una amplia gama de posibilidades para la elección y el derecho a gozar de las condiciones materiales que permiten materializar los planes de vida elegidos (libertad fáctica)²⁶⁸.

Una segunda vía para la fundamentación de los derechos sociales se relaciona con una concepción no tan racional, sino más aristotélica de la persona, imbricada si se quiere en la tradición marxista de las necesidades básicas. Ha sido Martha Nussbaum quien nos ha alertado que fundamentar nuestra igual dignidad y nuestros derechos a la participación equitativa de los beneficios producidos por la cooperación social en nuestra capacidad moral y racional de perseguir fines propios, esto es, en nuestra cualidad, para fundamentar un contrato social basado en el “beneficio mutuo”, deja fuera de dicho contrato a personas que no pueden ser “cooperantes” en los mismo términos que cualquier persona racional, es decir, es un contrato social que deja fuera a las personas con discapacidad o con capacidades especiales. En dicho contexto, la filósofa estadounidense prefiere recurrir a otro concepto del ser humano que nos incluya a todos en el contrato social: un concepto de persona que desprende de la definición de Aristóteles del ser humano como un “animal político”. Este concepto no se fija tanto en las cualidades racionales de la persona para decidir sus planes de vida, sino en los aspectos constitutivos físicos y mentales que le permiten funcionar del mejor modo posible. El centro de atención de la fundamentación de Nussbaum del contrato social y de los derechos se encuentra pues más que en nuestra “especial facultad mental”, en nuestras comunes carencias y debilidades, que nos hacen seres dependientes de la cooperación social en múltiples sentidos²⁶⁹. En dicha línea, lanza un catálogo de capacidades básicas, que afirma deben ser protegidos por toda sociedad que se digne de llamarse justa, y entre los cuales, podemos encontrar algunas que requieren ser cubiertas por los derechos sociales:

²⁶⁶ RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, 2º. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

²⁶⁷ GOSEPATH, Stefan: “Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales”, op. cit., pp. 34-36.

²⁶⁸ Sobre la libertad fáctica como fundamento de los derechos a prestación en sentido estricto o derechos sociales ALEXY, Robert: “Derechos sociales fundamentales”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vásquez (Compiladores), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, op. cit., p. 78.

²⁶⁹ NUSSBAUM, Martha: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 167.

- 1) Vivir hasta el fin de la vida lo mejor posible (no morir prematuramente o no quedar reducido en sus posibilidades);
- 2) Estar libre de enfermedades evitables;
- 3) Alimentarse adecuadamente;
- 4) Poseer una vivienda digna;
- 5) Usar los cinco sentidos (o de compensar su ausencia);
- 6) Imaginar, pensar y razonar, tener emociones y expresarlas;
- 7) Interactuar con otros y de establecer vínculos afectivos;
- 8) Poseer una concepción del bien, perseguirla y revisarla;
- 9) Reconocer normas intersubjetivas;
- 10) Valerse por sí mismo en la edad adulta;
- 11) Educarse en su propio contexto; y
- 12) Estar informado²⁷⁰.

Si bien el discurso de las necesidades básicas tiene la virtud de buscar en datos “objetivos” los bienes que deben ser protegidos como fundamentales, dicho discurso se debilita por las múltiples críticas referidas a la relatividad de dichas necesidades y su dependencia de los contextos históricos y sociales. En puridad, como ha afirmado Stefan Gosepath, las necesidades no pueden servir por sí mismas para fundamentar derechos, pues requieren del conocimiento de las circunstancias históricas y culturales en las que aquellas se desenvuelven para saber si la protección del goce de dichas necesidades es jurídicamente relevante: “por ejemplo, la sexualidad no puede asegurarse por medio del derecho, sino que debe protegerse la libertad o el mismo valor de la libertad para la satisfacción sexual”²⁷¹. El fundamento para la protección ius-fundamental de las necesidades básicas o para su conversión en derechos debe combinar pues la apreciación objetiva de la necesidad de un determinado bien con el estado de privación que sufren muchas personas respecto a dicho bien. Dicho estado de privación más o menos generalizado, que muchas veces tiene que ver con una injusta distribución de recursos o una ineficiente o insolidaria cooperación social, es finalmente la que justifica que la referida necesidad se configure como derecho fundamental jurídicamente tutelable a favor de todos los miembros de la comunidad política.

En el contexto histórico de la Revolución Francesa, pre-industrial, de economía agraria y de subsistencia, la preocupación por las necesidades materiales de las personas no se encontraba presente, y aún cuando hubo cierto sector intelectual y del pueblo que propugnó por una sociedad más igualitaria, el compromiso con las necesidades ajenas solo se dio en términos de “deberes de caridad”, mas no en términos de derechos. Artículo 21 de la Constitución francesa de 1793: “Las ayudas públicas son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, ya sea procurándoles trabajo, ya sea proporcionando los medios de existencia a lo que no estén en condiciones de trabajar”. Actualmente, como vimos en la alocución de Hayek citada al inicio de este capítulo, aún existen muchos teóricos de la economía liberal que sostienen que no

²⁷⁰ NUSSBAUM, Martha: *Las fronteras de la justicia*, op. cit., pp. 88-89.

²⁷¹ GOSEPATH, Stefan: “Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales”, op. cit., pp. 41-42.

tenemos ninguna responsabilidad moral con la privación de las necesidades de los demás, dado que dicha privación es fruto más del azar, la negligencia o la pereza, que de injustas disposiciones sociales. Nuestra ayuda, en todo caso, sería solo un tema de caridad, por lo que cualquier medida estatal para proveer a las personas de necesidades materiales no solo sería inmoral, sino que constituiría una confiscación del patrimonio²⁷². Sin embargo, dicha tesis ha sido recurrentemente rebatida también en diversos ámbitos académicos. Ferrajoli, por ejemplo, ha destacado que hoy más que nunca la interdependencia del mercado global y el impacto de la actividad económica sobre la vida social y el deterioro de diversos medios de subsistencia (la tierra, el agua, el entorno natural, la calidad del aire, etc.) obliga a la sociedad en su conjunto a asumir responsabilidades con relación a bienes que en otros tiempos eran disfrutados de modo natural²⁷³. En el caso de la salud, por ejemplo, ha sido la Organización Mundial de la Salud, quien ha puesto reiterado énfasis en los determinantes sociales que permiten a las personas gozar o no de una buena salud²⁷⁴. Como ha dicho Graciella Videla: “es incuestionable que muchas enfermedades podrían evitarse si mejoraran las condiciones socioeconómicas de la población. En las villas miserias argentinas se concentran enfermedades infectocontagiosas, broncopulmonares, digestivas y parasitarias, es decir, enfermedades denominadas “sociales”, propias de poblaciones de bajos recursos y escaso o nulo nivel educativo. Hay estudios que revelan que aproximadamente el 90% de las enfermedades en las ciudades latinoamericanas se vinculan con problemas de saneamiento ambiental (inadecuada provisión de agua potable, no tratamiento de aguas servidas, ineficaz o nula recolección de residuos), y también con el hacinamiento en las viviendas y con deficiencias nutricionales”²⁷⁵.

Finalmente, es necesario destacar la crítica que Amartya Sen le ha efectuado al índice de bienes primarios elaborado por Rawls, y que de acuerdo a éste debe ser objeto del principio de diferencia, esto es, de su distribución de un modo tal que la desigualdad admitida en su goce redunde en el beneficio de los menos aventajados de la sociedad. Sen ha criticado el índice de bienes primarios por centrar el foco de interés en las “cosas” que las personas necesitan para llevar adelante sus planes de vida, y no en lo que esas cosas pueden hacer por las personas, lo que varía en función de las condiciones en que las personas se encuentren. Por ello, para Sen los derechos fundamentales y, entre ellos, los derechos sociales, deben fundarse no en la exigencia general de proteger determinadas necesidades básicas, sino en la exigencia de proteger determinadas “capacidades básicas” que adecuen los bienes primarios a las diferencias que existen entre las personas. No es lo mismo, por ejemplo, afirma Sen una pensión para una persona inválida pero que puede valerse por sí misma que para una persona que requiere pagar a una persona para realizar los actos cotidianos de su vida. No son pues los bienes los que deben ser protegidos, sino las capacidades que permiten ejercer a una persona una vida plena dentro de sus

²⁷² NOZICK, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 2. Teoría de la democracia, op. cit., pp. 384-390.

²⁷⁴ Comisión de Determinantes Sociales de la Salud: “*Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*”, OMS, 2009, en http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf

²⁷⁵ VIDIELLA, Graciela: *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 76.

posibilidades²⁷⁶. El enfoque de las capacidades, aunque no ha sido estudiado a profundidad como forma de fundamentar los derechos sociales, ha tenido gran impacto en el diseño de políticas públicas que satisfacen derechos sociales y es de vital importancia para definir el contenido y alcance de los derechos sociales de cara a la amplitud y adecuación de dicha política.



²⁷⁶ SEN, Amartya: “¿Igualdad de qué?”, en *Libertad, igualdad y derecho*, op. cit., pp. 133 y ss.



CAPÍTULO III

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

1. Fundamentación moral y contextual. Deberes de solidaridad e incidencia actual de los particulares en los derechos sociales.

La casi nula atención puesta al análisis de casos donde puede postularse la eficacia directa de un derecho social en una relación entre particulares se puede explicar por una serie de razones, que, sin embargo, deben ser valoradas de manera distinta. Por un lado, esta eficacia se ha obviado del estudio de la ciencia constitucional por creer, en general, que los derechos sociales representan sólo pretensiones de *proveimiento* de *prestaciones materiales* a cargo del Estado (por ejemplo la creación de una red de hospitales para atender la salud de la población). Esta creencia, sin embargo, ignora y simplifica la diversa *estructura* de los derechos sociales, que como ha rescatado la doctrina y conforme se emplea en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de la dimensión de proveimiento o lo que en dicho ámbito se conoce como la obligación de “*satisfacción*” (de hacer), también contiene las obligaciones de “*respeto*” (de no hacer) y “*protección*” (como la obligación de controlar el buen estado de los servicios sanitarios brindados)²⁷⁷. Esta simplificación no sólo hace perder amplitud al momento de detectar y evaluar las *violaciones* de los derechos sociales, sino que reduce innecesariamente el marco de *responsabilidades* en el cumplimiento de estos derechos, enfocándose sólo en la acción del Estado y desatendiendo la incidencia que pueden tener otros actores en el goce y disfrute efectivo de este grupo específico de derechos fundamentales²⁷⁸. El problema de la eficacia de los derechos sociales en las relaciones entre particulares sólo puede aparecer entonces si es que se abandona el enfoque unidireccional y acrítico, seguido en la mayoría de estudios doctrinales, según el cual los derechos sociales son derechos a “prestación”, debido a lo cual son reclamables sólo frente al Estado²⁷⁹.

Esta visión estrecha en la consideración de los derechos sociales, aunque presente aún en la dogmática constitucional, ha sido confrontada ya, como hemos visto en el capítulo anterior, sobre todo a partir de las Observaciones Generales dictadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Existe, sin embargo, otra razón, más fuerte, que coadyuva al rápido desechamiento de un

²⁷⁷ Sobre el desarrollo de la estructura deóntica de los derechos sociales vid. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2002, pp. 21-37.

²⁷⁸ En la mayoría de Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se desarrollan a detalle las obligaciones respecto a los derechos sociales, se utiliza la metodología tanto de la diversa estructura deóntica (obligaciones de respeto, protección y satisfacción), como de la especificación de las violaciones posibles. Igualmente en dichas Observaciones se ha ido incorporando la responsabilidad de los agentes no estatales, además de haberse emitido informes específicos sobre el impacto de los particulares en la satisfacción de algunos derechos sociales como la salud y la vivienda.

²⁷⁹ Esta preliminar idea la expusimos en nuestro trabajo “¿Derechos sociales frente a particulares?”, en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo 28, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010, pp. 267 y ss.

examen crítico de la susodicha eficacia directa de los derechos sociales entre particulares, que, por lo mismo, merece una atención más detenida y rigurosa. Dicha razón se encuentra en el serio argumento según el cual no puede vincularse a un particular en la realización de un derecho social, pues ello supondría imponerle a éste una obligación de “dar o hacer algo” para satisfacer las necesidades básicas de otras personas, un **deber de solidaridad** que encuentra fuerte resistencia tanto en el ámbito de la filosofía moral como de la filosofía del derecho, y de la propia ciencia jurídica²⁸⁰. Básicamente la objeción hecha a imponer un deber de solidaridad se encuentra en el argumento de que, dado que no somos responsables (“*causantes*”) de las carencias de otros, sería inmoral obligarnos a ayudar a superar sus privaciones. Y ello porque nuestra posibilidad de proyectar planes de vida y desarrollar cursos de acción diversos solo puede verse limitado en razón a la afectación de los derechos de terceros. Si nuestra acción no resulta dañosa de dichos derechos, no cabría justificación para limitarla. Una limitación basada en una razón distinta a ésta (en una razón de Estado, comunitaria o colectiva, o en una razón de virtud personal) devendría en una limitación ilegítima, totalitaria o perfeccionista. En consecuencia, la ayuda que brindamos a los demás solo es una cuestión de *caridad*, una liberalidad que por lo mismo no puede ser exigida por el Derecho sin afectar nuestra propia autonomía²⁸¹. Por esta razón, incluso autores como Roberto Nozick, han calificado a la imposición de cargas tributarias a favor del bienestar colectivo como un acto inmoral del Estado, una confiscación del patrimonio de las personas: los tributos se sólo se encuentran justificados en el caso de tareas estatales que benefician a todos y que solo pueden ser realizadas a través de la cooperación colectiva, como el caso de la protección contra la violencia de terceros, esto es, la seguridad personal. De allí la justificación del Estado mínimo o Estado gendarme.

Esta objeción a la idea de imponer a una persona un deber de solidaridad es la más seria de todas, pues se ubica en el plano mismo de la moralidad: se objeta la solidaridad como inmoral. Dicha impugnación ha tenido grandes consecuencias prácticas. En realidad, la creencia –acentuada por el modelo económico imperante en las dos últimas décadas- de que nuestra suerte (nuestra pobreza o nuestra riqueza) es fruto sólo de nuestros méritos ha sido determinante no sólo en el abandono de ciertas responsabilidades colectivas²⁸², sino en el reducido compromiso con objetivos sociales prioritarios como la lucha contra la hambruna, el analfabetismo, la pobreza extrema, entre otros²⁸³. Y es que esta objeción no ataca solo la posibilidad de que se nos pueda imponer la prestación *directa* de un deber de solidaridad, sino incluso la validez de la decisión *estatal* de exigir a las personas una contribución al bienestar social, sea a través de impuestos o por medio de la fijación de límites a la actividad económica en beneficio de algún principio redistributivo.

²⁸⁰ Una impugnación de la solidaridad como principio político y jurídico en FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: “La profundización moral de la democracia”, en *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Rafael Asís Roig, Dolores González Ayala, Ángel Llamas Cascón y Gregorio Peces Barba Martínez (Coordinadores), Universidad Carlos III – Dykinson, Madrid, 1996, pp. 137-144.

²⁸¹ Este argumento fue explicitado, de modo elaborado, en la obra de Robert Nozick *Anarquía, Estado y Utopía*, publicado originalmente en 1974, como respuesta a la obra de John Rawls *Teoría de la Justicia* publicada en 1971, donde se alegaba por la redistribución como un principio básico de la justicia social.

²⁸² YOUNG, Iris Marion: *Responsabilidad por la justicia*, Morata – Fundación Paideia Galiza, Madrid, 2011, pp. 27 y ss.

²⁸³ TOMASEVSKI, Katarina: *El asalto a la educación*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004.

El deber de ayuda a los demás en la satisfacción de sus necesidades básicas, como *deber moral*, ha sido impugnado además porque no podría sostenerse un deber que, dadas las amplias privaciones en que viven una gran cantidad de personas, nos haría someternos a *sacrificios desmesurados*, viviendo una vida no en procura de nuestros propios planes y proyectos, sino en permanente socorro de los demás²⁸⁴. Además de ello, un *deber de solidaridad general* como *deber jurídico* no respondería a los moldes de *certeza y concreción* que tiene el Derecho, pues de dicha obligación genérica de colaborar no puede desprenderse específicamente “cuál” es la ayuda que debemos brindar y cómo debemos hacerlo. Que se nos imponga y exija dicho deber de solidaridad, sin conocer cuáles son las específicas prestaciones que debemos, atentaría también contra el principio de *seguridad jurídica*. No obstante estas objeciones, en la filosofía moral y jurídica se han presentado diversas razones y argumentos, tanto para aceptar la corrección moral de imponer deberes de solidaridad, como la corrección jurídica de recogerlos en determinados casos.

Las vías para fundamentar nuestro deber de colaborar con la satisfacción de las necesidades básicas de los demás siguen dos rutas relativamente diferentes: i) en primer lugar, una vía que nos lleva a una fundamentación estrictamente moral, que se sustenta en la propia naturaleza de la moralidad intersubjetiva, que combina el principio de autonomía moral de la persona con el principio de igualdad en el seno de una comunidad política sustentada en la justicia; y que se ayuda de la psicología moral para sostener que el principio básico de la moral intersubjetiva se apoya en una cualidad innata: el sentido de la justicia o la empatía; y ii) en segundo lugar, un camino que se sostiene en el modelo de conexión social, esto es, en el modelo que trata de mostrar que las carencias de los demás son producto de disposiciones sociales injustas, de decisiones colectivas que por lo mismo son de responsabilidad de la sociedad en su conjunto. La primera ruta nos exige desprendimiento, limitación de nuestros planes de vida, para cooperar con el favorecimiento de la autonomía de los demás, aún cuando no seamos culpables de sus privaciones, como precondition de una moral intersubjetiva válida. La segunda ruta nos exige cooperación por la razón de nuestra pertenencia a una comunidad que ha dispuesto reglas injustas que causan la privación de la autonomía de los demás. La primera vía de fundamentación es conducente para fundamentar decisiones colectivas que limitan la autonomía de la persona a favor del mejoramiento de las condiciones de la autonomía de terceros que carecen de ellas y para fundamentar limitaciones individuales de la autonomía de una persona a favor del respeto de las condiciones de la autonomía de otra persona con la que establece una relación directa. La segunda vía de fundamentación es conducente para fundamentar nuestro deber cívico de propugnar la consecución de una sociedad justa y el deber especial de las personas o entidades situadas en una posición privilegiada para cambiar la realidad injusta que causa las privaciones de los demás.

En lo que se refiere a la **fundamentación moral** de los deberes de solidaridad puede destacarse, en primer lugar, la postura de Richard Rorty, basada en la

²⁸⁴ Vid. este argumento y otros contra la imposición de deberes positivos generales en FISHKIN, James: “Las fronteras de la obligación”, en *Doxa*, N° 3, Alicante, 1986, pp. 73 y ss.

construcción ampliada de la solidaridad por medio de la cultura y la empatía moral²⁸⁵. Para Rorty, los deberes de solidaridad no sólo pueden encontrar sustento, mediante el recurso a la moralidad crítica (como en el caso de Rawls) o a la psicología moral (como en Nussbaum), sino con base en una apreciación de la moralidad positiva, es decir, no con base en lo que debiera ser o es por esencia, sino en los valores que efectivamente asume la sociedad. Así, según Rorty la solidaridad es un elemento cada vez más notorio en el progreso moral de la humanidad, lo cual se constata, sobre todo, por la ampliación del círculo del “nosotros” hacia personas y gentes cada vez más ajenas y lejanas, como los inmigrantes o los pueblos pobres del mundo.

Por otro lado, Jesús González Amuchástegui, siguiendo a Adela Cortina²⁸⁶, basa los deberes de solidaridad en el ideal kantiano de considerar al hombre como un fin en sí mismo, lo cual supone permitir que *todas* las personas puedan realizar sus planes de vida como parte de su *autonomía moral*; asimismo, dichos deberes de solidaridad pueden encontrar sustento en una noción fuerte de *sociabilidad humana*, según la cual el hombre no sólo requiere de la sociedad para realizar sus fines, lo que lo lleva a cooperar, sino que encuentra realización dentro de ella finalmente a través de su proyección hacia los otros, lo que lo lleva a la benevolencia o ayuda a los demás²⁸⁷. Esta última postura engancha, a su vez, con aquella de Amartya Sen que, recogiendo la teoría de los sentimientos morales de Adam Smith sobre la “*simpatía*”, postula que el hombre no es guiado solamente por sentimientos egoístas, sino también por razón del respeto hacia la libertad de los demás, lo cual lo puede llevar incluso al *compromiso* con la causa de otros²⁸⁸.

Siguiendo todavía a Amuchástegui, la solidaridad se sostendría además, a partir del contractualismo rawlsiano, por la presencia de *objetivos sociales comunes* (y no sólo de la defensa de objetivos privados como creía el contractualismo clásico) y de individuos menos favorecidos que la comunidad política debe proteger como parte de un *pacto social justo* que incorpore a todas las personas. Es a partir de la influyente obra del filósofo estadounidense John Rawls, *Teoría de la Justicia* (1971)²⁸⁹, que se argumentó a favor de la necesidad de establecer principios básicos para la conformación de una sociedad justa y ordenada. Rawls expone brillantemente la idea de que nuestras facultades morales nos conducen a efectuar una distribución justa y equitativa de las cargas y beneficios resultantes de la cooperación social: en la construcción de los principios para la sociedad política no solo está presente la necesidad de satisfacer nuestros intereses personales (racionalidad), sino también un

²⁸⁵ Vid. RORTY, Richard: *Contingencia, ironía y solidaridad*, Traducción de Alfredo Eduardo Sinnott y revisión técnica de Jorge Vigil, Paidós, Barcelona, 1991; también RORTY, Richard: “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Edición de Stephen Shute y Susan Hurley, Trotta, Madrid, 1998, pp. 117 y ss..

