

# La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades\*

FELIPE JOHAN LEÓN FLORIÁN\*\*

*La cantidad de situaciones cada vez más numerosas en las que el Estado renuncia a su papel de gestor y recurre a la privatización de la distribución de recursos comunitarios básicos, como el agua y la electricidad, salud y educación, es una causa de preocupación para quienes desearían reafirmar las responsabilidades del Estado en la esfera de los derechos sociales. La retirada del Estado en estas áreas le otorga un papel prominente al sector empresarial en el control de los recursos esenciales de la comunidad. Mientras que, por un lado, esta transición requiere de una oposición en el frente político, también existe la necesidad de que el derecho defina claramente la responsabilidad del sector empresarial por las violaciones de los derechos sociales.*

S. Muralidhar<sup>1</sup>

## Resumen

El presente ensayo presenta, en primer lugar, los posibles escenarios donde los derechos sociales se ven amenazados o afectados por la acción de los particulares. En segundo lugar, muestra indicios de la preocupación doctrinal y jurisprudencial acerca de la vinculación de las normas ius-fundamentales sociales en el ámbito de acción de los particulares. Luego, ingresa a analizar los presupuestos de la eficacia de los derechos sociales entre particulares, examinando, primero, la doctrina general de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, después, la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales, tanto en su sentido técnico como axiológico, y finalmente, los fundamentos que nos permiten afirmar, primero en el plano moral, nuestra responsabilidad con la privación de las necesidades básicas de los demás, y luego, en el plano jurídico, la responsabilidad adjudicable a los particulares respecto de la afectación de los derechos sociales.

**Palabras clave:** Eficacia directa. Derechos fundamentales. Derechos sociales. Responsabilidad moral. Modelo de conexión social. Responsabilidad jurídica. Deber de solidaridad. Litigio estructural.

---

\* El presente ensayo es un resumen de las principales ideas contenidas en la tesis del mismo nombre con la que el autor obtuvo el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú en julio de 2013.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Integrante de «Constitucionalismo Crítico».

<sup>1</sup> Exmiembro del Comité de Servicios Legales del Tribunal Supremo de la India y juez del Tribunal Superior de Deli. La cita está contenida en India: Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales. En Malcolm Langford (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2013, p. 209.

## Sumilla

1. Introducción
2. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares
3. Los derechos sociales como derechos fundamentales
4. Fundamento y posibilidades de la eficacia de los derechos sociales entre particulares

## Introducción

Bangladesh, 24 de abril de 2013, el edificio de ocho pisos conocido como Rana Plaza, que albergaba a cinco fábricas de textiles, cede en sus debilitadas estructuras y produce la muerte de 1127 personas, además de 2500 heridos; la gran mayoría son obreros textiles que laboraban en pésimas condiciones y con salarios inferiores a 32 euros al mes. Las grietas del edificio ya habían sido advertidas, pero ni la supervisión del gobierno ni los programas de auditoría voluntarios de las empresas para los que los trabajadores fallecidos producían las prendas habían puesto coto a la evidente inseguridad del local. Entre los escombros, gran número de etiquetas de marcas de famosas tiendas europeas, americanas y canadienses revelaban, una vez más, una realidad que parece esconder algo profundamente inmoral: condiciones infrahumanas de trabajo que finalmente benefician a todos los actores de la cadena productiva textil menos a los trabajadores<sup>2</sup>.

Semanas después de la tragedia, aunque muchas de las grandes marcas asumían una escasa responsabilidad con el evento, decididamente se aprestaron a firmar un «Acuerdo de seguridad de edificios y contra incendios en Bangladesh». En virtud del referido Acuerdo se comprometieron