²⁸⁶ CORTINA, Adela: “Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad”, en *Sistema*, N° 96, mayo de 1990, pp. 3-17.

²⁸⁷ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús: “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en *Revista Sistema*, N° 101, Madrid, marzo de 1991, pp. 123 y ss.

²⁸⁸ SEN, Amartya: *La idea de la justicia*, Traducción de Hernando Valencia Villa, Taurus, Madrid, 2010, pp. 205-224.

²⁸⁹ RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, Traducción de María Dolores González, 2ª. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

sentido básico de la justicia. El punto de vista moral en la elección de los principios nos obliga a tratar nuestra posición social, talentos, recursos u otros bienes como indiferentes a la hora de establecer la justa distribución de nuestros derechos y obligaciones sociales. En dicha línea, Rawls concluye que toda sociedad justa debe brindar, en primer lugar, un esquema amplio de libertades básicas, en condiciones de igualdad para todos, y en segundo lugar, una distribución de las desigualdades económicas y sociales tal que sea en beneficio de los menos aventajados (principio de la diferencia). De este modo, el filósofo estadounidense no solo pone énfasis en el papel de las instituciones sociales en el destino justo o injusto que vive cada miembro de la sociedad, sino que destaca la influencia de nuestro sentido de la justicia (moral) en la distribución adecuada de los derechos y beneficios sociales. Para Rawls, al contrario de lo planteado por Hayek o Nozick, la solidaridad²⁹⁰ con los menos favorecidos es un principio que deberíamos acatar pues se deriva de una exigencia básica de justicia social.

A partir de Rawls, los planteamientos acerca de nuestro deber de solidaridad con los demás se han reconducido a un debate sobre la justicia básica en la sociedad, y como refutación, acomodo o profundización de los principios de justicia expuestos por el filósofo estadounidense. En esta línea se ubican las críticas de Gerald Cohen²⁹¹, Amartya Sen²⁹² y Martha Nussbaum²⁹³, tanto en cuanto proponen ampliaciones a la teoría de Rawls, como en cuanto buscan nuevas formas de fundamentar nuestros deberes de solidaridad con los menos favorecidos.

La teoría moral y política no se ha centrado, sin embargo, solo en la dilucidación de nuestras *responsabilidades colectivas* con la formación de una sociedad justa. Conectado directamente con el tema de la presente investigación, también ha expuesto la idea de que, al margen de dicha responsabilidad colectiva, tenemos, de modo personal, el deber moral de ayudar a los demás en la superación de sus carencias básicas. Como afirma Gerald Cohen, “la justicia requiere un *ethos* que gobierne las elecciones diarias, un *ethos* que va más allá de la obediencia a las reglas justas”²⁹⁴. Es decir, para este filósofo canadiense, no basta un cambio en la estructura básica de la sociedad, con individuos que acepten y vivan de acuerdo a las reglas justas establecidas para dicha estructura, sino que es necesario también “*una revolución en el sentimiento*”²⁹⁵ para alcanzar el ideal igualitario que la sociedad justa requiere.

²⁹⁰ Rawls reconoce expresamente que el principio de la diferencia es una forma de dar sentido al principio de fraternidad (solidaridad moral), que forma parte de nuestra tradición democrática (RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, op. cit., pp. 107-110).

²⁹¹ COHEN, Gerald: *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Paidós, Barcelona, 2001.

²⁹² Vid. su clásico trabajo “¿Igualdad de qué?”, en *Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, Edición de Sterling M. McMurrin, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 133 y ss.; también su reciente obra *La idea de la justicia*, Traducción de Hernando Valencia Villa, Taurus, Madrid, 2010.

²⁹³ NUSSBAUM, Martha: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007.

²⁹⁴ COHEN, Gerald: “¿Dónde está la acción? En el lugar de la justicia distributiva”, en *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, op. cit. p. 184.

²⁹⁵ COHEN, Gerald: “Justicia, incentivos y egoísmo”, en *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, op. cit. p. 163.

En este contexto, es que se ha hablado de un deber general de ayuda a superar las privaciones de los demás, fundado en la *relevancia moral* que tienen las *omisiones*, cuando se asume un concepto *normativo* de éstas. Así, desde que se considera que un *bien* es importante para una persona (por permitir y reforzar su autonomía moral, diría Nino) existe el deber (positivo incluso) de coadyuvar a su protección o realización. Este argumento ha sido presentado en la discusión sobre los *deberes positivos generales*, por autores como Carlos Santiago Nino²⁹⁶, Ernesto Garzón Valdés²⁹⁷ y Juan Carlos Bayón²⁹⁸; y puede homologarse a aquel expuesto por Sen, según el cual, dado que los derechos humanos representan las libertades más importantes de la persona que la sociedad tiene razón para valorar, ésta tiene una buena razón para preguntarse cómo podría ayudar a realizar dicho derecho a favor de todos los miembros de la comunidad²⁹⁹. Los deberes de solidaridad también han recibido, por lo demás, amplia defensa a partir de un concepto de ciudadanía activa y de la cláusula del Estado Social de Derecho³⁰⁰.

Desde otra perspectiva, Peter Singer ha abogado por un deber general de ayuda a los que padecen pobreza absoluta, el cual nos corresponde a todos los que estemos en condiciones de hacerlo sin sacrificar ningún interés moral comparable. La tesis de este autor se basa sustancialmente en la fundabilidad de una premisa moral según la cual debemos ayudar cuando estemos en condiciones de hacer que algo muy malo no ocurra, y la pobreza absoluta (que pone a las personas en el límite de la existencia) es definitivamente algo muy malo³⁰¹.

Finalmente, en la línea de fundamentación que deriva del modelo de conexión social, Thomas Pogge ha sustentado nuestra responsabilidad con las privaciones de los demás, específicamente con la pobreza global absoluta y la desigualdad radical, no como producto de la violación de un deber positivo de beneficencia, sino como una forma de violación del deber negativo de no contribuir al mantenimiento de una situación de injusticia o de perpetuación de la miseria. Tres circunstancias serían las que llevarían a afirmar que somos responsables de dicho mantenimiento de la injusticia extrema o de la pobreza absoluta: los efectos de instituciones sociales compartidas, la exclusión sin compensación alguna del uso de los recursos naturales y los efectos de una violenta historia común³⁰². Esta línea de fundamentación nos

²⁹⁶ NINO, Carlos Santiago: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª. edición, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 317-347.

²⁹⁷ GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa*, N° 3, Alicante, 1986, pp. 17 y ss.

²⁹⁸ BAYÓN, Juan Carlos: “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)”, en *Doxa*, N° 3, Alicante, 1986, pp. 35 y ss.

²⁹⁹ SEN, Amartya: *La idea de la justicia*, op. cit., pp. 389-404.

³⁰⁰ DE LUCAS, Javier: *El concepto de solidaridad*, Fontamarrá, México, 1993; DE LUCAS, Javier: “La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 19, Madrid, septiembre-diciembre de 1994, pp. 9 y ss.; DE LUCAS, Javier: “Solidaridad y derechos humanos”, en *10 palabras clave sobre derechos humanos*, J. Tamayo (Coordinador), Editorial Verbo Divino, Navarra, 2005, pp. 149 y ss.; y DE LUCAS, Javier: “La obligatoriedad de un servicio social y los deberes de solidaridad”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, N° 9, Universidad Complutense de Madrid, 1996, pp. 153-186.

³⁰¹ SINGER, Peter: *Ética práctica*, Akal, Madrid, 2009.

³⁰² POGGE, Thomas: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Traducción de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 250-258

lleva al camino recientemente transitado que busca asentar nuestra responsabilidad con las privaciones de los demás en los efectos perversos que está causando en dichas privaciones ciertos aspectos de la globalización económica, las negociaciones de apertura comercial entre diversos países, el fenómeno de deslocalización del trabajo, la privatización de servicios básicos, el impulso del Estado mínimo que trajo consigo el proceso de liberalización de la economía a nivel mundial, el abandono, por tanto, del Estado Social, etc. Un mayor estudio de las relaciones existentes entre este modelo de liberalización económica, la influencia que tienen los actores privados en el asentamiento de este modelo y algunas de sus reglas injustas, y la privación de las necesidades básicas sufridas por mucha gente en el mundo, puede aclararnos mejor el panorama de la responsabilidad de los actores privados y las empresas con la superación de las privaciones de los más desfavorecidos de la sociedad.

El problema de la eficacia directa de los derechos sociales entre particulares no se agota, pues, en la fundamentación moral de los deberes de solidaridad. Dicha fundamentación se completa con la **relevancia social y política** que tiene hoy asumir dichos deberes de solidaridad. En el contexto en el que aparece la obra de Rawls, la configuración adecuada del Estado era crucial para la distribución de cargas y beneficios sociales, por ello la preocupación casi exclusiva en el establecimiento de reglas justas para la estructura básica de la sociedad, parece plenamente legítima. Con el advenimiento de las llamadas políticas económicas neoliberales, a fines de la década del 80 y principios del 90, el Estado abandonó muchas de sus tareas relacionadas con el bienestar de sus ciudadanos, adquiriendo –consecuentemente- gran importancia el sector privado. La reducción de programas y políticas sociales, el cambio de sistemas públicos universales de prestación de servicios públicos (como salud y educación) por sistemas focalizados, la privatización de servicios públicos, la flexibilización laboral, entre otros, son signos destacados de este paso del llamado Estado de bienestar (o Estado social) a un Estado mínimo (neoliberal). Si a ello le sumamos la aparición y el afianzamiento del proceso de globalización, con fenómenos como la liberalización del comercio, el intercambio mundial de bienes y servicios de diversa índole, la aparición de grandes empresas transnacionales, la deslocalización empresarial y el dumping social, entre otros, tenemos que el escenario en el cual hay que pensar la realización de los derechos sociales y la vigencia del principio de solidaridad es uno muy distinto a aquel en que Rawls construyó su teoría de la justicia social³⁰³.

³⁰³ Sobre el impacto de la globalización en los derechos humanos vid. TAJADURA TEJADA, Javier: “La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización”, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, N° 2, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006, pp. 122 y ss; PISARELLO, Gerardo: “Globalización, constitucionalismo y derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (Coordinador), Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007, pp. 159 y ss.; igualmente el Informe del Secretario General de la ONU “La globalización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos” de fecha 07 de agosto de 2003 (A/58/257). Con relación al impacto de la liberalización comercial vid. *Reconciliando el Comercio y los Derechos Humanos. Informe de la Conferencia Internacional 28 y 29 de mayo 2007, Otava, Canadá*, Consejo Canadiense para la Cooperación Internacional y Centro Internacional Derechos y Democracia, Otawa, 2007; igualmente el *Informe Social Watch 2003. Los pobres y el mercado*, Instituto del Tercer Mundo, Montevideo, 2003; y el Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos y el Comercio “La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos” presentado al Consejo Económico y Social de la ONU el 25 de junio de 2002 (E/CN.4/Sub.2/2002/9).

En este nuevo escenario es crucial preguntarse no solo por las formas cómo el Estado puede corregir situaciones de injusticia social, sino que es preciso interrogarse por las responsabilidades que tienen o que, en todo caso, deben asumir los ciudadanos en ese nuevo marco de distribución de derechos y obligaciones derivado del modelo neoliberal y el fenómeno de la globalización³⁰⁴. En especial es necesario destacar el papel que deben jugar las empresas, como entes particulares privilegiados por el nuevo modelo, en el cumplimiento de los principios e ideales propios de la justicia social³⁰⁵. En dicha línea, son importantes los trabajos de Thomas Pogge, quien ha afirmado la responsabilidad del nuevo orden económico global en la persistencia de la pobreza y de situaciones injustas³⁰⁶; y el de Adela Cortina, quien ha abogado por una ética de la responsabilidad empresarial, que va más allá del modo como actualmente entienden las empresas la “responsabilidad social”, y que incorpora en el análisis de dicha ética empresarial exigencias derivadas de la justicia y los derechos humanos³⁰⁷. Por otro lado, también se ha hecho hincapié en el papel de la solidaridad en la prestación de servicios sociales³⁰⁸, así como en el rol de los ciudadanos como agentes económicos responsables, a través – por ejemplo- de una ética del consumidor³⁰⁹.

El problema de las posibilidades prácticas de los “derechos sociales frente a particulares” debe encuadrarse pues, como ya se ha sugerido, en la realidad práctica en la que hoy se desarrollan los derechos sociales. Esta idea nos fue sugerentemente presentada por Gerardo Pisarello, en los siguientes términos que fueron claves para el inicio de esta investigación:

“Frente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de los derechos sociales, le incumbe más que nunca a los poderes públicos, si no ya la gestión directa de dichos recursos, la irrenunciable obligación de proteger los intereses

³⁰⁴ CORTINA, Adela: “El protagonismo de la sociedad civil: Ciudadanía y empresa en el horizonte de la globalización”, artículo contenido en la siguiente dirección electrónica http://www.google.com.pe/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&ccd=1&cad=rja&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.frsf.utm.edu.ar%2Fmatero%2Fvisitante%2Fbajar_apunte.php%3Fid_catedra%3D291%26id_apunte%3D2874&ei=dONcUPL8K5KW8gTogoC4DQ&usg=AFQjCNEzRgqaQkzC93aER5skfzAkX3OjkQ&sig2=62GTOUxpiATYBzbTsm9NDQ.

³⁰⁵ CORTINA, Adela: *La empresa frente a la crisis del Estado de bienestar. Una perspectiva ética*, Antonio Duato y Antonio Albarrán (Editores), Miraguano Ediciones, Madrid, 1999.

³⁰⁶ Para este autor nuestra responsabilidad con las privaciones de los demás, específicamente con la pobreza global absoluta y la desigualdad radical, se puede presentar mejor, no como producto de la violación de un deber positivo de beneficencia, sino como una forma de violación del deber negativo de no contribuir al mantenimiento de una situación de injusticia o de perpetuación de la miseria. Tres circunstancias serían las que llevarían a afirmar que somos responsables de dicho mantenimiento de la injusticia extrema o de la pobreza absoluta: los efectos de instituciones sociales compartidas, la exclusión sin compensación alguna del uso de los recursos naturales y los efectos de una violenta historia común (Vid. POGGE, Thomas: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, op. cit, pp. 250-258).

³⁰⁷ CORTINA, Adela: *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*, 2ª. edición, Trotta, Madrid, 1995.

³⁰⁸ DE LUCAS, Javier: “La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 19, Madrid, septiembre-diciembre de 1994, pp. 9 y ss.; DE LUCAS, Javier: “La obligatoriedad de un servicio social y los deberes de solidaridad”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, N° 9, Universidad Complutense de Madrid, 1996, pp. 153-186.

³⁰⁹ CORTINA, Adela: *Por una ética del consumo. La ciudadanía del consumidor en un mundo global*, Taurus, Madrid, 2002.

de las personas en los mismos frente a afectaciones provenientes de agentes privados. Esta obligación exige ampliar el ámbito de aplicación de la llamada *Drittwirkung* constitucional, es decir, la posibilidad de vincular a los poderes sociales y económicos al cumplimiento, en materia de derechos sociales, a las obligaciones de respeto, promoción y no discriminación. Sobre todo, en situaciones de especial *subordinación e indefensión* de los destinatarios frente a prestadores privados (empleadores, proveedores de servicios públicos de salud, educación, agua potable, alimentos, electricidad, arrendadores de tierra o vivienda), así como en aquellas otras que, bajo el amparo de la Constitución, pudieran crearse por vía legal³¹⁰.

Sobre este asunto, existen algunos avances, sobre todo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde además de algunos informes especiales de Relatores de la ONU que dan cuenta de la relación entre las responsabilidades de agentes no estatales en la realización de los derechos humanos y los nuevos contextos de globalización y libre comercio, existen documentos que presentan normas y estrategias sobre la responsabilidad internacional de las empresas con los derechos humanos (incluidos los derechos sociales)³¹¹. Entre estos documentos de carácter no vinculante tenemos las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE, la Declaración Tripartita de la OIT de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas.

Por su parte, es necesario destacar el trabajo realizado por el Representante Especial del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales³¹², el que ha emitido una serie de informes que han delimitado el ámbito de aplicación de la responsabilidad de las empresas en el actual contexto de la globalización. En dicho contexto, en su informe del año 2008³¹³, el Representante Especial de la ONU entregó un marco triádico de responsabilidades diferenciadas pero complementarias, de las empresas con relación a los derechos humanos, que contenía los siguientes principios:

- i) En primer lugar, el deber del Estado de proteger contra los abusos de derechos humanos cometidos por agentes no estatales, en particular las empresas, que afecten a las personas que se encuentren en su territorio o jurisdicción.
- ii) En segundo lugar, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y no sólo las leyes nacionales.

³¹⁰ PISARELLO, Gerardo: “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía*, N° 15, octubre del 2001, pp. 95-96.

³¹¹ La discusión aquí ha sido introducida con relación a la responsabilidad internacional de las empresas en las violaciones de los derechos humanos. Una exposición actualizada de dicha discusión en MUJICA PETT, Javier: “Desarrollo internacional de las obligaciones legales de las empresas respecto de los derechos humanos”, en *Derecho PUCP*, N° 64, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, pp. 165 y ss.

³¹² El mandato del Representante Especial figura en la Resolución 2005/69, de 20 de abril de 2005, emitida por la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2005/L10)

³¹³ *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008, párrafo 9.

- iii) Y finalmente, la necesidad de contar con recursos efectivos, lo que incluye mecanismos de investigación, sanción y reparación de los abusos cometidos.

En lo que se refiere a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos (segundo principio), el Informe destaca que el “no causar perjuicio” no es una obligación meramente *negativa*, sino que puede suponer también la adopción de medidas *positivas*, como en el caso de una política contra la discriminación en el lugar de trabajo que exige a la empresa adoptar programas específicos de contratación y formación de personal³¹⁴. En dicha línea, el Informe recoge el deber de **debida diligencia** como la concretización del deber de las empresas de respetar los derechos humanos, definiendo dicho deber como “aquel conjunto de medidas que debe tomar una empresa para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos que su actuación produce sobre los derechos humanos”³¹⁵. Esas medidas incluyen: la adopción de una política de derechos humanos al interior de la corporación, medidas de evaluación de los impactos, mecanismos de integración de las políticas en toda la organización, y finalmente, procedimientos de vigilancia y control de las medidas implementadas. Por último, el Informe precisa que la *debida diligencia* no tiene un alcance fijo o inamovible, sino que puede variar según las circunstancias, por lo que, para determinar su alcance, las empresas deberán tener en cuenta los siguientes factores: a) el contexto del país en el que tienen lugar sus operaciones; b) los efectos de sus actividades sobre los derechos humanos según el contexto; y c) si pueden contribuir al abuso de los derechos por medio de relaciones vinculadas (es decir, en su relación con sus socios mercantiles, proveedores, organismos estatales y otros actores no estatales).

Por otro lado, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, llevado a cabo en base a una iniciativa voluntaria propuesta en 1999 por el Secretario General de las Naciones Unidas, persigue como objetivo integrar a las empresas en la construcción de un marco social y medioambiental que garantice a todas las personas la oportunidad de compartir los beneficios de la economía globalizada. Dicha iniciativa, que a la fecha cuenta con más de 8000 empresas participantes, se organiza alrededor de diez principios básicos de aceptación universal, los cuales se fundan en convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, derechos laborales, protección del medio ambiente y lucha contra la corrupción. Tales principios son los siguientes:

En materia de derechos humanos:

- i) Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos dentro de su ámbito de influencia
- ii) Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos

³¹⁴ *Proteger, respetar y remediar...*, *op. cit.*, párrafo 54.

³¹⁵ *Proteger, respetar y remediar...*, *op. cit.*, párrafo 56.

En materia laboral:

- i) Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
- ii) Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción
- iii) Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.
- iv) Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.

En materia medioambiental:

- i) Las empresas deben mantener un enfoque preventivo orientado al desafío de la protección medioambiental
- ii) Las empresas deben adoptar iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.
- iii) Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente

En materia de lucha contra la corrupción:

- i) Las empresas deben luchar contra de la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.

Existen diversos casos específicos, donde la literatura académica ha abordado la responsabilidad que los actores privados deben asumir en relación con las privaciones de necesidades básicas de los demás. Estos casos combinan fundamentos de responsabilidad que se derivan de la moral intersubjetiva y del modelo de conexión social que incide en la responsabilidad especial de ciertos actores privados. Así, se ha destacado el caso de la investigación biomédica y las empresas farmacéuticas, con relación a la responsabilidad que dichas empresas deben asumir con las localidades donde realizan la investigación científica. Existen numerosas denuncias sobre el aprovechamiento de localidades pobres y sin protección estatal (como la que se efectúa en la película *El jardinero fiel*), donde estas empresas realizan sus investigaciones sin comprometerse con la salud de la comunidad. La responsabilidad aquí vendría atribuida en razón a la compensación que debe el agente no estatal sobre la comunidad cuya pobreza y desprotección aprovecha para llevar a cabo la investigación médica³¹⁶.

Por otro lado, diversas ONG'S han puesto de relieve, a través de una serie de informes, el impacto del proceso de liberalización comercial y privatización de servicios básicos sobre la satisfacción de derechos sociales, destacando los aspectos sociales que no podrían desatender las empresas concesionarias en la prestación del servicio. En dicho contexto ha sido productiva también la labor de alguna jurisprudencia constitucional, especialmente de cortes activistas como la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema argentina, quienes han aplicado la figura de la eficacia directa de los derechos sociales en las relaciones entre

³¹⁶ AROSTEGUY, Julieta: "Investigación biomédica: la responsabilidad moral de los agentes no estatales en el cumplimiento del derecho a la salud", en *Revista IIDH*, N° 40, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, julio-diciembre de 2004, pp. 315 y ss.

particulares para restaurar el equilibrio entre la libertad empresarial y el disfrute de determinados derechos fundamentales como la salud y la educación. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad también de pronunciarse sobre el tema, y lo ha hecho no sólo a través del desarrollo del concepto de responsabilidad social de las empresas, sino enfrentando el asunto a través de un caso concreto, en el conflicto entre la libertad empresarial de una universidad privada y el derecho a la educación de un estudiante universitario³¹⁷. De estas experiencias nos vamos a servir para sustentar e ilustrar la tesis de la eficacia directa de los derechos sociales en las relaciones entre particulares.

Finalmente, y aunque no hemos encontrado estudios o jurisprudencia sobre el tema, es posible ahondar en el estudio de dicha eficacia a través del examen de las obligaciones que tendrían las que llamaremos “*empresas comunidad*” en el disfrute de determinados derechos sociales por parte de sus trabajadores³¹⁸. Igualmente es preciso destacar la responsabilidad que las empresas principales y tercerizadoras tendrían con los trabajadores como consecuencia de los beneficios que reciben del proceso de descentralización productiva³¹⁹; en el mismo sentido, las responsabilidades de las empresas extractivas con las *comunidades locales* en las cuales realizan sus actividades, todas las cuales se han concretado a través del principio del *beneficio compartido*³²⁰.

Fundamentados los deberes de solidaridad a partir del discurso moral y del modelo de conexión social, en el **ámbito jurídico** puede igualmente sostenerse la presencia de deberes de solidaridad, y aunque no pueda postularse un deber jurídico general de ayudar a todas las personas que sufran privaciones en sus necesidades básicas³²¹, básicamente por razones que se encuentran dentro del mismo Derecho y que también deben ser sopesadas en este problema (como la libertad general de acción de los individuos, la seguridad jurídica y la estabilidad del Derecho), ello no significa que no exista también como premisa fundamental del Estado Constitucional el *principio de responsabilidad social*³²² en el cumplimiento de todos los derechos, incluidos los derechos sociales. No olvidemos que la propia Constitución peruana de 1993 postula en su artículo 1 que “La defensa de la persona humana y el

³¹⁷ El caso citado es el *Flavio Roberto Jhon Lojas* (STC 0607-2009-PA/TC). Un análisis de este caso y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, de la Corte Suprema de Justicia argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestro trabajo “El derecho social fundamental a la educación y su ejercicio en el ámbito de una universidad privada. A propósito del caso Flavio Roberto Jhon Lojas”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 29, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2010, pp. 131 y ss., pp. 131 y ss.

³¹⁸ Vid. también al respecto nuestro ensayo “¿Derechos sociales frente a particulares?”, en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo 28, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010, pp. 267-280.

³¹⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia: *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2009. Vid. también el voto singular del magistrado Eto Cruz en la STC 2111-2010-PA/TC.

³²⁰ Este principio ha sido rescatado por el Tribunal Constitucional peruano en el *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama I* (STC 0022-2009-PI/TC, FF.JJ. 52-53).

³²¹ Lo cual no obsta, a que dicho deber general de ayuda, pueda ser exigido legislativamente, como es la propuesta de Javier de Lucas, a través de un *servicio civil* por ejemplo. Vid. al respecto DE LUCAS, Javier: “La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, op. cit., pp. 9 y ss.

³²² De esto ha hablado el Tribunal Constitucional peruano en el *Caso de las regalías mineras* (STC 0048-2004-AI/TC, FF.JJ. 11-16 y en el *Caso Cordillera Escalera* (STC 3343-2007-PA/TC, FF.JJ. 21-25).

respeto de su **dignidad** son el fin supremo de la **sociedad** y del Estado”. El respeto de la dignidad humana como *fin social supremo*, constitucionalmente reconocido tiene mucho que ver con la realización de los derechos sociales.

Así, nuestra responsabilidad moral de búsqueda colectiva de la justicia social a través del Estado³²³, y el deber moral de ayuda propia y directa con las necesidades de los otros; se ve complementada en el plano jurídico, con una serie de deberes especiales que surgen de las particulares circunstancias en que los particulares desenvuelven su actividad privada y del modo cómo dicha actividad puede lesionar gravemente cierto bien indispensable para la vida digna recogido en un derecho social. El principio de debida diligencia elaborado por el Relator Especial de la ONU para las empresas y los derechos humanos resulta determinante aquí, como principio que puede permitir determinar los casos en que las empresas u otros actores privados deben asumir directamente su responsabilidad (tanto a nivel interno como internacional) con las víctimas de la violación del derecho social en cuestión. De esta manera, la *responsabilidad social* como principio fundamental del Estado Constitucional no sólo supone, como prescribe la Constitución en su artículo 44, el deber estatal de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia”, finalidad que se concreta primordialmente con la provisión estatal de determinadas libertades fundamentales (entre ellas los derechos sociales) a todos los ciudadanos, sino que también puede, en determinadas circunstancias, exigir que los particulares realicen alguna acción, negativa o positiva (“deberes de no hacer”, “deberes de protección” y “deberes positivos especiales”), a favor de la realización de los derechos sociales, incluso cuando dicha exigencia no se haya determinado previamente de modo claro en la ley. Como ha sostenido también el Tribunal Constitucional peruano en el *caso de las Regalías Mineras*:

“(…) la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto”. De este modo, para el Tribunal “lo social” no sólo se concreta en el deber del Estado de promover el bienestar general, sino como cláusula que tiene incidencia en la actividad económica “permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado

³²³ Las exploraciones contemporáneas sobre la búsqueda de la justicia en la sociedad, sustentadas en la comprensión de la justicia como reciprocidad o como la distribución equitativa de cargas y beneficios se debe a la obra de RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Traducción de María Dolores González, 2ª. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos”³²⁴.

La fundamentación moral y ética, en el plano contextual mencionado, nos arroja luz sobre la legitimidad de la decisión estatal (a través de una medida legislativa) de imponer deberes de solidaridad a los particulares o de limitar su actividad económica en beneficio de principios distributivos, cuando dicha decisión se efectúa en un marco de razonabilidad y ponderación con otros bienes constitucionales³²⁵. Siempre en el marco de la misma razonabilidad y con los mismos fundamentos es posible afirmar la vinculatoriedad directa –sin intermediación legal- de los derechos sociales frente a particulares, en determinadas circunstancias específicas. El problema aquí, como en el caso de la eficacia directa para otro tipo de derechos (debido proceso, intimidad, honor, propiedad, etc.) está centrado en el conflicto con el valor de la predictibilidad o seguridad jurídica, y con los límites de dichos deberes en relación con el respeto del derecho a llevar adelante nuestros planes de vida con la mayor libertad posible, lo que supone –como lo ha explicitado Konrad Hesse- casi una confrontación entre los valores que tutela el Derecho Constitucional y los valores defendidos por el Derecho Privado³²⁶. También se presenta el problema, destacado por Gerald Cohen, de la ventaja indebida que pueden obtener quienes aún no han sido sancionados con la eficacia directa impuesta a nivel judicial, en perjuicio de quien va a asumir dicha responsabilidad. En esta misma línea, la protección directa de un derecho social frente a un particular puede generar un régimen de desigualdad, dado que la violación por parte de los privados puede ser también generalizada o parte de una práctica común a nivel del sector empresarial, como es el caso de la tercerización, por ejemplo.

2. Derechos sociales en el marco de las “empresas comunidad”.

La posibilidad práctica y las objeciones a la eficacia de los derechos sociales entre particulares vamos a discutirlo ahora a partir de un ejemplo concreto. Éste se refiere a la especial situación de *dependencia* o *indefensión* en que se pueden encontrar algunas personas frente a otras a quienes les corresponde brindar ciertos bienes esenciales comprendidos en el contenido de algún derecho social. El presente caso se diferencia del que sigue en que aquí no estamos ante el proveimiento de un servicio público que se brinda al universo de los ciudadanos sin excepción. Por el contrario, nos encontramos ante una relación particular establecida entre dos sujetos que se brindan mutuamente prestaciones jurídicas. Nos referimos básicamente al caso de una relación laboral.

³²⁴ STC 0048-2004-AI/TC, FF.JJ. 15-16.

³²⁵ Recientemente, por ejemplo, se ha aprobado en nuestro país la Ley N° 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, donde se establece la obligación de las empresas de contratar cierto número de personas con capacidades especiales, como parte de una política de inserción laboral.

³²⁶ HESSE, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Traducción e Introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995.

Sabemos que es justamente en el ámbito de las relaciones laborales donde se dio la batalla por los derechos sociales. En las injustas condiciones de trabajo bajo las cuales habían despertado un día la gran masa de obreros y operarios de muchas partes del mundo, capturados por una Revolución Industrial pujante y esclavizante, nació la conciencia de unos derechos que se requerían en ese momento, como condiciones mínimas, para no anular la dignidad del ser humano y reducirlo a un mero objeto de la producción y el progreso. De este modo, fueron apareciendo los derechos a la jornada máxima de trabajo, al descanso semanal, a la protección del menor y de la mujer embarazada, al salario mínimo, entre otros. Como ha señalado Elena Alvites:

“[En este contexto] surgen las primeras legislaciones sociales, es decir, los primeros reconocimientos normativos de derechos sociales. Esto se dio a través de leyes bastante precarias pero que tuvieron el mérito de llamar la atención sobre cuestiones ignoradas hasta entonces por el derecho: la intervención social del Estado introdujo los primeros vínculos a la disciplina del trabajo febril, así se dieron las primeras legislaciones destinadas a regular el ámbito contractual laboral y las relaciones al interior de las fábricas”³²⁷.

Por este motivo es que, a nivel constitucional, la mayoría de derechos sociales incluidos en las primeras constituciones del siglo XX como la de Querétaro de 1917³²⁸ y la de Weimar de 1919³²⁹ tendrán como signo distintivo a los derechos laborales³³⁰. En nuestro país, a pesar de no existir un proceso de industrialización tan extendido como el que se vivía en Europa y Estados Unidos, la Constitución de 1920³³¹ incluyó también en su articulado algunos derechos sociales, básicamente derechos del trabajador³³².

³²⁷ ALVITES, Elena: “Igualdad y derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado social y democrático”, en *El derecho fundamental de igualdad*, Susana Mosquera Monelos (Coordinadora), Universidad de Piura – Palestra, Lima, 2006, p. 148.

³²⁸ La Constitución de Querétaro de 1917 fue la primera que reguló expresamente los derechos del trabajador. Así en su artículo 123 se recogió: la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal, el descanso pre y post-natal, el salario mínimo, el pago de la remuneración en moneda de curso legal, la sobretasa del 100% por trabajo de horas extras, la aplicación del principio de igualdad de trato en el pago de la remuneración, el reconocimiento al derecho de huelga y la libertad sindical, la obligatoriedad de disposiciones sobre seguridad en la empresa y la responsabilidad empresarial en los casos de accidentes de trabajo, la resolución de los conflictos de trabajo mediante mecanismos de conciliación y arbitraje y la prohibición del despido injustificado.

³²⁹ La Constitución de Weimar de 1919 fue la segunda Carta en el mundo y la primera en Europa en incorporar derechos y principios laborales. Así, en primer lugar, consagra principios generales como el principio protector y la disposición sobre el trabajo adecuado, y luego, derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva (artículo 162).

³³⁰ Vid. un panorama de las características del primer constitucionalismo social en GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo – Civitas, Madrid, 2002, pp. 27-67.

³³¹ En el Título IV de la Constitución de 1920 relativo a “Garantías Sociales”, se recogió en el artículo 47 lo siguiente: “El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene.

La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.

Es obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen”.

³³² Vid. detalladamente la evolución de los derechos laborales en nuestro país en TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: *Instituciones de Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 11 y ss.

En este sentido, la constitucionalización de los derechos laborales vino a instaurar en el marco de una relación privada, una cuota de justicia y de dignidad para el trabajador. La vieja autonomía que había predicado el empleador en este tipo de relación y que había sido protegida, a la postre, por un sistema jurídico liberal altamente formal, venía a ser reemplazada, ahora, por un derecho laboral acentuadamente protector y garantista. Como ha dicho Blancas Bustamante:

“El efecto de esta función conformadora del derecho del trabajo que cumple la Constitución supone, necesariamente, que las relaciones laborales queden enmarcadas constitucionalmente, esto es, que sólo puedan constituirse y, sobre todo, desenvolverse en el marco de los derechos laborales reconocidos como derechos fundamentales por aquella. De esta suerte la autonomía privada resulta limitada por las normas laborales, las cuales, incluso las de rango infraconstitucional, se encuentran a su vez encuadradas por las normas y los derechos laborales contenidos en la Constitución”³³³.

Sin embargo, la relación entre un empleador y un trabajador puede abarcar ámbitos más extensos que la simple relación laboral. Como ha puesto de relieve Blancas Bustamante, “otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercitados, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas”³³⁴. Estos derechos pueden ser, por ejemplo, enunciativamente, el derecho a la igualdad y no discriminación, al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, a la libertad de expresión, el derecho de reunión, el principio de legalidad sancionadora, entre otros.

En este caso, la doctrina ha tendido a calificar a estos derechos como “*derechos laborales sobrevenidos*” o “*derechos laborales inespecíficos*”³³⁵, es decir aquellos derechos constitucionales no específicamente laborales, pero que por su ejercicio en un centro de trabajo quedan de alguna manera bajo el marco de la regulación laboral. En otras palabras, son derechos fundamentales que el trabajador ostenta en una relación laboral, pero no en tanto trabajador, sino en tanto persona. Los derechos laborales inespecíficos, a su vez, han sido clasificados en “*laboralizados*” y “*no laborizados*”. Los primeros aluden a derechos que el legislador ha querido reglamentar en la relación de trabajo, no obstante no tratarse de derechos laborales propiamente dichos, mientras que los segundos son derechos que igualmente no son específicamente laborales, pero que tampoco han sido incluidos en la reglamentación de trabajo³³⁶.

En inicio, esta forma de clasificación puede parecer buena, si con ella se logra una conciencia en el legislador laboral de proteger en el ámbito del centro de trabajo todos los derechos fundamentales, pero puede parecer deficitaria si con ella se entiende que los derechos fundamentales que no son regulados por el legislador en este ámbito pueden no tener eficacia quedando simplemente en el limbo de una

³³³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 80.

³³⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, op. cit., p. 89.

³³⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: op. cit., p. 89-90.

³³⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: op. cit., p. 91.

indefinición jurídica. En general, la clasificación nos parece innecesaria, pues si bien es conveniente una regulación protectora de los derechos fundamentales en la relación de trabajo (y no nos referimos aquí a derechos laborales *strictu sensu*), hoy la virtualidad jurídica de los derechos se puede predicar desde la Constitución misma y la regulación legal es exigible respecto de todos ellos, si ello favorece el ámbito de definición del derecho, y no sólo de algunos derechos. Esto nos parece relevante en lo que toca al presente trabajo, pues si postulamos que los derechos sólo tienen eficacia *interpositio legislatoris*, no podremos postular tampoco la eficacia de algunos contenidos constitucionales de los derechos sociales en la relación de trabajo, si es que éstos no han sido desarrollados previamente por leyes, con lo que no llegamos a separarnos de la tesis según la cual los derechos sociales como derechos típicamente prestaciones sólo son exigibles si existe una legislación de por medio que les haya otorgado virtualidad jurídica.

Este tema se encuadra pues en el marco de los derechos fundamentales en una relación laboral. Más específicamente, de los derechos sociales en esa misma relación laboral, relación que es finalmente una relación frente a un particular y que si bien el derecho laboral ha contextualizado de una manera particular, es decir ha establecido una relación que no sólo es de derecho privado, en el marco de la autonomía privada, ni de derecho público, en el marco del *ius imperium* del Estado, sino que puede catalogarse en un *tertium genus* un “derecho social”, esta relación no se agota allí, en el marco del derecho laboral, de las obligaciones entre trabajador y empleador, en función del trabajo realizado; sino que es mucho más amplia y que aún, en muchos casos, permanece en una zona de penumbra.

Carlos Blancas Bustamante ha realizado un esfuerzo heurístico importante al estudiar algunas de estas zonas de penumbra de los derechos fundamentales del trabajador en cuanto persona. La situación de dependencia y muchas veces de indefensión en que el trabajador se encuentra en la relación de trabajo, puede ocasionarle no sólo agresiones a sus derechos laborales, sino en general a todo el conjunto de sus derechos fundamentales³³⁷. El trabajo del profesor Blancas, sin embargo, se restringe sólo al ámbito de los derechos individuales que pueden ser conculcados en este espacio. Así, su investigación se ha enfocado a analizar la igualdad ante la ley, la interdicción de la discriminación, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad personal, al honor, a la propia imagen y al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la libertad religiosa y la integridad moral y psíquica del trabajador³³⁸. Ha obviado, sin embargo, pronunciarse respecto a la presencia de los derechos sociales en una relación de trabajo que, por supuesto, estén al margen de los derechos laborales *strictu sensu*. Preguntarse por la presencia de un supuesto adicional al planteado por el profesor Blancas Bustamante, de

³³⁷ Es importante rescatar aquí que el fundamento de posiciones ius-constitucionales especiales de protección del trabajador, responde a ese proceso que el notable filósofo italiano Norberto Bobbio calificó como *proceso de especificación*, proceso según el cual los derechos fundamentales han dejado de responder al ideal del ser humano abstracto y considerado sólo como ciudadano para pasar a ocuparse también del individuo concreto que cumple y tiene distintos roles en la sociedad, los cuales ponen en evidencia intereses y necesidades específicas a ser satisfechas en el marco de los derechos fundamentales (Cfr. ALVITES, Elena: op. cit., p. 165).

³³⁸ Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: op. cit., pp. 137 y ss.

eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral, es el objeto del presente trabajo. Fundamentar, ante todo, la presencia de este supuesto, más que ahondar en todas las aristas que este problema puede presentar, es el objetivo de este apartado.

El supuesto que se plantea es el siguiente: ¿qué sucede si un empleador de una empresa minera ubicada en un campamento de la sierra de nuestro país –como existen muchas, por cierto- en la cual los trabajadores vivan de continuo por 20 días en el curso de un mes, de *muto propio* o por acuerdo tomado con el sindicato o por disposición del contrato laboral, provee la alimentación de los trabajadores, pero lo hace sin las condiciones mínimamente adecuadas, léase: cocina séptica, comedor hacinado, alimentos de baja calidad, sin los nutrientes completos, sin un horario adecuado para la hora de la comida y para el descanso después de ésta, tratándose de trabajadores que emplean el esfuerzo físico?

Aquí hay un derecho social involucrado: el *derecho a una alimentación adecuada*. Éste es un derecho que se encuentra recogido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³³⁹, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁴⁰ y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴¹. De acuerdo al artículo 55 de la Constitución de

³³⁹ El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe que:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la *alimentación*, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

³⁴⁰ El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece lo siguiente: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso *alimentación*, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el *derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre*, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

³⁴¹ El texto del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño es el siguiente:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la *nutrición*, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el

1993, “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”; por lo que este derecho humano forma parte, sin más, del derecho nacional y tiene, por tanto, eficacia jurídica. ¿Tiene, sin embargo, según nuestro ordenamiento, naturaleza constitucional o fundamental?

Sabemos que, en cláusula que podría calificarse más restrictiva que la establecida en la Constitución de 1979 donde se consideraba a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos como normas de rango constitucional, la Constitución de 1993 ha dispuesto lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Cuarta Disposición Final y Transitoria). El esfuerzo que cabría realizar es entonces interpretativo, en el sentido de si por vía de interpretación el principio-derecho de dignidad humana o algún otro derecho con el que tenga relación, como el derecho a la vida o el derecho a la salud, puede sustentar la incorporación a nuestro catálogo de derechos fundamentales de los contenidos que componen el derecho a una alimentación adecuada.

A nuestro criterio, el derecho a la alimentación puede postularse perfectamente como un derecho fundamental de carácter autónomo, a ser incorporado a través del artículo 3 de nuestro Texto Fundamental, sobre derechos fundamentales innominados³⁴². Y ello en razón a varios argumentos: en primer lugar, su fundamentación moral estriba en la relación directa y necesaria con el principio-derecho de dignidad humana, pues bien puede aseverarse que quien no tenga posibilidad de acceso a una alimentación adecuada difícilmente pueda disfrutar de una vida digna; en segundo lugar, hoy, el derecho a la alimentación no sólo puede postularse como un derecho subjetivo que interese a los individuos en particular, sino que puede afirmarse que es un bien colectivamente apreciado por la sociedad en su conjunto, no porque ahora importe más que en el pasado, sino por dos condiciones sociales específicas que se presentan en la actualidad y que otorgan mayor relevancia a su protección constitucional: la presencia aún aguda de desnutrición y malnutrición en muchas poblaciones a nivel mundial, entre las cuales se encuentra la nuestra, y la aparición de un fenómeno de especial relevancia y preocupación en los últimos años: la *crisis alimentaria*, definida básicamente como escasez de alimentos y que ha introducido en este derecho, como veremos a continuación, un contenido adicional al que antes ostentaba y que merece una protección de la más alta escala normativa³⁴³.

niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

³⁴² El artículo 3 de nuestra Constitución establece lo siguiente: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la *dignidad del hombre*, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

³⁴³ Sobre el contexto actual en el que se desenvuelve este derecho en el ámbito internacional puede verse el libro divulgatorio *Reflexiones en torno al derecho a la alimentación*, PROSALUS, Caritas Española e Ingeniería Sin Fronteras, Madrid, 2009.

De acuerdo a la Observación N° 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU el contenido de este derecho se define de la siguiente manera:

- a) El derecho de no ser privado por nadie de una alimentación adecuada (*obligación de respeto*).
- b) El derecho de poseer los medios apropiados para impedir que alguien vulnere el acceso a una alimentación adecuada (*obligación de protección*).
- c) El derecho a acciones que promuevan una “política de seguridad alimentaria” (*obligación de promoción*).
- d) El derecho a recibir directamente los alimentos en caso de hallarse impedido de acceder a ellos (*obligación de prestación en sentido estricto*)³⁴⁴.

Como vemos, este derecho, como la mayoría de derechos sociales, es un derecho cuyos contenidos obligacionales se dirigen básicamente frente al Estado. Como dijimos con anterioridad: donde el peso de las obligaciones de prestación son mayores cuantitativa y cualitativamente hablando que las obligaciones de defensa o protección. Sin embargo, como sustentamos desde el inicio del trabajo hasta llegar a este punto, un derecho social, en este caso el derecho a la alimentación, puede contener perfectamente otra clase de obligaciones distintas a las prestacionales, como son las obligaciones de respeto y protección.

La pregunta entonces, a estas alturas, se presenta diáfana: ¿las obligaciones de respeto y protección postuladas respecto al derecho a una alimentación adecuada pueden exigirse al empleador, en este caso, un particular?

Nosotros pensamos que sí. Veamos. La obligación de no privar a nadie de una alimentación adecuada puede ser exigida perfectamente al empleador, pensamos, en este caso, a un empresario minero. ¿Qué ocurre si el empresario minero, dentro de un campamento, dispone sólo dos horarios de comida al día para sus trabajadores? ¿Qué, si dispensa sólo 40 minutos para el almuerzo, incluido el descanso? ¿No está vulnerando acaso el deber de respeto que tiene sobre este derecho?

Aún más, ¿qué pasa si el empleador da en concesión el comedor de la empresa a una concesionaria que brinda un pésimo servicio, tanto en calidad como en cantidad de alimentos? ¿Qué, si permite que después del almuerzo, los capataces recorten el horario de descanso de los trabajadores, sobre todo, de aquellos que van a realizar un esfuerzo físico? ¿No está vulnerando acaso su obligación de protección?

En ambos casos, la respuesta es afirmativa y por una cuestión de sentido común, sin entrar a mayores razones o disgresiones teóricas. Abona, sin embargo en la hipótesis planteada en este caso, que las obligaciones de respeto y protección sobre el derecho a una alimentación adecuada se den en una situación de especial

³⁴⁴ Vid. esta definición en *El derecho a la alimentación en la práctica. Aplicación a nivel nacional*, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación – Dependencia del Derecho a la Alimentación, Roma, 2006, pp. 2-3.

dependencia. Y es que la obligación de proveer una alimentación adecuada a los trabajadores no es igual en empresas donde el trabajador puede acceder a los alimentos por cuenta propia, almorzando o recibiendo alimentos de un servicio distinto al brindado por la empresa; por ejemplo, cuando el trabajador puede acceder a otro restaurante de su elección o puede recibir “la vianda” llevada por un familiar, al caso de un trabajador que se halla laborando de modo permanente en un lugar alejado de la ciudad y de la familia. En este último caso, la alimentación brindada en el comedor de la empresa será la única a la que puede acceder el trabajador.

Nosotros queremos llamar aquí “*empresas-comunidad*” a aquellas en las que el trabajador prácticamente vive y donde se vivencian día a día no sólo sus derechos como trabajador, sino también sus derechos como persona. Grandes industrias, alejadas de la ciudad y, por tanto, del hogar del trabajador que se convierten, de este modo, en el principal centro de relaciones de una persona. En estas empresas-comunidad la obligación de respeto y protección cobra una especial relevancia en relación con el derecho a la alimentación. Y es que si aceptamos la definición brindada por Robert Alexy de derechos sociales como “derechos del individuo [frente al Estado] a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si *encontrase en el mercado una oferta suficiente*- podría obtenerlo también de particulares”³⁴⁵, deberíamos concluir que en el caso especial de las “empresas comunidad” las obligaciones de defensa y protección que contiene el derecho a una alimentación adecuada son especialmente exigibles, en tanto en el supuesto planteado se adolece, como ya se anotó, de otra oferta en el mercado a la cual pudiera acceder el trabajador.

El motivo de ello es que en las especiales circunstancias de aislamiento en que se encuentra una “empresa comunidad”, el derecho a una alimentación adecuada ya no puede considerarse ni siquiera cercana a una “condición adecuada de trabajo”, pues en este caso, la alimentación diaria, completa e integral del trabajador correrá por cuenta del empleador, lo cual representa condiciones adecuadas de una vida digna no sólo al trabajador, sino fundamentalmente a la persona. El derecho a una alimentación adecuada se redimensiona aquí más allá de una simple “condición adecuada de trabajo” y adquiere todas las características de un derecho de orden fundamental que incide directamente en la dignidad del ser humano involucrado.

En este contexto de fundamentalidad del derecho a la alimentación, las obligaciones del empleador de respeto y protección de la posición ius-fundamental del trabajador es especialmente relevante y, lo importante, especialmente exigible y sobre todo, judicializable. No creemos que exista ningún problema para fundamentar a la luz de todo lo ya expuesto, que dichas obligaciones tienen el carácter de *directamente* exigibles, como relaciones *inter-privatos* u *horizontales* de derecho fundamental. Ni menos aún, con todos estos supuestos previos, de fundamentar la justiciabilidad de su plena satisfacción; y tratándose de un derecho que requiere de una pronta y celeré tutela, de reclamar la restitución de su pleno

³⁴⁵ ALEXY, Robert: “Derechos sociales fundamentales”, op. cit., p. 67.

ejercicio a través del proceso constitucional de amparo, llamado a tutelar derechos fundamentales de *contenido constitucional*³⁴⁶ ante situaciones de especial *urgencia*³⁴⁷.

Por lo demás, los “derechos sociales frente a particulares” y el caso que aquí se ha abordado puede ser también perfectamente fundamentado a partir del derecho positivo constitucional. En efecto, nuestra Constitución ha establecido en su artículo 23, tercer párrafo que:

“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

3. La eficacia de los derechos sociales en la prestación de determinados servicios públicos por particulares.

En un artículo escrito hace algún tiempo sostuve la siguiente tesis:

“el tópico [...] según el cual “los derechos sociales sólo pueden postularse frente al Estado”, en tanto se trata de derechos a prestaciones de bienes y servicios, debe relativizarse en el sentido que, los derechos sociales tienen otras categorías obligacionales distintas a las prestaciones en sentido estricto, las cuales no necesariamente son reclamables sólo frente al Estado”³⁴⁸.

Esta postura la planteé ante la perspectiva algo unidireccional de la doctrina que aborda la problemática de la virtualidad jurídica de los derechos sociales. En efecto, de acuerdo a ésta, los derechos sociales al suponer mandatos de prestación a dar o hacer algo, su satisfacción sólo puede caer en manos del Estado, quien debe implementar la infraestructura institucional y material capaz de dar plena vigencia al contenido positivo de estos derechos. Sin embargo, dos datos escapan a esta simplificación del estudio de los derechos sociales: en primer lugar, que éstos, así como los derechos civiles y políticos, poseen categorías obligacionales distintas al mandato de prestación en sentido estricto, esto es, que también gozan de los mandatos del “no daño” y la “protección”, lo cual supone que se mire no sólo quién es el encargado de brindar el objeto de un derecho social (prestación en sentido estricto), sino quién puede dañar o desproteger arbitrariamente dicho objeto, con lo cual aparece claramente el escenario donde los derechos sociales requieren ser eficaces también frente a particulares.

El segundo dato, que obvia la doctrina al reducir el problema de la eficacia de los derechos sociales sólo al ámbito de su exigencia frente al Estado, es el que se refiere a que, en el contexto actual, la prestación del objeto contenido en un derecho social se encuentra muchas veces en cabeza de un particular.

³⁴⁶ De acuerdo al artículo 5.1. del C.P.Const.

³⁴⁷ De acuerdo al artículo 5.2. del C.P.Const.

³⁴⁸ Vid. LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: “¿Derechos sociales frente a particulares?”, en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo 28, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010.

En el artículo referido nos centramos en el primer supuesto. Allí la temática abordada estuvo conectada con la forma cómo ante determinadas circunstancias un particular asumía especiales obligaciones en la protección de un derecho social. Así, reseñamos el caso de los trabajadores que se encuentran realizando labores en lo que denominamos “empresas-comunidad”, centros de trabajo que por estar alejados del hogar familiar se convierten en un foco de relaciones humanas donde el trabajador se proyecta en múltiples dimensiones de su ser y donde el empleador asume respecto de él también deberes que van más allá de las meras relaciones laborales o condiciones de trabajo y que adquieren toda la relevancia de un derecho social fundamental. Es este el caso, allí expuesto, del deber de protección del empleador respecto a la alimentación de sus trabajadores³⁴⁹.

En este acápite, nos dedicaremos al segundo punto obviado por la doctrina en la consideración de la eficacia jurídica de los derechos sociales y que hemos apuntado como la prestación directa que brindan los particulares del objeto de determinados derechos sociales fundamentales. A este supuesto hicimos breve referencia en el mencionado artículo, cuando con base en una cita de Gerardo Pisarello, planteamos que ante el proceso de privatización de los servicios públicos, se requería una respuesta que reivindicara el carácter ius-fundamental de algunos servicios frente a su pura naturaleza empresarial. Ello –dijimos- acarrea dos problemas: en primer lugar, establecer el rol que le competía al Estado de cara a la protección de los derechos sociales implicados en la prestación de dichos servicios públicos. La respuesta a esta cuestión ha aparecido, de algún modo, como pacífica tanto en nuestro ordenamiento como a nivel de la doctrina: la de vigilancia y supervisión de la *calidad* de prestación del servicio, a través de organismos reguladores³⁵⁰. Esta función de vigilancia se ha enmarcado, por lo demás, dentro de su consabido “deber de protección”, sobre todo respecto a los derechos de los consumidores y usuarios. Sin embargo, el deber estatal de protección del derecho social fundamental contenido en un servicio público brindado por particulares, parece poseer otras dimensiones distintas a la mera vigilancia de la calidad del servicio, y que tienen que ver con temas de acceso, no discriminación, función social del servicio, entre otros. A examinar en parte estas hipótesis nos dedicaremos en el presente ensayo.

Por otro lado, interesa aquí desarrollar también el segundo aspecto problemático que planteaba la prestación de un servicio público –cuyo objeto era un derecho social fundamental- por un particular. Dicho campo de controversia –sosteníamos- giraba en torno a la eficacia directa que podía ostentar un derecho social en dicha relación particular o *inter privatos*. Es decir, la cuestión que dejamos planteada era si cualquier persona podía plantear una demanda, digamos de amparo, con el objeto de exigir, del particular que brinda el servicio, la adecuada satisfacción de las obligaciones que derivan de la condición de derecho social fundamental implícitas en dicho servicio y que se encuentren más allá de las establecidas contractualmente³⁵¹. Ello suponía admitir, claro está, que las obligaciones generadas

³⁴⁹ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: op. cit., pp. 276-280.

³⁵⁰ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: op. cit., p. 271.

³⁵¹ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: op. cit., pp. 271-272.

a partir de dicha prestación no sólo eran de naturaleza contractual, no empecé el carácter privado de la institución que las brindaba, sino que alcanzaban la categoría de ius-fundamentales debido a la naturaleza del objeto que suponía dicha prestación.

En el presente acápite, siguiendo la ruta sentada en el referido ensayo, nos adentraremos a problematizar con un poco más de profundidad las razones que abonan a favor de la naturaleza ius-fundamental de algunos servicios públicos brindados por particulares, dada la satisfacción que a través de ellos se hace de algunos derechos sociales; y las implicancias que ello tiene para la eficacia de estos derechos en las relaciones *inter-privatos*, la que puede darse tanto a nivel de la vigilancia y regulación estatal de estos servicios, como a través de su invocación directa ante los tribunales. Y todo ello como punto de partida o marco teórico para abordar el análisis de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso *Flavio Roberto Jhon Lojas* y que es la primera donde se evidencia esta temática.

3.1. Recepción constitucional y desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia.

Es bueno tener presente que, a nivel comparado, el problema de la eficacia de los derechos sociales frente a particulares, en especial en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos que suponen la satisfacción de un derecho social, se ha presentado de diversos modos. A nivel normativo, por ejemplo, en la Constitución de Colombia de 1991, si bien en principio parecería imponerse sólo la eficacia vertical de los derechos fundamentales, cuando en el artículo 86 de la misma se hace alusión a que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, [...] la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”; en el último párrafo del citado artículo claramente se deja establecido que: “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público [...]”.

Es pues, justamente en Colombia donde se han presentado algunos casos de la eficacia aquí referida. Así, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la ley que reglamentó la procedencia de la tutela frente a particulares (Decreto 2591 de 1991), declarando inexecutable (inconstitucional) algunos extremos de la referida ley, en tanto restringían la protección brindada por la acción de tutela en la prestación de servicios públicos por particulares sólo a determinados derechos. El razonamiento de la Corte aquí es claro en el sentido que el legislador sólo podía enumerar los supuestos donde podía presentarse la afectación de los derechos constitucionales por los particulares, mas no estaba habilitado para restringir el ámbito de protección de la tutela constitucional. Con todo, de modo ilustrativo, para lo que aquí nos interesa, la corporación colombiana plantea que: “¿Acaso no procede la acción de tutela cuando se pretenda proteger, por ejemplo, el derecho fundamental a la honra (Art. 21 C.P.), o los derechos fundamentales de los niños (Art. 44 C.P.) frente a los particulares que presten el

servicio público de educación? ¿Acaso no procede la acción de tutela cuando se pretenda proteger, por ejemplo, el derecho fundamental a la integridad física (Art. 12 C.P.), o el derecho fundamental de petición (Art. 23 C.P.), o el derecho fundamental a la igualdad (Art. 16 C.P.), frente a los particulares que presten el servicio público de salud?”³⁵².

La amplitud con que la Corte observa la vinculación de los derechos fundamentales en el ámbito de los servicios públicos brindados por particulares parece no dejar margen de duda respecto a la eficacia de los derechos que justamente son objeto de prestación del referido servicio público, esto es, respecto a los derechos sociales. Y así lo declara expresamente. La perspectiva asumida por la Corte, como veremos a continuación, se ve sustentada en dos razones de gran alcance que se verán reproducidas en casi toda su jurisprudencia sobre este tema: en primer lugar, la Corte asume una posición de principio al considerar que el *deber de solidaridad* que encarna el Estado Social exige una actuación de los particulares, en la prestación del servicio público, no de carácter patrimonialista, sino orientado al interés general; y, en segundo lugar, que la situación de poder en que se coloca la empresa que brinda el servicio respecto a la persona que recibe el mismo, puede generar situaciones arbitrarias, que deben ser interdictadas por la tutela constitucional. Así, lo expresa la Corte:

“La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP art. 86). [Por otro lado], las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. [Sin embargo], la procedencia de la acción de tutela contra particulares parte del supuesto de que las personas, en ciertos casos, no se encuentran en un plano de igualdad -porque están investidos de unas determinadas atribuciones especiales- lo que podría ocasionar un “abuso del poder”. [Así], la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria”³⁵³.

Bajo esta óptica, la Corte Constitucional resolvió el caso *Sandra Patricia Patiño Uribe c/Jardín Infantil Santa María*, donde la recurrente reclamaba la protección del derecho fundamental de su menor hijo a la educación, el mismo que había sido vulnerado al retirársele del plantel de estudios en el que venía cursando el Jardín, debido a la falta de pago de las pensiones. La Corte consideró establecer, en primer lugar, la naturaleza de la relación que unía al menor con el centro educativo particular, definiendo por tanto los bienes jurídicos que se encontraban en juego. En este punto, el colegiado colombiano sostuvo:

³⁵² Corte Constitucional de Colombia, C-134/94.

³⁵³ Corte Constitucional de Colombia, C-134/94.

“Esta Corporación ha sostenido que la relación entre un estudiante y un plantel educativo privado tiene dos facetas. Por una parte existe una relación contractual en la que, en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad y el derecho a la libre empresa (art. 333 C.P.), dos sujetos de derecho se comprometen a cumplir con una serie de deberes con el objeto de recibir, en contrapartida, una serie de derechos. Por otra parte, se trata de un particular (plantel educativo) que, por autorización y bajo la vigilancia oficial, presta el servicio público de educación. Esta segunda faceta implica que en la relación entre una institución, como el Jardín Infantil Santa María, y un estudiante, como Juan Sebastián Osorio Patiño, está en juego el ejercicio de una garantía constitucional fundamental, que impide tratarla como una mera relación contractual entre el plantel y la madre del niño”³⁵⁴.

Sosteniéndose en su doctrina anterior, respecto a la función social que cumplen los particulares que brindan un servicio público y, sobre todo, atendiendo a la importancia y trascendencia del bien ius-fundamental en cuestión, la Corte decididamente enuncia:

“De tal suerte, y esta ha sido la posición reiterada por la jurisprudencia de la Corte, que el derecho del que goza usualmente toda parte contractual a dejar de cumplir con sus prestaciones cuando su contraparte ha incumplido previamente encuentra en este caso un límite [...]. El interés más altamente reivindicable en todo ese concurso de esfuerzos, en tanto es el fin último y más auténtico de la educación, hace prevalecer en el tiempo de manera independiente el derecho del educando que no puede verse suspendido por el derecho del educador a recibir su natural estipendio. Aquí prevalece el derecho del educando, sin perjuicio de que exista el del educador, y con ello los medios jurídicos para hacerlo valer”³⁵⁵.

En el caso particular, sin embargo, la Corte añade un argumento adicional que, como veremos luego, justifica en gran medida la prevalencia de la tutela de los derechos sociales sobre los derechos subjetivos privados de los particulares y tiene que ver con la gravedad que puede revestir la suspensión de la prestación de servicios esenciales como la salud y la educación, de cara a su carácter de condiciones imprescindibles para el disfrute de una vida digna. Así, lo manifiesta la corporación colombiana:

“Una de las principales razones que justifican obligar a un plantel educativo privado a continuar prestando el servicio, a un estudiante cuyos padres o responsables no han cancelado sus obligaciones, es la magnitud del efecto nocivo que tiene sobre el menor la interrupción abrupta del proceso educativo. La especial protección de la que gozan los niños a la luz de la Constitución, impide que a la mitad del año lectivo, y por razones ajenas al ámbito académico, al menor se le suspenda su proceso formativo”³⁵⁶.

Del mismo modo, se pronunció la Corte Constitucional en el caso *Joao Alberto Cariaga Pérez c/Universidad Autónoma del Caribe*, donde el recurrente, estudiante universitario de esta casa de estudios privada, demandó el recibo de sus exámenes preparatorios a efectos de graduarse en la carrera de periodismo, los cuales no eran

³⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, T-356/01.

³⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, T-356/01.

³⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, T-356/01.

admitidos por la universidad, dado que éste mantenía una deuda acumulada de varios semestres impagos. La Corte Constitucional de Colombia otorgó la tutela constitucional y ordenó a la universidad demandada recibir los exámenes preparatorios del recurrente, siempre con base en la preeminencia del derecho social fundamental a la educación sobre el interés pecuniario de la empresa privada, pero precisando que la gravedad de la afectación del derecho no estribaba, como en el anterior caso, en la interrupción intempestiva del servicio y en el perjuicio que ello podía ocasionar sobre el proceso educativo del alumno, sino en la imposibilidad material de que éste culmine su carrera universitaria, dada la especial situación de vulnerabilidad económica en la que se encontraba³⁵⁷.

Por último, cabe recalcar el caso de los *Bonos Educativos en Escuelas Privadas*, donde la Corte Constitucional de Colombia declara inexecutable, esto es, inconstitucional el artículo 203 de la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, la cual acogía como legítimo el cobro que los colegios particulares hacían de unos bonos para incrementar el capital social de las empresas educativas, independiente de la matrícula y pensión de estudios ya cobradas a sus alumnos. La disposición cuestionada -alega la Corte- vulnera el derecho a la educación y con él el principio de igualdad de oportunidades, en tanto genera una carga impositiva fuerte para el acceso a la educación, dando por tanto oportunidad de estudios sólo a una pequeña minoría, que pueda costear esas sumas, frente a quienes no cuentan con los recursos económicos suficientes; atentando, con ello contra la *finalidad social* que es esencial al proceso educativo. Afirma la Corte:

“La disposición acusada atenta contra la igualdad, muy específicamente a la de oportunidades, al introducir una odiosa discriminación entre quienes sí pueden asumir los costos del pago de los denominados “bonos” y quienes en razón de su situación económica no pueden hacerlo, surgiendo así un núcleo privilegiado, por la sola razón de su poder económico, que en nada beneficia ni contribuye al trato igualitario que inspira nuestra Carta Política [...].

El artículo 203 acusado, como ya se ha visto, fija en primer término una prohibición general para los establecimientos educativos en el sentido de exigir cuotas, bonos o tarifas adicionales a las aprobadas por concepto de matrículas, pensiones y cobros

³⁵⁷ Así lo expresa la Corte: “En principio, el actor se encuentra obligado al pago de los valores que adeuda por concepto de matrícula. En ese sentido, en ninguna irregularidad se incurre cuando la Universidad, dando cumplimiento al reglamento estudiantil y de bienestar universitario, impide la presentación de exámenes finales y de exámenes supletorios a los estudiantes que no se encuentran a paz y salvo financiero con la entidad y cuando supedita la realización de los exámenes preparatorios al pago de los derechos correspondientes. No obstante, en el caso presente se encuentra demostrado que el actor se halla en imposibilidad de cubrir esos valores y ante ello, la postergación de sus exámenes preparatorios al cumplimiento de una condición que está en manifiesta incapacidad de cumplir implicaría la imposibilidad de presentar tales exámenes, con lo que se frustraría definitivamente su derecho a obtener un título profesional como culminación de sus estudios universitarios.

En este caso, la tensión que se advierte entre el derecho fundamental a la educación de que es titular el actor y el derecho de la Universidad a recibir el pago de las matrículas de los últimos semestres se encuentra matizada por la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra el accionante en atención a sus muy limitadas condiciones económicas [...]. En estas circunstancias, la Corte advierte que con la postura asumida por la Universidad se está vulnerando el derecho fundamental a la educación del actor pues, en la situación precisa de que da cuenta la actuación, condiciona el recibo de los exámenes preparatorios a la realización de un pago que, si bien constituye una manifestación del legítimo derecho a una remuneración por la prestación del servicio público de educación, desconoce las circunstancias de vulnerabilidad en que se halla el actor por sus muy limitadas condiciones económicas”. Corte Constitucional de Colombia, T-388/01.

periódicos. Establece luego una excepción en favor de los centros educativos privados sin ánimo de lucro, la cual no puede aceptarse ni siquiera por la diversa naturaleza de estos entes, pues como se ha dicho, la imposición de bonos o figuras similares como aporte de capital viola los derechos fundamentales y el concepto de educación como servicio público que tiene una función social”³⁵⁸.

Debe destacarse finalmente una acotación de paso (*obiter dicta*) que efectúa la Corte colombiana en este caso, la cual si bien no tuvo mayor análisis, es de gran importancia para el tema que nos ocupa y que, como veremos, repite en algún modo la Corte Suprema de Justicia argentina. Como dijimos en la introducción del presente trabajo, uno de los problemas que plantea la privatización de los servicios públicos y, en este caso, la promoción de centros educativos por empresas privadas, es el rol que le compete al Estado en la protección de dichos bienes básicos. Así, se ha dicho que dicho rol se encuentra en la función de fiscalización de la *calidad* del servicio, para lo cual bastaría la función que cumplen los organismos reguladores. Sin embargo, parece –por la acotación efectuada por la Corte– que la función del Estado va mucho más allá y alcanza el nivel mismo de *equiparación* o *igualación social* que está en la base misma de la cláusula del Estado Social. Aquí la eficacia de los derechos sociales frente a particulares no estaría constituida por la capacidad de accionar directamente la protección de un derecho social frente a violaciones de los particulares, sino por la función que cumple el derecho social como *principio rector* de acción legislativa y que puede servir de sustento para restringir el alcance de la libertad de empresa de los particulares, cuando su labor se desarrolla en el ámbito de un servicio público. En efecto, la corporación colombiana ha manifestado que:

“Cabe insistir en que, si bien la Constitución protege la actividad económica y reconoce también el derecho de los particulares de fundar centros educativos, tales libertades no pueden anular ni disminuir el carácter de servicio público y de función social atribuido por la Constitución Política a la educación, que también y sobre todo es un derecho fundamental, por todo lo cual está sujeta a la suprema inspección y vigilancia del Estado (art. 67 C.P.), siendo de competencia del legislador la función de fijar las condiciones para la creación, gestión y funcionamiento de los aludidos establecimientos. *Una de ellas tiene que ver con los precios máximos que pueden cobrar por sus servicios, que no pueden fijar unilateralmente ni por fuera de un control oficial estricto [...]*”.

3.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina.

En Argentina los casos sobre la eficacia frente a particulares de los derechos sociales se han centrado más en temas de derecho a la salud y han tenido que ver con la imposición de determinadas obligaciones a las empresas de medicina prepaga que prestan este servicio público, en defecto de la protección estatal, así como en la prohibición de discriminación en la prestación de la atención sanitaria o en la cobertura médica. Por ejemplo, en el caso *Etcheverry c/ Omint*, la Corte Suprema argentina decidió que la negativa de la empresa de medicina prepaga a continuar brindando cobertura al trabajador que había perdido el empleo, no obstante

³⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, C-560/97.

haberse comprometido a continuar pagando el aporte respectivo, por el mero hecho de habersele detectado la enfermedad del VIH atentaba contra el derecho a la salud del recurrente y la prohibición de discriminación; por lo que ordenó la continuidad de la cobertura y la aplicación del tratamiento respectivo. Aquí, al igual que en el caso colombiano, la Suprema Corte fundamenta su decisión introduciendo el elemento del *compromiso social* de los particulares en la prestación de servicios públicos. Así, la Corte Suprema sostuvo enfáticamente que:

“Las empresas de medicina prepaga adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, bajo la consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas [dado que su actividad está encaminada] a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas”³⁵⁹.

Un caso especialmente interesante y que está relacionado con el rol del Estado en materia de protección de los derechos sociales fundamentales, cuando el servicio se halla prestado por particulares, es el caso *Hospital Británico*, donde un hospital privado impugna la constitucionalidad de una norma que imponía a las empresas de medicina prepaga las mismas obligaciones que les correspondían a las obras sociales de entidad estatal, entre las cuales se encontraba la cobertura de los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus del VIH. La empresa alega vulneración de la libertad contractual, del principio de igualdad, de la propiedad y del principio de razonabilidad. La Corte Suprema decide, con base en la obligación internacional asumida por el Estado argentino en materia de derecho a la salud y de la constitucionalización de este derecho, la compatibilidad constitucional de esta norma, precisando que es responsabilidad del Estado regular la actividad de las empresas privadas dedicadas a prestar servicios de salud, imponiéndoles cargas específicas de cobertura³⁶⁰. Lo importante de este caso es que, como dijimos en el caso de los *Bonos Educativos de las Escuelas Privadas*, el Estado asume funciones de regulación que van más allá del mero control de calidad del servicio, incorporando un criterio de *contenido social* a la regulación; al limitar la discreción de la empresa privada de contratar sólo con base en su mero interés económico, imponiéndole un deber de no discriminación respecto a la enfermedad del VIH, lo cual supone exigir de ésta un deber de solidaridad y colaboración en la lucha contra esta epidemia.

Haciendo un balance de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en esta temática, Víctor Abramovich y Laura Pautasi, han mostrado cómo la virtualidad jurídica de los derechos sociales no sólo se manifiesta en la exigencia de satisfacción de las prestaciones que suponen los derechos sociales por parte del Estado, sino que muchas veces ellos actúan como normas que sustentan la restricción de las libertades de los particulares frente a la naturaleza ius-fundamental del servicio prestado, y ello tanto en el nivel de la regulación (*creación*), como de la solución de casos concretos (*aplicación*). Así, estos autores argentinos han expresado:

³⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, E. 34. XXXV, del 13/03/2001.

³⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, H. 90. XXXIV, del 13/03/2001.

“Estos precedentes no son conclusivos respecto del alcance de las competencias regulatorias del Estado en el ámbito de los contratos privados de servicios de salud. Pero sí ratifican un principio básico para pensar cualquier modelo normativo, que es la afirmación del rol regulador del Estado en relación con la actividad de los prestadores privados de salud y la limitación de los derechos de propiedad cuando están en juego derechos sociales de base constitucional como el derecho a la salud. En estos casos, el derecho a la salud no funciona como una fuente de obligaciones de provisión estatal de bienes o servicios, sino como fundamento de la imposición al Estado de un rol de protección frente a eventuales abusos o actos arbitrarios de prestadores privados. El derecho social actúa modulando el alcance del derecho de propiedad de los empresarios de servicios de salud. La Corte ratifica el principio de que el derecho fundamental a la salud tiene un espacio también en las relaciones entre particulares y que el Estado tiene la facultad y en ocasiones el deber de intervenir para equilibrar relaciones de poder desiguales en este campo contractual y asegurar el respeto del derecho por parte de empresas y particulares”³⁶¹.

3.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso *Ximenes Lopes c. Brasil*.

Como ha dicho Christian Courtis, el caso *Damião Ximenes Lopes c. Brasil* es relevante por varias razones. En primer lugar, porque representa el inicio del control supranacional de la Corte sobre un país que, a pesar de los graves problemas de violación de derechos humanos que había afrontado, había estado excluido de la competencia contenciosa de la Corte: Brasil. En segundo lugar, porque es la primera vez que la Corte avanza sobre temas sobre los cuales no había tenido oportunidad de pronunciarse, referidos a los derechos de una persona que padece problemas de salud mental en un centro de internamiento psiquiátrico. Por último, y en lo que aquí importa, el caso permite ver la situación de violación a los derechos humanos que muchas veces se produce en instituciones privadas que brindan un servicio público, la vinculación de los derechos humanos en este ámbito y las responsabilidades del Estado en esta materia³⁶².

Los hechos del caso se producen como consecuencia del internamiento de Damião Ximenes Lopes, quien padecía problemas de salud mental, en la Casa de Reposo Guararapes, institución psiquiátrica privada, que sin embargo se encontraba en el marco del Sistema Único de Salud del Brasil, donde su madre lo lleva luego de que éste sufre una recaída en su enfermedad, ingresando en buenas condiciones físicas, el 1 de octubre de 1999. Luego de dos días y tras una aparente descompensación, la víctima es sometida a medidas de contención física, que se

³⁶¹ ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASI, Laura: “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, en *Salud Colectiva*, N° 4 (3), Buenos Aires, septiembre-diciembre de 2008, p. 274, disponible en <http://www.unla.edu.ar/public/saludColectivaNuevo/publicacion12/index.php>. Un resumen de la jurisprudencia argentina en este punto puede hallarse también en COURTIS, Christian: “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina: Apuntes críticos”, en *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009, pp. 146-158.

³⁶² COURTIS, Christian: “La muerte en una institución psiquiátrica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso *Damião Ximenes Lopes c. Brasil*”, en *El mundo prometido*, op. cit., pp. 253-254.

prolongaron durante la noche. El día 4 de octubre, cuando su madre acude a visitarlo, lo encuentra sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio y oliendo a excremento, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, gritando y pidiendo auxilio a la policía. Ante el clamor de su madre, el director clínico de la institución le aplica una medicina, pero Ximenes Lopez fallece a las 11:30 de ese día 4 de octubre de 1999. A partir de allí sigue una historia de impunidad respecto a la responsabilidad de la institución psiquiátrica y los médicos que estuvieron a cargo. Con base en la denuncia de los familiares, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenta el caso ante la Corte alegando violaciones a los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 y 25 (derecho a un recurso efectivo y garantías judiciales) de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte mediante sentencia de fecha 4 de julio de 2006 condena al Estado brasileño por vulneración del derecho a la vida e integridad física, al no haber tomado medidas adecuadas para evitar el daño a la víctima y omitiendo su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud en hospitales psiquiátricos. También lo condena por vulnerar el derecho a un recurso efectivo y garantías judiciales, dada la irrazonable cantidad de tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos sin que hasta ese momento se haya encontrado un responsable de lo ocurrido en la Casa de Reposo Guararapes.

Al abordar la solución del caso, la primera cuestión que tiene que enfrentar la Corte es la responsabilidad del Estado en este caso, dado que la violación de los derechos alegados se había producido en una institución psiquiátrica privada. Aquí, la Corte sienta un principio básico, que termina aplicando al caso, dada la naturaleza de institución delegada que tenía la Casa de Reposo Guararapes. Dice la Corte:

“Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos [...] [Así] la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado”³⁶³.

Sin embargo, la Corte no se queda allí, y establece que incluso en el caso de instituciones privadas que no pertenecen al sistema público, tiene el Estado la obligación de proteger adecuadamente el servicio de salud brindado, fiscalizando y supervisando a las instituciones que se encargan de prestar este servicio esencial. Razona la Corte de este modo:

“En relación con personas que se encuentren recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad de la persona, particularmente vulnerables cuando se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su

³⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Damião Ximenes Lopes c. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 86 y 87.

jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado”³⁶⁴.

El paso más osado, sin embargo, consideramos, lo da la Corte cuando establece, a partir de la consideración de *bien público* de la protección de la salud - parámetro adicional en el análisis que estamos realizando³⁶⁵-, que el deber de fiscalización del Estado incluye, además, la *prohibición de discriminación* en la atención de salud, lo cual le da a la prestación de servicios esenciales por particulares un claro ribete de carácter *social*. Así lo expresa la Corte:

“La prestación de servicios públicos implica la protección de *bienes públicos*, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el *bien público* respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados de fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la comunidad *sin cualquier tipo de discriminación*, y de la forma más efectiva posible”³⁶⁶.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en este tema es clave y guarda gran relación con la invocación que, a nivel interno, hacen los Estados de sus obligaciones en materia de protección de derechos sociales que se encuentran a cargo de particulares. Así, como vimos en el caso *Hospital Británico* resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina, esta corporación basó su decisión, entre otros argumentos, en la obligación internacional que había adquirido el Estado argentino en materia de protección del derecho a la salud, lo cual le habilitaba para regular el servicio de salud que brindaban los particulares, no sólo en cuanto a la calidad de la atención, sino sobre todo en cuanto a la previsión de discriminación por motivos económicos (como sucedió en el caso de la imposición de la cobertura del VIH), limitando con ello la libertad contractual y los intereses pecuniarios de la empresa prepaga.

3.4. Apreciación crítica.

Fernando Atria ha planteado en un profundo como polémico trabajo que los derechos sociales no pueden constituir derechos subjetivos, sin que con ello no se desnaturalice la función igualitaria que ellos cumplen en la sociedad; motivo por el

³⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Damião Ximenes Lopes c. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 89.

³⁶⁵ Para una consideración de los servicios esenciales como bienes públicos FISK, Milton: *Bienes públicos y justicia radical. Una moralidad política para la resistencia solidaria*, Programa Editorial Universidad del Valle, Cali, 2004, específicamente sobre la salud como bien público, pp. 179-224.

³⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Damião Ximenes Lopes c. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 96.

cual él propone reivindicar el *concepto político* de derechos³⁶⁷. Aunque el filósofo chileno no lo explicita, este entendimiento político de los derechos sociales supondría que, a nivel de la decisión política, los valores igualitarios que ellos representan, direccionen la construcción de un sistema distributivo más igualitario y justo, frente a una sociedad que actualmente se decanta más por una protección de los derechos sociales sólo en perspectiva de mínimos.

Los derechos sociales, en su acepción política, por tanto, implicarían *normas de dirección política* que podrían satisfacer la igualdad en dos sentidos: en primer lugar, mediante la implementación de un sistema estatal de prestación más integral de bienes y servicios esenciales como salud, educación, vivienda y seguridad social; y, en segundo lugar, mediante la limitación de las libertades de terceros y la imposición de deberes de solidaridad a éstos con el objeto de lograr una distribución más justa de recursos. En este último punto se ha anotado, con carácter general, la imposición de *deberes de solidaridad contributiva* a todos los ciudadanos, a efectos de cooperar en el cumplimiento de los fines del Estado. Sin embargo, parece ser, de lo hasta aquí expuesto, que las normas que contienen derechos sociales, no sólo actuarían en este plano, sino que podrían representar, en algunos casos y ante determinadas circunstancias, normas de acción política que limiten también *directamente* las libertades y los intereses patrimoniales de particulares, de cara a resguardar la *dimensión social* de la prestación de los servicios públicos que brindan las empresas privadas. El fundamento de esta imposición, como vimos en los casos *Hospital Británico* y *Bonos Educativos en Escuelas Privadas*, es el carácter siempre ius-fundamental del derecho social cuya prestación se realiza por particulares, como la interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de discriminación por motivos económicos, que muchas veces se produce en este ámbito.

Deberíamos sin embargo a ello añadir, que en un contexto donde el Estado ha renunciado a muchas de sus obligaciones en materia de derechos sociales o ha reducido su satisfacción a mínimos esenciales y donde, de hecho, la satisfacción de muchos bienes básicos que representan derechos sociales ha quedado en manos de particulares, la imposición de criterios meramente económicos en su administración podría generar que simplemente se deniegue el acceso a estos bienes a una gran parte de la población.

Por lo demás, los casos reseñados en este acápite -*Sandra Patricia Patiño Uribe c/Jardín Infantil Santa María*, *Joao Alberto Cariaga Pérez c/Universidad Autónoma del Caribe*, y *Etcheverry c/ Omint*- han servido para demostrar que los derechos sociales también pueden constituirse, de manera importante, en *derechos subjetivos* directamente invocables ante los tribunales, aún cuando quien se encuentre en la otra orilla de la relación jurídico-material sea un particular. Y ello, porque, además de considerarse la prestación de muchos servicios públicos por particulares, como servicios que contienen bienes jurídicos ius-fundamentales; en los casos concretos,

³⁶⁷ ATRIA, Fernando: “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones. Derechos Sociales*. N° 4, DOXA, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2004, p. 15, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15570>).

la valencia o el peso de estos bienes puede ser mayor que los derechos subjetivos privados de las empresas, sobre todo cuando, producto de la interrupción del servicio educativo en el caso de los menores de edad, o de la limitación del derecho a la educación a un joven de escasos recursos económicos o la restricción de un tratamiento médico de carácter urgente, se puede afectar gravemente las condiciones esenciales de vida digna de una persona.

3.5. Análisis de los argumentos expresados en la sentencia 0607-2009-PA/TC.

En el caso *Flavio Roberto Jhon Lojas*, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido ocasión de pronunciarse, creemos por primera vez, sobre la problemática aquí reseñada respecto a la eficacia de los derechos sociales frente a particulares. El caso se presentó con ocasión de la demanda interpuesta por don Flavio Roberto Jhon Lojas, estudiante de la carrera de Derecho en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, quien había sido impedido de ingresar al campus universitario y de rendir sus exámenes, dada la falta de pago en la pensión de estudios. El demandante alegó vulneración del derecho a la educación y pidió seguir cursando el ciclo académico, con cargo a pagar posteriormente las pensiones acumuladas. Por su parte, la universidad demandada alegó que la pretensión planteada se hallaba encuadrada dentro de la relación contractual privada que ella guardaba con el alumno, por lo que la demanda debía ser declarada improcedente, y en todo caso derivarse a la vía ordinaria civil. Adujo, además, que se encontraba plenamente habilitada a efectuar la suspensión del servicio cuando el alumno no realizara el pago de la pensión, pues así se había establecido en el propio estatuto de la universidad.

El Tribunal Constitucional resuelve el caso con base en similares argumentos a los esgrimidos por la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia argentina, aunque utiliza el *test de proporcionalidad* a efectos de resolver el conflicto presentado entre el interés patrimonial de la empresa educativa y el derecho a la educación del demandante. La primera cuestión que se plantea el colegiado peruano de cara a la resolución de la controversia tiene que ver justamente con la determinación de la naturaleza del conflicto, dada la alegación de la universidad demandada de que el caso era uno de naturaleza contractual, sujeto a las normas del Código Civil y no uno de carácter ius-fundamental.

En este punto el Tribunal realiza, al igual que sus pares colombiano y argentino, una declaración de principio respecto a la procedencia de la demanda. Descarta el Tribunal, que la sola naturaleza de ente privado de la universidad demandada y la invocación de un contrato de carácter civil que la unía con sus estudiantes, conviertan a la relación material en una sólo de carácter privado; y ello porque el bien involucrado en dicha relación contractual es uno de naturaleza ius-fundamental y el servicio educativo brindado es calificado como servicio público. Así, expresa el TC:

“[E]n el [presente] caso, si bien se trata de un contrato de prestaciones recíprocas, no por ello se puede atribuir, sin más, a la presente controversia una naturaleza civil o

contractual, que deba ser resuelta al amparo de las normas de Derecho Privado, en la medida que el servicio brindado por la demandada es considerado como un *servicio público*, el cual atiende a la prestación de un específico *derecho social fundamental* como el *derecho a la educación*³⁶⁸.

La perspectiva con que el Tribunal aborda el caso parece, sin embargo, situarse en un plano mucho más amplio y general, cuando expresa que “la presencia e importancia de la empresa privada en la vida económica y social del país es cada vez mayor, lo cual puede generar, además de grandes beneficios en atención al progreso material, serios peligros en el ejercicio de determinados derechos ius-fundamentales. En este marco, es también de especial preocupación la prestación que las empresas privadas brindan, hoy, de servicios considerados esenciales y que atienden necesidades básicas de la población, calificadas por nuestra Constitución como derechos fundamentales, como es el caso por ejemplo de la salud, la educación y las pensiones de cesantía”³⁶⁹. En dicho contexto, la preocupación del Tribunal por la ampliación del marco de realización de los derechos fundamentales en el ámbito privado lo hace llevar a expandir, por la misma razón, el marco de actuación de la justicia constitucional, la cual, sin embargo, parece tener un elemento nuevo: no se trata ya sólo de impedir que los particulares restrinjan los márgenes de libertad de las personas, sino que el rol de la justicia se amplía a la protección del acceso a los medios esenciales para la realización de una vida digna, aún cuando estos medios se encuentren bajo la administración de empresas privadas; es decir, se extiende la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, incluso a los derechos sociales. Así lo expresa el TC, señalando que:

“En este sentido, la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales no se proyecta sólo al ámbito de los clásicos derechos civiles y políticos, como el honor, la asociación o el debido proceso, sino que encuentra un particular terreno de desenvolvimiento en los denominados derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación”³⁷⁰.

Entrando al fondo del asunto, el Tribunal estima necesario resaltar que, no obstante hallarse involucrado, en el caso concreto, un derecho de orden ius-fundamental, como el derecho a la educación, ello no debe hacer perder de vista que la prestación del servicio educativo se sustenta en una relación de carácter contractual, que se desenvuelve bajo el ámbito de la libertad de empresa y gestión de una universidad privada; por lo que, al momento de efectuar la ponderación esta libertad tampoco debe quedar desatendida o limitada excesivamente³⁷¹. Así, en el marco del principio de concordancia práctica, el TC sostiene:

³⁶⁸ STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 2.

³⁶⁹ STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 4.

³⁷⁰ STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 4.

³⁷¹ Éste es el argumento del TC: “Si bien en un sentido general puede decirse que la educación del estudiante universitario debe ser garantizada en cuanto a su continuidad, pues es obligación del Estado proveer el servicio de modo continuo; en el caso de que el servicio educativo sea brindado por particulares dicha obligación adquiere un matiz distinto, pues la prestación del servicio está ligada a un contrato de naturaleza privada donde el centro educativo —en este caso, la universidad— se obliga a brindar el servicio a cambio de una contraprestación económica. En este contexto, es necesario tener en cuenta que si bien la universidad privada lleva a cabo una actividad calificada como servicio público y que se orienta a la satisfacción de un derecho fundamental, no por ello dicha actividad deja de tener o pierde su cualidad

“De lo que se trata entonces, en el presente caso, es de preservar el mayor equilibrio posible entre la continuidad del servicio educativo sin discriminación de ningún tipo como parte del contenido esencial del derecho a la educación y la potestad de la empresa privada de recibir la prestación dineraria a cambio. En la búsqueda de la forma de dicho equilibrio es importante tener en cuenta, por tanto, el principio de concordancia práctica que este Colegiado ha recogido permanentemente como principio orientador de la interpretación constitucional. De acuerdo a éste, la solución brindada al caso debe optimizar en el mayor grado posible la virtualidad jurídica de los principios en juego, de modo que los derechos o principios constitucionales en conflicto mantengan, luego de la solución brindada, un determinado ámbito de vigencia”³⁷².

Finalmente, al llevar adelante el test de proporcionalidad, el Tribunal examina la *medida de intervención* sobre el derecho a la educación, consistente en la suspensión del servicio educativo, con la consecuente interrupción del ciclo de estudios, y lo relaciona con la satisfacción que esta medida pretende brindar del derecho de la universidad a cobrar el monto adeudado de la pensión de estudios³⁷³. Habría que decir, en primer lugar, que parece no poderse realizar una ponderación entre bienes que revisten un valor distinto, esto es, entre un derecho fundamental y un derecho subjetivo privado. Sin embargo, es necesario tener en cuenta, como sostuvo el Tribunal al establecer las premisas del caso, que el derecho a la educación en la controversia planteada no es un bien que venga exigido directamente por la Constitución, sino que es brindado merced a un contrato de carácter privado entre el demandante y la universidad emplazada; de lo que se colige que la obligación del particular de respetar el derecho fundamental viene ligado indefectiblemente a su derecho a la libertad de acción y a la libertad de empresa, como núcleo duro donde se engarzan los intereses y derechos patrimoniales, legítimamente pretendidos por la universidad. No es ésta, sin embargo, como veremos en la parte final de este trabajo, la única forma de atribuirle al interés económico de la empresa un atributo fundamental.

En cuanto al examen de *idoneidad*, el Tribunal afirma, con claridad, que efectivamente la medida de suspensión del alumno era idónea -“altamente protectora” afirma el TC- para garantizar la libertad de acción de la empresa y su posibilidad de cobrar la pensión de estudios adeudada. Por su parte, en la evaluación de la *necesidad* de la medida, el Tribunal sostiene que el *medio alternativo* que se podría plantear en este caso, es decir, procurar el cobro en la vía civil, si bien es menos lesivo del derecho a la educación del demandante, no es igualmente idóneo a la medida implementada por la universidad para garantizar el pago y su libertad de acción³⁷⁴. Si bien es correcta la apreciación del Tribunal, parece claro que el Colegiado omite, en este punto, la evaluación de otro medio alternativo, que

primordial de actividad empresarial, garantizada por la libertad de gestión y empresa que todo ente privado de este carácter ostenta. En dicha línea, es preciso tener presente que cuando se aborda un problema de este tipo no sólo debe considerarse el carácter de derecho fundamental que ostenta el servicio educativo, sino que es preciso atender también al legítimo derecho de la entidad educativa privada de requerir la contraprestación dineraria correspondiente”. STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 12.

³⁷² STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 13.

³⁷³ STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 14.

³⁷⁴ STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 14.

fue planteado por el demandante, y que finalmente utilizaría el propio TC como medio alternativo suficiente para alcanzar el objeto del cobro que pretendía la universidad. Este otro medio es el cobro de la pensión de estudios al inicio del ciclo siguiente, junto con la matrícula. El resultado, sin embargo, parece que hubiera sido el mismo, dada la inferioridad de idoneidad de esta medida en relación a la empleada por la entidad demandada. Sin embargo, al acercarse este medio alternativo, en mayor grado, a la realización del fin que se pretendía, esto es, al ser más idóneo que el anterior para efectivizar el cobro de la pensión y al mismo tiempo menos lesivo del derecho fundamental a la educación del demandante, podía el Tribunal avanzar hacia una *preestructuración* del examen de proporcionalidad en sentido estricto³⁷⁵, de modo de que la resolución de dicho examen final se realice de un modo más sencillo.

Por último, en el examen de *proporcionalidad en sentido estricto* el Tribunal encuentra que el grado de afectación del derecho fundamental a la educación resulta *grave*, desde que la prohibición de rendir exámenes al estudiante impago puede hacerle perder el ciclo académico, pudiendo incluso producirse la interrupción abrupta del ciclo regular, con la consecuente pérdida del esfuerzo ya realizado y de los exámenes ya superados. Aquí, parece que el Tribunal se coloca en la posición del estudiante universitario y en la aflicción que le puede ocasionar dejar un ciclo a poco de concluirse por el mero hecho de atrasarse en algunas pensiones de estudio, lo cual no sólo afecta el proceso educativo emprendido, sino parece conculcar seriamente la dignidad del educando, minusvalorándose su capacidad académica y el trabajo realizado durante el ciclo ya avanzado. Parece pues, en dicho contexto, que no sólo se afecta, con dicha medida, el acceso y la continuidad del proceso educativo, produciéndose una discriminación por motivos económicos, sino que también se produce una aflicción en el ámbito espiritual de la persona del estudiante universitario. Lo dice así el Tribunal:

“la medida de impedimento de rendir los exámenes por falta de pago de la pensión de estudios se presenta como una medida de intervención grave o fuerte en el derecho del estudiante a recibir de modo regular y continuo el servicio educativo, de forma tal que pueda acceder en términos adecuados a la formación universitaria brindada. Es evidente que el hecho de no poder rendir los exámenes, sean estos parciales, de unidad o finales, deja al estudiante en tal desventaja que difícilmente pueda considerarse que superaría satisfactoriamente el ciclo de estudios, con la consiguiente pérdida del tiempo invertido en los estudios adelantados, el registro desaprobatorio de las notas por causas no académicas y la interrupción del proceso de aprendizaje técnico y científico. Si a ello sumamos que, según el Reglamento de la Universidad emplazada, también se le impedía al estudiante moroso el ingreso al campus universitario, ello representa en la práctica una interrupción abrupta del ciclo de estudios, que afectaría gravemente la continuidad intrínseca al servicio educativo garantizada como un contenido básico del derecho a la educación”³⁷⁶.

³⁷⁵ Sobre la preestructuración del examen de proporcionalidad en sentido estricto vid. CLÉRICO, Laura: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores), Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 8, Palestra, Lima, 2010, pp. 135-136.

³⁷⁶ STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 14.

Frente a ello, el grado de importancia de la medida de prohibición de rendir exámenes y de suspensión del servicio educativo, de cara a la satisfacción de la libertad de empresa y gestión de la universidad y de su pretensión de cobrar la pensión de estudios atrasada se revela –según el Tribunal- como *leve*, y ello no porque la libertad de acción de la empresa y de su derecho al cobro de la pensión se presente como de valor escaso, sino porque la satisfacción de este derecho no era limitada gravemente, pues como ya dijimos –y así lo sostiene el TC- el cobro de la deuda pendiente podía realizarse perfectamente durante la matrícula del siguiente ciclo de estudios³⁷⁷. Con esta salida, parece querer el Tribunal brindar la solución más *justa* al caso, prestando atención a la naturaleza ius-fundamental del conflicto y a la dimensión social del servicio educativo prestado por la universidad privada³⁷⁸, además de a las especiales condiciones materiales y espirituales del estudiante universitario a las que es expuesto en un contexto difícil como éste; pero también a la libertad de acción que tiene toda institución privada y a su legítimo derecho de buscar los medios más eficaces para desarrollar adecuadamente su actividad, sobre todo cuando las pensiones de estudios constituyen, en una universidad privada, el principal medio de su sostenimiento económico³⁷⁹. Sin embargo, en dicho cruce de intereses y derechos, el Tribunal considera necesario establecer un límite a la libertad de la empresa, cuando la misma no se encuentra fuertemente amenazada y, en cambio, el derecho a la educación y el ámbito espiritual de un estudiante sí pueden ser seriamente afectados.

4. Límites a la eficacia directa de los derechos sociales entre particulares: el papel de la eficiencia en la fundamentación jurídica (análisis económico del derecho, justicia y derechos sociales).

Cuando se argumenta las bondades de las soluciones brindadas en los casos que hasta aquí hemos examinado, tanto los resueltos por la Corte Constitucional de Colombia como los decididos por la Corte Suprema de Justicia argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, más recientemente, la decisión emitida por el Tribunal Constitucional peruano, y, en general, cuando se intenta acoger favorablemente la tesis de la eficacia de los derechos sociales frente a particulares,

³⁷⁷ STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 14.

³⁷⁸ Así lo declara expresamente el Tribunal, cuando rescata al igual que las cortes colombiana y argentina, la función social de estas empresas privadas: “En la tarea de hacer a la sociedad más humana y más justa, por medio de la educación, las empresas privadas juegan un rol trascendental. Ellas no deben perder nunca de vista que tienen frente a sí un derecho esencial para el desarrollo de todo ser humano y primordial para alcanzar la justicia que tanto reclaman nuestros países. Por ello, su labor no debe desarrollarse sólo en la búsqueda de un mero interés económico, sino que debe representar ese espíritu de solidaridad y humanidad que toda institución universitaria tiene como esencia misma de su función social y educativa”. STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 15.

³⁷⁹ En este sentido, el Tribunal expresa: “cuando el estudiante cumple adecuadamente su obligación de estar al día en el pago de la pensión no sólo asume y cumple la obligación contractual establecida, sino que cumple su deber de colaborar con la buena y adecuada marcha de la universidad. La exigencia de una educación de calidad, planteada a la universidad privada, debe corresponderse así con la exigencia del pago oportuno de las pensiones que, como parte de su compromiso con la comunidad universitaria, le corresponde al estudiante, máxime si la reclamada excelencia académica (profesores de nivel adecuado, infraestructura apropiada, bibliotecas y demás servicios) es sostenida, en gran medida, por los ingresos provenientes de las pensiones de estudios”. STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 14.

en los casos de prestación de servicios públicos por empresas privadas, rápidamente podemos darnos cuenta que contra ella se pueden hacer dos tipos de crítica: una, en cuanto a su *fundamentación*, esto es, en cuanto a la corrección moral y jurídica de la solución brindada, y otra, en cuanto a las *consecuencias* que puede traer la asunción de una tesis como la planteada en el presente trabajo.

En lo que concierne a la cuestión de la fundamentación, el problema consiste en sostener, desde bases sólidas, que resulta moralmente correcto y admisible en el ordenamiento jurídico, la imposición de deberes de solidaridad a un particular, cuando éstos se dedican a una actividad empresarial, calificada como servicio público y que satisface el objeto de un derecho social fundamental. Como ya dijimos, en este punto, la respuesta puede venir desde dos flancos: en primer lugar, desde la consideración del bien materia de la relación entre particulares como un bien de naturaleza ius-fundamental (o bien público, en la terminología de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el cual torna diferente la relación jurídico-material, trasladándola, en parte, del plano meramente contractual y privado al plano público-constitucional. Desde este argumento, pues, se considera que, tratándose de un bien ius-fundamental, su comercio o prestación no puede quedar sujeto a las mismas reglas que regulan cualquier otra actividad comercial o privada. Y ello, entre otras razones, porque la prestación o el servicio brindado guarda una relación o vinculación tal con las condiciones de vida digna de una persona que su suspensión o denegación por falta de recursos puede afectar gravemente el mismo núcleo espiritual y existencial de una persona, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otro bien material.

El otro argumento esgrimido para sostener la vinculación del particular a los derechos sociales contenidos en el servicio público, es el expresado por la Corte Constitucional de Colombia, en el sentido de que, dada la relación de poder en que se ubica un particular al prestar un servicio, se convierte en una amenaza a los derechos fundamentales el ejercicio arbitrario que pueda hacerse del mismo. Este argumento no nos parece, sin embargo, muy relevante y nada aporta, de modo específico, a la discusión respecto al fundamento de la imposición de deberes de solidaridad a los particulares. Y es que la amenaza de arbitrariedad de un particular, considerada su situación de superioridad, puede producirse en cualquier circunstancia y puede afectar cualquier derecho, del mismo modo que lo puede hacer el Estado, dada su capacidad para imponer conductas sobre los individuos. En todo caso, este argumento nos proporciona una razón para el control y la procedencia de de los recursos o procesos constitucionales correspondientes.

Existe, sin embargo, otro argumento que no ha sido suficientemente recogido ni discutido, pero que puede resultar relevante de cara a la justificación de la imposición de deberes de solidaridad, y que se ubica en el marco mucho más amplio del contexto social y político en el cual se desenvuelve el mundo actual. El problema generado por la deficiente protección brindada por el Estado a la satisfacción de bienes básicos y la transferencia de muchas competencias en esta materia a particulares, hace que las personas dependan cada vez más de bienes que éstos ofrecen para la protección adecuada de sus necesidades básicas, como salud y

educación. En este contexto, resulta altamente discutible que los bienes esenciales para una vida digna puedan quedar simplemente librados al juego de la oferta y la demanda, restringiendo el acceso a una gran parte de la población y generando con ello grandes brechas de desigualdad (*argumento de escasez y de igualdad*). Por otro lado, en el contexto actual, de un mundo globalizado y fuertemente economicista, parece ser que las reglas de distribución de beneficios y recursos se han inclinado hacia la empresa privada (sobre todo la de gran escala) y han privilegiado a ésta sobre otras manifestaciones de la vida social. En dicho marco, y con el objeto de equilibrar razonablemente la distribución de bienes en la sociedad, y si es que ésta aún quiere preciarse de ser calificada como *sociedad justa*, resulta admisible imponer sobre las empresas privadas que brindan servicios públicos determinados deberes de solidaridad, a efectos de que colaboren directamente con la reconstrucción de los equilibrios tan necesarios en la sociedad (*argumento de justicia y equidad*)³⁸⁰.

Finalmente, aún cuando pudiera ser aceptada, a nivel moral y jurídico, la imposición de deberes de solidaridad a particulares y, por ende, considerarse como fundamentada la eficacia de los derechos sociales frente a particulares en el caso de prestación de servicios públicos, un problema más tendríamos que afrontar, y es el relativo a las consecuencias, en el orden económico, que podría generar sobre la empresa privada la decisión que restringe el interés patrimonial de la empresa en nombre de un deber de solidaridad. Aquí el punto de discusión viene dado por las repercusiones que puede traer, por ejemplo, una decisión judicial, que impone la inclusión de determinada cobertura médica, o la continuidad del servicio educativo pese a la falta de pago, o el rendimiento de exámenes, también con ausencia de la debida contraprestación; o de una medida legislativa, que obliga el acogimiento de determinadas prestaciones de salud a empresas prepagas, u ordena la restricción de ciertos ingresos económicos en escuelas privadas.

El cuestionamiento o la crítica, en este extremo, vendría desde la orilla del *Análisis Económico del Derecho*, el cual entiende en una de sus versiones, que el Derecho debe procurar reducir los *costes de transacción* de toda operación jurídica, con el objeto de que, tenida en cuenta la *eficiencia* de la medida dispuesta, el resultado sea la *“maximización de la riqueza”*. De acuerdo a esta ala del análisis económico, dirigida por Richard Posner, la eficiencia constituye un valor del ordenamiento jurídico, puesto que permite, en términos gráficos, “aumentar el tamaño del pastel”, posibilitando con ello un mayor bienestar general para la sociedad³⁸¹. El problema con esta postura es, de acuerdo a Calabresi, la consideración unilateral que se hace del principio de maximización de la riqueza,

³⁸⁰ Éste es el argumento que ha utilizado el Gobierno de la India para promulgar la Ley sobre el Derecho de los Niños a recibir Educación Gratuita y Obligatoria, del año 2009, para imponer a las escuelas privadas que admitan al menos al 25% de alumnos provenientes de estratos sociales bajos y sin recursos económicos suficientes; y el argumento de la Corte Suprema de la India para decretar la constitucionalidad de dicha norma. Vid. al respecto PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 2013 - El Ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso*, p. 79; en <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2013/>. Parece ser el mismo también que ha empleado el Congreso de la República del Perú para promulgar la Ley N° 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, que obliga a las empresas privadas que cuenten con más de 50 trabajadores a contratar a personas con discapacidad hasta un número que alcance el 3% del total de sus trabajadores.

³⁸¹ La posición de Richard Posner reseñada en HIERRO, Liborio: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 15-37.

considerándolo, sin más, un valor fundante del orden jurídico³⁸². Según este autor, la maximización o eficiencia, no pueden considerarse por sí solos valores del ordenamiento, sino que requieren una complementación adecuada con el principio de distribución justa de bienes, el cual incluso tiene preeminencia sobre aquel. De este modo, según Calabresi y en ello le sigue Liborio Hierro, no puede admitirse una medida que tenga como objeto mejorar la riqueza general de unos cuantos, sin sujetar antes dicha medida a una adecuada distribución de los bienes o compensación por las pérdidas³⁸³.

Esto es relevante, porque de acuerdo a la corriente fuerte del análisis económico, las medidas de intervención en el libre accionar de las empresas, y que imponen sobre éstas cargas económicas en nombre de la solidaridad, deberían ser desechadas, pues disminuyen el volumen de ganancias y no logran ser eficientes, dado que otorgan derechos (los servicios prestados) sin ninguna retribución a cambio. Sin embargo, habría que reiterar en este punto que no puede considerarse justo, en modo alguno, atender sólo al crecimiento económico de las empresas, sin ninguna atención a la dimensión social de los bienes que se encuentran en juego.

Con todo, creemos necesario asumir, de alguna forma, la crítica que viene impuesta por el análisis económico, en la versión moderada defendida por Guido Calabresi. Si bien no puede considerarse la riqueza o la eficiencia como un valor en sí mismo, de cierta manera puede funcionar, instrumentalmente, para la consecución de algunos objetivos valiosos de cualquier sociedad³⁸⁴. En primer lugar, no podrá considerarse moralmente correcto permitir la disminución de recursos, a través de medidas ineficientes, a un punto tal, que las necesidades de la población sean satisfechas en grados muy mínimos³⁸⁵. Por otro lado, debe admitirse que, satisfechos los principios de justa distribución de recursos, puede resultar positivo lograr un mayor grado de bienes o recursos, pues ello redundará en mejores condiciones para el libre desarrollo de la persona y el florecimiento de todas sus capacidades, en el seno de una sociedad más desarrollada³⁸⁶.

Aplicada esta idea, al ámbito de la eficacia de los derechos sociales en las relaciones entre particulares, tenemos que una medida, legislativa o judicial, que se adopte con el objeto de limitar el libre accionar de una empresa privada que presta un servicio público, en aras de proteger el contenido social del derecho fundamental en juego, debe tomar en cuenta, también, la *ratio* de la eficiencia que ostente dicha medida, en tanto dicho valor instrumental no puede ser eliminado, bajo el riesgo de perjudicar gravemente la viabilidad de la empresa y con ella la propia calidad o prestación del servicio brindado. Éste —pensamos— representa el límite de cualquier decisión que se adopte en esta materia y significa la frontera también de lo que moralmente puede soportar o se le puede exigir a un particular al imponerle los deberes de solidaridad reseñados en el presente trabajo. Aunque el

³⁸² La posición de Calabresi en HIERRO, Liborio: op. cit., pp. 43-49.

³⁸³ HIERRO, Liborio: op. cit., pp. 49-62.

³⁸⁴ HIERRO, Liborio: op. cit., pp. 49-54.

³⁸⁵ Ésta es la postura asumida por HIERRO, Liborio: op. cit., pp. 59-62.

³⁸⁶ Ésta posición también en HIERRO, Liborio: op. cit., pp. 99-101.

Tribunal Constitucional peruano no lo explicitó, en la fundamentación del caso *Flavio Roberto Jhon Lojas*, parece que lo tomó en cuenta, cuando manifestó que “le corresponde al estudiante [el pago de la pensión de estudios], máxime si la reclamada *excelencia académica* (profesores de nivel adecuado, infraestructura apropiada, bibliotecas y demás servicios) es sostenida, en gran medida, por los ingresos provenientes de las [referidas] pensiones”.

Finalmente, en cuanto a la crítica de Gerald Cohen, en el sentido de que el deber de prestar ayuda directamente a quienes sufren privación, esto es, -en el lenguaje en que lo hemos transformado aquí-, el deber de cumplir directamente un derecho social por un particular, puede generar una ventaja indebida a favor de quienes no cumplen dicho deber o a quienes los jueces no se los han impuesto, puede afirmarse que existe una salida, acorde con la eficacia normativa directa y con el principio de igualdad social: utilizar también aquí el modelo de *litigio estructural y complejo* reseñado en el segundo capítulo, combinando la protección individual con una protección colectiva más amplia que de cuenta de la práctica generalizada en el sector privado violatoria de un derecho social. Esta protección colectiva puede remitir la solución de dicha problemática general a los órganos políticos democráticos, con un procedimiento de seguimiento, según las circunstancias del caso. Este tipo de solución se muestra también idónea de cara a superar la crítica de la indeterminación en la concreción de los mandatos constitucionales sociales que cabe imponer a los particulares, pues dicha concreción puede ser asumida a través de normas claras y generales por el legislador, a quien el juez reenvía la solución de la violación generalizada de los derechos sociales en el ámbito privado³⁸⁷.

³⁸⁷ Como ha sido la solución brindada por el magistrado Eto Cruz en su voto singular sobre el impacto de la tercerización de servicios en los derechos laborales. Vid. STC 2111-2010-PA/TC. Es interesante también a este respecto la publicación de la Ley N° 29447 Ley de Protección a la Economía Familiar respecto del Pago de Pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados, que ha recogido casi íntegramente lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el caso *Jhon Lojas*.

Conclusiones

1. La tesis de la eficacia de los derechos sociales entre particulares es una especificación de la tesis más general de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Esta última tesis plantea la posibilidad de que las normas constitucionales que recogen derechos fundamentales sean pasibles de regular directamente las relaciones jurídicas entabladas entre particulares, esto es, que dichas normas se constituyan en *normas de conducta*, recipiendarias de derechos y obligaciones para las partes involucradas en una relación jurídica particular. La consideración contemporánea de la Constitución como *norma jurídica* exige, en línea de principio, que, en determinados casos, su aplicación se dirija incluso a las relaciones jurídicas entre particulares. Y es que, en el paradigma constitucional de la segunda posguerra, los derechos fundamentales no vienen necesariamente definidos por la configuración que hace de ellos la ley civil aplicable a la relación entre particulares, sino que dichos derechos, al constituir el fin último de la ley civil, alcanzan una configuración jurídica autónoma que pasa a ser el canon a partir del cual se mide no solo la legitimidad de la ley civil, sino los actos de los particulares efectuados al amparo de dicha ley o al margen de ella.
2. El respeto a la supremacía de la Constitución y a la eficacia jurídica de la norma constitucional en el ámbito privado no se produce, no obstante -según algunos autores-, mediante la aplicación directa de los derechos fundamentales. Así, la tesis de la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales entre particulares, preocupada por tutelar los valores más representativos del Derecho Privado, propugna una aplicación mediatizada a través de las “cláusulas generales propias del Derecho Civil” (como el orden público y las buenas costumbres). Esta tesis, sin embargo, resulta incorrecta dado que no solo dichas cláusulas, en estricto, no guardan relación con la materia ius-fundamental, sino porque, en todo caso, una interpretación de dichas cláusulas conforme a los valores representados por los derechos fundamentales, supone no otra cosa que la aplicación de éstos a la relación jurídica particular. Esta constatación nos conduce a apreciar que el problema de la aplicación directa de los derechos fundamentales entre particulares se resuelve en realidad, en las posibilidades técnicas de actuación de la norma constitucional en el ámbito privado y en la confrontación sustantiva de los valores que dicha aplicación supone frente a los valores de seguridad jurídica y autonomía privada que pretende preservar el Derecho Privado. En la práctica, el discurso de los actores privados contra la aplicación directa de los derechos fundamentales se sustenta también en la supuesta afectación de estos dos valores.

3. La crítica de la *indeterminación* de los derechos fundamentales como normas capaces de ser aplicadas en el tráfico jurídico privado y, por tanto, la imputación de *incertidumbre* a una relación jurídica determinada de este modo, se supera considerando no solo que la indeterminación o ambigüedad es una propiedad ineluctable de todo orden jurídico, que supone la necesidad de concreciones complementarias que pueden desarrollarse por vía legislativa o judicial, sino tomando en consideración que muchas veces las disposiciones ius-fundamentales abiertas contienen también reglas claras que se derivan de su sola expresión semántica, así como reglas ampliamente precisadas en la jurisprudencia, o finalmente, reglas que pueden ser extraídas objetivamente a través de procesos de concreción racionales aplicados mediante métodos utilizados ordinariamente por la judicatura. De este modo, en muchos casos los particulares saben con certeza cuál es la conducta ordenada por una norma ius-fundamental, mientras que los casos que exigen interpretación o ponderación, los particulares realizan su actividad sobre un marco valorativo que tampoco les es desconocido, y cuya concreción en todo caso no puede ser arbitraria.
4. La crítica de la anulación de la autonomía privada, por su parte, se supera entendiendo, en primer lugar, que muchas veces la celebración de acuerdos entre particulares no es fruto de la autonomía de las partes contratantes, pues en una gran cantidad de casos, estos acuerdos se desarrollan bajo relaciones de asimetría informativa, sujeción o dependencia. La aplicación directa de los derechos fundamentales en estos casos supone pues sólo la anulación de la “autonomía” de una de las partes; una limitación, en todo caso, de su *poder* de decisión en el ámbito privado. En segundo lugar, la protección de la autonomía privada no puede finalmente suponer la preponderancia del derecho-poder de decisión de la parte fuerte de la relación contractual (o de la “autonomía de los negocios”) frente a los derechos que constituyen las precondiciones básicas de la propia autonomía de la parte débil de la relación contractual. La exigencia de proporcionalidad implícita en la relación entre derechos fundamentales obliga a que los derechos fundamentales de la persona no sean sacrificados en virtud a la consideración superlativa de la “autonomía negocial” o de necesidades no fundamentales de la parte fuerte de la relación contractual.
5. La aplicación de los derechos fundamentales entre particulares si bien cabe efectuarse, en principio, a través de la regulación establecida por el legislador, la aplicación directa por el juez se justifica en el abandono que el legislador democrático hace de su tarea de conformación y equilibrio adecuado de los derechos fundamentales en el ámbito privado, y en el marcado alejamiento de la realidad del mundo de los negocios de los valores fundamentales que deben primar por mandato de la Constitución. En todo caso, la interpretación deficiente que el juez efectúe del alcance de los derechos fundamentales y de su aplicación en el ámbito privado supone siempre un riesgo, que puede ir en desmedro de la seguridad jurídica y autonomía negocial, como de los derechos fundamentales que encarnen valores materialmente más igualitarios.

6. Los derechos sociales han sido impugnados en su consideración como derechos fundamentales, tanto en su aspecto técnico-jurídico, como en su fundamentalidad axiológica. Se les imputa, en este contexto, no solo no ser valorativamente tan fundamentales como los derechos civiles y políticos, sino no poseer las características estructurales que acompañan a estos últimos y que permiten su configuración como derechos subjetivos. Así, se les acusa de ser indeterminados en cuanto a las conductas que exigen de los obligados por la norma, de resultar condicionados a los recursos materiales y económicos con que cuenta el destinatario de la obligación, y finalmente de no poder tutelarse bajo la forma del derecho subjetivo, sin desnaturalizar su carácter colectivo o reducir su alcance sustantivo. Por estas razones, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales no constituirían derechos fundamentales en sentido técnico, sino que solo ostentarían la cualidad de directrices o principios rectores de política económica y social.
7. La indeterminación de las normas que contienen derechos sociales es imputada en razón a la inclusión en la norma sólo del fin u objeto que se pretende alcanzar, pero no de las formas de alcanzar dicho fin, esto es, de las conductas específicas que se exigen en virtud a dicho objeto, además de por el lenguaje ideal o aspiracional con que es fijado el objeto del derecho social, lo que no permite circunscribir los contenidos y límites de dicho derecho. Esta crítica se supera recurriendo, en primer lugar, a documentos internacionales, jurisprudencia internacional y nacional, o leyes de desarrollo constitucional, que hayan trabajado en definir y acotar los alcances del derecho social en cuestión. El desarrollo dogmático en esta materia ha dado cuenta de la posibilidad de determinar las exigencias contenidas en las cláusulas genéricas que recogen derechos sociales. En segundo lugar, la crítica de la indeterminación es afrontada, contemporáneamente, a través del *modelo de justiciabilidad* desarrollado por la Corte Constitucional de Sudáfrica y enriquecido por la Corte Constitucional de Colombia. Este modelo acepta la idea de “indeterminación” en las formas cómo debe cumplirse el objeto ordenado en la norma, indeterminación que supone un “margen de acción” a favor de los órganos políticos democráticos para la concreción de las políticas públicas necesarias para la realización del derecho social; pero establece una serie de *condiciones* que son de ineludible cumplimiento, como requisito para la concreción de cualquier política pública constitucionalmente adecuada o razonablemente orientada a la satisfacción del derecho social en cuestión. Estas condiciones son las contenidas en el llamado *test de razonabilidad* elaborado por la Corte Constitucional de Sudáfrica e incorporado ya en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, las cuales pasan a formar parte del *contenido constitucional directo* protegido por el derecho social. Finalmente, los jueces pueden controlar la *oportunidad* en que los órganos políticos resuelven desarrollar las políticas públicas orientadas a satisfacer los derechos sociales, evaluando las razones para la demora o el estancamiento en la protección de estos derechos. Esta evaluación puede efectuarse a través de la aplicación del *test de proporcionalidad* al *mandato de prohibición de protección deficiente*

desarrollado por Laura Clérico. Este test, como forma de determinar las obligaciones definitivas que se desprenden de los derechos sociales en cada caso, puede ser muy útil en realidades que estructuralmente presentan graves desatenciones de necesidades básicas, pues dichas realidades determinan la intensidad con que se debe efectuar el control sobre las razones esbozadas por los gobiernos para no cumplir los derechos sociales. La posibilidad de un control judicial intenso, sin embargo, depende, en última instancia, de las condiciones con que cuentan las cortes para llevar adelante litigios complejos de carácter social.

8. La crítica de la condicionalidad económica, por su parte, se derrota mediante tres argumentos: Asumiendo, en primer lugar, que todos los derechos fundamentales requieren un aparato institucional financiado públicamente para funcionar como garantías a favor del ciudadano. Controvirtiendo, en segundo lugar, la idea de la escasez de recursos como impedimento para mejorar los niveles de realización de los derechos sociales; impulsando, en este contexto, la presencia de controles políticos, administrativos o judiciales estrictos que permitan vislumbrar las razones verdaderas de la escasa provisión de recursos a favor de la realización de determinado derechos social, las que se encuentran por lo general en el escaso compromiso gubernamental con los derechos y en la ineficiencia del gasto público: los datos estadísticos de distintos países dan cuenta de la no necesaria relación entre abundancia de recursos económicos y satisfacción plena de derechos sociales, o entre escasez de recursos económicos y deficiente protección de estos derechos. Finalmente, la crítica de la condicionalidad se resuelve asumiendo la posibilidad de que los jueces controlen las decisiones distributivas adoptadas por los gobiernos, no diciendo cuáles son las medidas distributivas adecuadas, sino poniendo en evidencia una insuficiente provisión de recursos a favor de la realización de determinado derecho social, con el objeto de que la misma sea superada por los medios que el gobierno considere más adecuados.
9. La crítica de la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos se plantea como un callejón sin salida entre dos extremos indeseables: configurar los derechos sociales como derechos subjetivos supondría acotarlos a contenidos mínimos, dada la necesidad de engarzar su exigencia efectiva con posiciones jurídicas social e institucionalmente reconocidas, las que en la realidad actual son generalmente reducidas; mientras que utilizar las cortes para intentar proteger el carácter optimizador que deben ostentar los derechos sociales en tanto derechos fundamentales, supondría alejarlos de su condición de derechos subjetivos en sentido técnico-jurídico, dado que la evaluación o corrección de las causas estructurales que impiden la realización de los derechos sociales es un asunto que solo puede resolverse en el ámbito de la política y no de la justicia. Esta crítica se supera considerando, en primer lugar, que los derechos subjetivos traspalados al ámbito constitucional no exigen concreción, certeza o incondicionalidad como en el caso de los derechos subjetivos privados, puesto que que las pretensiones subjetivas que contienen los derechos fundamentales deben ser realizadas en la

mayor medida, pero dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. En segundo lugar, dicha crítica puede contradecirse si se asume que el *modelo de justiciabilidad* pergeñado por la Corte Constitucional de Sudáfrica plantea una posibilidad legítima de exigir judicialmente los derechos sociales, sin que dicha exigibilidad se convierta en un asunto meramente político donde las cortes no tienen nada que decir. Dicha posibilidad se defiende en la idea de que las cortes pueden evaluar *objetivamente* las razones esgrimidas por las autoridades políticas para no proteger los derechos sociales, además de poder examinar si las políticas públicas se encuentran razonablemente orientadas a la satisfacción del derecho social en cuestión, sin que ello suponga invadir el margen de acción de la política para definir los mejores modos de corregir el déficit constitucional encontrado. Esta forma de judicialización además trae consigo una serie de *efectos* positivos para la transformación social pretendida por los derechos sociales, aún cuando no puedan superarse inmediatamente todos los problemas estructurales que aquejan su realización efectiva. Por último, el tipo de litigio estructural que impulsa este modelo difumina la tensión entre *protección individual* y *protección colectiva* de los derechos sociales, dado que permite la protección de posiciones subjetivas que requieren tutela urgente así como la tutela de pretensiones más complejas y colectivas que pugnan por superar las causas estructurales que están en el origen de la generalizada violación del derecho social en cuestión. Este modelo permite, en suma, que se atienda la preocupación por el goce efectivo de los derechos de los justiciables y víctimas de la violación, y al mismo tiempo, se brinde espacio para la solidaridad de los ciudadanos y la sociedad civil que buscan luchar por la realización máxima de los derechos sociales a través de los estrados judiciales.

10. Los derechos sociales han sido también impugnados como necesidades menos básicas que los derechos civiles y políticos para concretar el ideal de dignidad, libertad o autonomía que opera como fundamento principal de los derechos fundamentales. Esta objeción ha sido superada asumiendo, en primer lugar, la crítica marxista de la *libertad formal*, que cuestiona el valor de la libertad jurídica de decidir entre distintos planes de vida, sin una referencia a la posibilidad *real* de los individuos de concretar dichos planes. En segundo lugar, entendiendo que la propia posibilidad de proyectar planes de vida valiosos depende de ciertas condiciones materiales (alimentación adecuada, salud, educación, etc.) que determinan la amplitud de la libertad con que se elige los planes de vida. Asumir que toda persona tiene derecho a gozar de las condiciones indispensables (derechos de libertad formal y derechos sociales) para llevar a cabo una elección libre y autónoma de planes de vida, conecta la fundamentación de los derechos sociales con otro valor fundamental de todo discurso moral desarrollado en un contexto intersubjetivo o social: la *igualdad*. Este valor, practicado en el seno de una sociedad que pretende establecer lazos de cooperación justos, exige precisamente que, dado que se otorga igual consideración y respeto a todos los planes de vida formulados autónomamente, se brinden por igual las condiciones necesarias para configurar lo más ampliamente posible dichos planes de vida, adoptarlos sin interferencias y tener la posibilidad real de llevarlos a cabo. La concepción de

la dignidad moral en la que se sustenta la asignación equitativa de las condiciones para la autonomía, sin embargo, se ha basado hasta aquí solo en nuestra igual capacidad de cooperación social o en nuestra idéntica facultad racional para determinar planes de vida. Sin embargo, es preciso considerar también como fundamento para la asignación equitativa de derechos, una concepción más amplia de nuestra igual dignidad moral, que incluya nuestras comunes *carencias* para funcionar adecuadamente de acuerdo a nuestras posibilidades. Esto permite incluir la igual dignidad de las personas con discapacidad. Esta acotación, efectuada por Martha Nussbaum, conduce la fundamentación de los derechos sociales también al examen de las *necesidades básicas* y de las *capacidades básicas*, esto es, a las condiciones objetivas para desarrollar nuestras potencialidades y aprovechar adecuadamente los recursos sociales según nuestras características. Por último, las posibilidades de que una necesidad o capacidad básica sea considerada como derecho, depende de la apreciación del contexto social en el cual se disfruta de dicha necesidad. Esta apreciación contextual permite pues vislumbrar cuáles de las necesidades básicas son relevantes proteger *socialmente*, dada la constatación de su injusta distribución social, lo que finalmente determina nuestra *responsabilidad* colectiva sobre la corrección de dicha distribución y la necesidad de sustraer dichos bienes a formas de adjudicación no igualitaria (desmercantilización).

11. Los deberes de solidaridad básicamente se han impugnado por considerar que, dado que no somos responsables (“*causantes*”) de las carencias de otros, sería inhumano obligarnos a ayudar a superar sus privaciones. Y ello porque nuestra posibilidad de proyectar planes de vida y desarrollar cursos de acción diversos solo puede verse limitado en razón al daño que nuestra acción origine en los derechos de terceros. Si nuestra acción no resulta dañosa de dichos derechos, no cabría justificación para limitarla. Una limitación basada en una razón distinta a ésta devendría en una limitación ilegítima, totalitaria o perfeccionista. En consecuencia, la ayuda que brindamos a los demás solo es una cuestión de *caridad*, una liberalidad que por lo mismo no puede ser exigida por el Derecho sin afectar nuestra propia autonomía.
12. Las vías para fundamentar nuestro deber de colaborar con la satisfacción de las necesidades básicas de los demás han seguido dos rutas relativamente diferenciadas: i) en primer lugar, una vía que nos lleva a una fundamentación estrictamente *moral*, que se sustenta en la propia naturaleza de la moralidad intersubjetiva, que combina el principio de autonomía moral de la persona con el principio de igualdad en el seno de una comunidad política sustentada en la justicia; y que se ayuda de la psicología moral para sostener que el principio básico de la moral intersubjetiva se apoya en una cualidad innata: el sentido de la justicia o la empatía; y ii) en segundo lugar, un camino que se sostiene en el *modelo de conexión social*, esto es, en el modelo que trata de mostrar que las carencias de los demás son producto de disposiciones sociales injustas, de decisiones colectivas que por lo mismo son de responsabilidad de la sociedad en su conjunto. La primera ruta nos exige desprendimiento, limitación de nuestros planes de vida, para cooperar con el favorecimiento de la autonomía

de los demás, aún cuando no seamos culpables de sus privaciones, como precondition de una moral intersubjetiva válida. La segunda ruta nos exige cooperación por la razón de nuestra pertenencia a una comunidad que ha dispuesto reglas injustas que causan la privación de la autonomía de los demás. La primera vía de fundamentación es conducente para fundamentar decisiones colectivas que limitan la autonomía de la persona a favor del mejoramiento de las condiciones de la autonomía de terceros que carecen de ellas y para fundamentar limitaciones individuales de la autonomía de una persona a favor del respeto de las condiciones de la autonomía de otra persona con la que establece una relación directa. La segunda vía de fundamentación es conducente para fundamentar nuestro deber cívico de propugnar la consecución de una sociedad justa y el deber especial de las personas o entidades situadas en una posición privilegiada de no provocar y de cambiar la realidad injusta que causa las privaciones de los demás.

13. Aunque no puede postularse un deber jurídico general de ayudar a todas las personas que sufran privaciones en sus necesidades básicas, básicamente por razones que se encuentran dentro del mismo Derecho y que también deben ser sopesadas en este problema (como la libertad general de acción de los individuos, la seguridad jurídica y la estabilidad del Derecho), sí pueden sostenerse una serie de deberes especiales que surgen de las particulares circunstancias en que los particulares desenvuelven su actividad privada y del modo cómo dicha actividad puede *lesionar* gravemente cierto bien indispensable para la vida digna recogido en un derecho social. En el plano de la dogmática constitucional, los deberes de solidaridad pueden desprenderse a partir del principio de *responsabilidad social* como principio fundamental del Estado Constitucional, el cual no solo supone, como prescribe la Constitución en su artículo 44, el deber estatal de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia”, finalidad que se concreta primordialmente con la provisión estatal de determinadas libertades fundamentales (entre ellas los derechos sociales) a todos los ciudadanos, sino que también puede, en determinadas circunstancias, exigir que los particulares realicen alguna acción, negativa o positiva (“deberes de no hacer”, “deberes de protección” y “deberes positivos especiales”), a favor de la realización de los derechos sociales, incluso cuando dicha exigencia no se haya determinado previamente de modo claro en la ley. Este principio de responsabilidad social en el cumplimiento de todos los derechos, incluidos los derechos sociales puede deducirse también del artículo 1 de la Constitución, en cuanto dispone que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la *sociedad* y del Estado”.
14. Una forma específica de eficacia directa de los derechos sociales entre particulares se presenta cuando una empresa comunidad asume deberes especiales respecto a la satisfacción de las necesidades básicas de sus trabajadores, dada la *dependencia* del goce de sus derechos sociales del poder de dirección del empleador.

15. La imposición de deberes de solidaridad a un particular, cuando éstos se dedican a una actividad empresarial, calificada como servicio público y que satisface el objeto de un derecho social fundamental se justifica a partir de dos órdenes de razones: en primer lugar, desde la consideración del bien materia de la relación entre particulares como un bien de naturaleza ius-fundamental (o bien público, en la terminología de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el cual torna diferente la relación jurídico-material, trasladándola, en parte, del plano meramente contractual y privado al plano público-constitucional. Desde este argumento, pues, se considera que, tratándose de un bien ius-fundamental, su comercio o prestación no puede quedar sujeto a las mismas reglas que regulan cualquier otra actividad comercial o privada. Y ello, entre otras razones, porque la prestación o el servicio brindado guarda una relación o vinculación tal con las condiciones de vida digna de una persona que su suspensión o denegación por falta de recursos puede afectar gravemente el mismo núcleo espiritual y existencial de una persona, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otro bien material. En segundo lugar, la imposición de un deber de solidaridad en este caso se justifica a partir del modelo de conexión social. El problema generado por la deficiente protección brindada por el Estado a la satisfacción de bienes básicos y la transferencia de muchas competencias en esta materia a particulares, hace que las personas dependan cada vez más de bienes que éstos ofrecen para la protección adecuada de sus necesidades básicas, como salud y educación. En este contexto, resulta altamente discutible que los bienes esenciales para una vida digna puedan quedar simplemente librados al juego de la oferta y la demanda, restringiendo el acceso a una gran parte de la población y generando con ello grandes brechas de desigualdad (*argumento de escasez y de igualdad*). Por otro lado, en el contexto actual, de un mundo globalizado y fuertemente economicista, las reglas de distribución de beneficios y recursos se han inclinado hacia la empresa privada (sobre todo la de gran escala) y han privilegiado a ésta sobre otras manifestaciones de la vida social. En dicho marco, y con el objeto de alcanzar una distribución justa de los frutos de la cooperación social, resulta admisible imponer sobre las empresas privadas que brindan servicios públicos determinados deberes de solidaridad, a efectos de que colaboren directamente con la reconstrucción de los equilibrios tan necesarios en la sociedad (*argumento de justicia y equidad*).
16. Una medida, legislativa o judicial, que se adopte con el objeto de limitar el libre accionar de una empresa privada que presta un servicio público, en aras de proteger el contenido social del derecho fundamental en juego, debe tomar en cuenta, también, la *ratio* de la eficiencia que ostente dicha medida, en tanto dicho valor instrumental no puede ser eliminado, bajo el riesgo de perjudicar gravemente la viabilidad de la empresa y con ella la propia calidad o prestación del servicio brindado. Éste constituye el límite de cualquier decisión que se adopte en esta materia y significa la frontera también de lo que moralmente puede soportar o se le puede exigir a un particular al imponerle deberes de solidaridad.

17. Finalmente, en cuanto a la crítica de Gerald Cohen, en el sentido de que el deber de prestar ayuda directamente a quienes sufren privación, esto es, -en el lenguaje en que lo hemos transformado aquí-, el deber de cumplir directamente un derecho social por un particular, puede generar una ventaja indebida a favor de quienes no cumplen dicho deber o a quienes los jueces no se los han impuesto, puede afirmarse que existe una salida, acorde con la eficacia normativa directa y con el principio de igualdad social: utilizar también aquí el modelo de *litigio estructural y complejo* reseñado en el segundo capítulo, combinando la protección individual con una protección colectiva más amplia que de cuenta de la práctica generalizada en el sector privado violatoria de un derecho social. Esta protección colectiva puede remitir la solución de dicha problemática general a los órganos políticos democráticos, con un procedimiento de seguimiento, según las circunstancias del caso. Este tipo de solución se muestra también idónea de cara a superar la crítica de la indeterminación en la concreción de los mandatos constitucionales sociales que cabe imponer a los particulares, pues dicha concreción puede ser asumida a través de normas claras y generales por el legislador, a quien el juez reenvía la solución de la violación generalizada de los derechos sociales en el ámbito privado



Bibliografía

- AA.VV.: *Lagunas en el derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- AA.VV.: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Domingo García Belaunde (Coordinador), Palestra, Lima, 2007.
- AA.VV.: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Luis Sáenz Dávalos (Coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- AA.VV.: *Diccionario de Derecho Constitucional contemporáneo*, Gaceta Jurídica – Constitucionalismo Crítico, Lima, 2012.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana”, en *Jueces para la democracia*, N° 40, 2001.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASI, Laura: “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, en *Salud Colectiva*, N° 4 (3), Buenos Aires, septiembre-diciembre de 2008.
- ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (Compiladores): *La medición de derechos en las políticas sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2010.
- AGUILÓ, Joseph: *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004.
- ALEINIKOFF, Alexander: *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, Lima, 2010.
- ALEXY, Robert: “Derechos sociales fundamentales”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceró y Rodolfo Vásquez (Compiladores), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.
- : *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- : *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- : “La fórmula del peso”, en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, Lima, 2007.
- : “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Edición a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

ALVITES, Elena: “Igualdad y derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado social y democrático”, en *El derecho fundamental de igualdad*, Susana Mosquera Monelos (Coordinadora), Universidad de Piura – Palestra, Lima, 2006.

AÑÓN ROIG, María José: “El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada, dos caras de una misma moneda”, en *Derechos Sociales. Instrucciones de usos*, V. Abramovich, M. J. Añón y Ch. Curtis (Compiladores), Fontamarrá, México, 2006.

ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución, Democracia y Control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.

AROSTEGUY, Julieta: “Investigación biomédica: la responsabilidad moral de los agentes no estatales en el cumplimiento del derecho a la salud”, en *Revista IIDH*, N° 40, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, julio-diciembre de 2004.

ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2006.

ATRIA, Fernando: “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones. Derechos Sociales*. N° 4, DOXA, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2004.

-----: “Derecho y política a propósito de los derechos sociales”, en *Discusiones. Derechos Sociales*. N° 4, DOXA, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2004.

-----: *Mercado y ciudadanía en la educación*, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2007.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro: “Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

AVRITZER, Leonardo: “Modelos de deliberación democrática: un análisis del presupuesto participativo en Brasil”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Boaventura de Sousa Santos (Coordinador), Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

BALARDINI, Lorena, ROYO, Laura y Florencia WAGMAISTER: “La puesta en práctica de los estándares internacionales: la construcción de indicadores para la evaluación del cumplimiento del derecho a la vivienda adecuada”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito (Coordinadores), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS y Red (Latino) Americana y Europea de Derechos Humanos – LAEHR, Bogotá, 2010.

BAYÓN, Juan Carlos: “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)”, en *Doxa*, N° 3, Alicante, 1986.

-----: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (Compiladores), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos: “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, en *Discusiones. Derechos Sociales*, *Discusiones. Derechos Sociales*. N° 4, DOXA, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2004.

-----: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán: *Las obligaciones en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.

BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, 3ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín: “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”, en la dirección http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf.

BRAND, Danie: “El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Temis, Bogotá, 2011.

CARBONELL, Miguel (Editor): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

-----: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – Trotta, Madrid, 2005.

-----: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

CLAVERO, Bartolomé: “Codificación y Constitución: Paradigmas de un binomio”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, N° 18, 1989.

CLÉRICO, Laura: “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Año III, N° 5, Palestra, Lima, enero – junio, 2007.

-----: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores), Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 8, Palestra, Lima, 2010.

COHEN, Gerald: *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Paidós, Barcelona, 2001.

-----: “¿Dónde está la acción? En el lugar de la justicia distributiva”, en *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Paidós, Barcelona, 2001.

-----: “Justicia, incentivos y egoísmo”, en *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Paidós, Barcelona, 2001.

COMANDUCCI, Paolo: “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Miguel Carbonell (Coordinador), Trotta- UNAM, Madrid, 2007.

CORTINA, Adela: “Más allá del colectivismo y el individualismo: autonomía y solidaridad”, en *Sistema*, N° 96, mayo de 1990.

-----: *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*, 2ª. edición, Trotta, Madrid, 1995.

-----: *La empresa frente a la crisis del Estado de bienestar. Una perspectiva ética*, Antonio Duato y Antonio Albarrán (Editores), Miraguano Ediciones, Madrid, 1999.

-----: *Por una ética del consumo. La ciudadanía del consumidor en un mundo global*, Taurus, Madrid, 2002.

COURTIS, Christian: “El caso Verbitsky: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, en CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS): *Colapso del sistema carcelario*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005.

-----: “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina: Apuntes críticos”, en *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009.

-----: “La muerte en una institución psiquiátrica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso *Damião Ximenes Lopes c. Brasil*”, en *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009.

CRESCI VASALLO, Giancarlo: “La protección de los derechos fundamentales en las entidades corporativo privadas según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”, en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Tomo I, Gerardo Eto Cruz (Coordinador), Adrus – Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2011.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio: *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

DE ASÍS ROIG, Rafael: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

DE LUCAS MARTÍN, Javier: *El concepto de solidaridad*, Fontamarrá, México, 1993.

-----: “La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 19, Madrid, septiembre-diciembre de 1994.

-----: “La obligatoriedad de un servicio social y los deberes de solidaridad”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, N° 9, Universidad Complutense de Madrid, 1996.

-----: “Condorcet: La lucha por la igualdad en los derechos”, en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II. Volumen II: Siglo XVIII. La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2001.

-----: “Solidaridad y derechos humanos”, en *10 palabras clave sobre derechos humanos*, J. Tamayo (Coordinador), Editorial Verbo Divino, Navarra, 2005.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura: “Presupuesto participativo en Porto Alegre: para una democracia redistributiva” en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Boaventura de Sousa Santos (Coordinador), Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

-----: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, 2009.

DE VEGA GARCÍA, Pedro: “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, N° 4, 1994.

-----: “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en *Pensamiento Constitucional*, Año IX, N° 9, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009.

-----: “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, UNAM, México, N° 32, abril de 2010.

ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia: *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2009.

ESPEJO YAKSIC, Nicolás: “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía*

en *América Latina*, Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito (Coordinadores), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS y Red (Latino) Americana y Europea de Derechos Humanos – LAEHR, Bogotá, 2010.

FARIÑAS DULCE, María José: “El origen de los derechos de los trabajadores: Las Internacionales Obreras”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo III: Siglo XIX. Volumen I: El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de evolución. Libro I. Dykinson, Madrid, 2007.

FASSÒ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*. Volumen 3: Siglos XIX y XX. Pirámide, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: “La profundización moral de la democracia”, en *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Rafael Asís Roig, Dolores González Ayala, Ángel Llamas Cascón y Gregorio Peces Barba Martínez (Coordinadores), Universidad Carlos III – Dykinson, Madrid, 1996.

-----: “Los derechos humanos en el socialismo de la segunda internacional”, en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III. Volumen II. Libro I: Siglo XIX. La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2007.

FERRAJOLI, Luigi: “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3º. Edición, Trotta, Madrid, 2007.

-----: “Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo de derecho privado”, en *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

-----: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 2. Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2011.

FISHKIN, James: “Las fronteras de la obligación”, en *Doxa*, N° 3, Alicante, 1986.

FISK, Milton: *Bienes públicos y justicia radical. Una moralidad política para la resistencia solidaria*, Programa Editorial Universidad del Valle, Cali, 2004.

GALLO, Franco: *Las razones del fisco. Ética y justicia en los tributos*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001.

-----: *La lengua de los derechos, La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 2ª. edición, Civitas, Madrid, 2001.

-----: “La democracia y el lugar de la ley”, en *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Palestra, Lima, 2004.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, en *Derechos y libertades*, Número 23, Época II, junio 2010.

GARGARELLA, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999.

-----: “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en *Filosofía de la democracia*.

Fundamentos conceptuales, Rodolfo Arango (Editor Académico), Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.

-----: “Primeros apuntes para un estudio de la legitimación (*standing*)”, en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Democracia, Roberto Gargarella (Coordinador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa*, N° 3, Alicante, 1986.

GOMES CANOTILHO, Joaquín: “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 1, septiembre-diciembre de 1998.

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús: “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en *Revista Sistema*, N° 101, Madrid, marzo de 1991.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo – Civitas, Madrid, 2002.

GOSEPATH, Stefan: “Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales”, en *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Manuel Alberto Alonso y Jorge Giraldo Ramírez (Editores), Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2001.

-----: “Responsabilidad por la eliminación de daños morales”, en *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Francisco Cortés Rodas y Miguel Giusti (Editores), Siglo del Hombre Editores, PUCP y Universidad de Antioquía, Bogotá, 2007.

GUASTINI, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, México, 1999.

-----: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 4º, edición, Trotta, Madrid, 2009.

GURUTCH, Georges: *La idea del Derecho Social*, Comares, Granada, 2005.

HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, UNAM-PUCP, Lima, 2003.

-----: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003.

HAYEK, Friedrich: *Derecho, legislación y libertad*, Vol. II. El espejismo de la justicia social, Traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, 1979.

HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, 2º. ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

-----: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995.

HIERRO, Liborio: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

-----: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Edición a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

HOLMES, Stephen y Cass SUNSTEIN: *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

JELLINEK, Georg: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/Bibliotecadigital/jellinek.asp>.

JULIO ESTRADA, Alexei: *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

KELSEN, Hans: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001.

-----: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, 2º. edición, Tecnos, Madrid, 2009.

LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2º. edición, Ariel, Barcelona, 2001.

LEÓN DUGUIT: *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, Heliasta, Buenos Aires, 1975.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y Jose Miguel ROJAS BERNAL: “Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales”, en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Gerardo Eto Cruz (Coordinador), Centro de Estudios Constitucionales - Adrus, Arequipa, 2011.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: “Sobre la prueba en el proceso de amparo”, en *La prueba en los procesos constitucionales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

-----: “¿Derechos sociales frente a particulares?”, en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo 28, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010.

-----: “Acerca de la dimensión colectiva en la protección de los derechos sociales. Las recetas de la justicia constitucional y el rol de la política”, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 111, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010.

-----: “El derecho social fundamental a la educación y su ejercicio en el ámbito de una universidad privada. A propósito del caso Flavio Roberto Jhon Lojas”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 29, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2010.

-----: “La política de Aseguramiento Universal en Salud y su examen por el Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 54, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2012.

LIMBACH, Jutta: “Función y significado del recurso constitucional en Alemania”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, N° 3, México, 2000.

LÓPEZ LÓPEZ, Ángel: “Códigos decimonónicos y derechos fundamentales”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo III-Volumen I-Libro II: El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de su evolución (II), Dykinson, Madrid, 2007.

- LUCAS VERDÚ, Pablo: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- MARSHALL, T. H.: *Ciudadanía y Clase Social*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana: *La Revolución Francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*, Grijley, Lima, 2009.
- MENGER, Anton: *Derecho Civil y los pobres*, Juristas Editores, Lima, 2011.
- MONEREO ATIENZA, Cristina: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y José CALVO GONZÁLEZ: “León Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación”, en *Revista de Derecho Constitucional europeo*, N° 4, 2005.
- MUJICA PETIT, Javier: “Desarrollo internacional de las obligaciones legales de las empresas respecto de los derechos humanos”, en *Derecho PUCP*, N° 64, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: La buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- NINO, Carlos Santiago: *Fundamentos del Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- : *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- NOZICK, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- NUSSBAUM, Martha: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007.
- OROZCO MUÑOZ, Martín: *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi – Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- PALOMBELLA, Gianluigi: “De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes”, en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, núm. 17, Época II, junio de 2007.
- PARDO, Celestino: “Reivindicación del concepto de derecho subjetivo”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*
- PECES-BARBA, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Dykinson, Madrid, 1999.
- : “Los textos de la Revolución Francesa”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II-Volumen III: Siglo XVIII. El derecho positivo de los derechos humanos. Dykinson, Madrid, 2001.

-----: “Los derechos económicos, sociales y culturales: Apuntes para su formación histórica”, en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III. Volumen I. Libro II: Siglo XIX. La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2007.

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo: “¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito (Coordinadores), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS y Red (Latino) Americana y Europea de Derechos Humanos – LAEHR, Bogotá, 2010.

PISARELLO, Gerardo: “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía*, N° 15, octubre del 2001.

-----: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

-----: “Globalización, constitucionalismo y derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (Coordinador), Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007.

-----: *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2012.

POGGE, Thomas: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Traducción de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1991.

-----: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vásquez (Compiladores), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.

-----: *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2007.

RAWLS, John: “Las libertades fundamentales y su prioridad”, en *Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, S. M. McMurrin (Editor), Ariel, Barcelona, 1988.

RAWLS, John: *Teoría de la Justicia, Teoría de la justicia*, 2º. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coordinador): *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO: *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, DeJusticia, Bogotá, 2010.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia: *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Catarata, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger: “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en *Estudios al precedente constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro (Coordinadores), Palestra, Lima, 2007.

RORTY, Richard: *Contingencia, ironía y solidaridad*, Traducción de Alfredo Eduardo Sinnot y revisión técnica de Jorge Vigil, Paidós, Barcelona, 1991.

-----: “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Edición de Stephen Shute y Susan Hurley, Trotta, Madrid, 1998.

RUIZ MANERO, Juan: “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, en ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO: *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2009.

RUIZ MIGUEL, Alfonso: “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa*, N° 15-16, 1994.

SEN, Amartya: “¿Igualdad de qué?”, en *Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, S. M. McMurrin (Editor), Ariel, Barcelona, 1988.

-----: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000.

-----: *La idea de la justicia*, Traducción de Hernando Valencia Villa, Taurus, Madrid, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel. “Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyès*. Introducción, estudio preliminar y compliación de David Pantoja, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

SINGER, Peter: *Ética práctica*, Akal, Madrid, 2009.

SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

STARCK, Christian: “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 18, N° 53, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

SUNSTEIN, Cass: “Normas sociales y roles sociales”, en *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase*, Eric Posner (Compilador), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2002.

TAJADURA TEJADA, Javier: “La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización”, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, N° 2, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.

TOMASEVSKI, Katarina: *El asalto a la educación*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004.

TRIBE, Laurence y Michael DORF: *Interpretando la Constitución*, Palestra, Lima, 2010.

UPRIMY, Rodrigo y Mauricio GARCÍA VILLEGAS: “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Boaventura de Sousa Santos (Coordinador), Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

UPRIMY YEPES, Rodrigo y Nelson CAMILO SÁNCHEZ: “Juzgar y medir. El uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana”, en *La medición de derechos en las políticas sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2010.

VALENCIA VARGAS, Areli: “Derechos humanos y equidad social: Avanzando hacia una visión transformativa en la protección de los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 13, México, enero-junio de 2010.

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

VIDIELLA, Graciela: *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

YOUNG, Iris Marion: *Responsabilidad por la justicia*, Morata – Fundación Paideia Galiza, Madrid, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995.

-----: “Las sentencias de la Corte Constitucional y el último apartado del artículo 81 de la Constitución”, en *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*, Fundap, Santiago de Querétaro, 2004.

-----: *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, 2005.

ZOLO, Danilo: “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3°. edición, Trotta, Madrid, 2007.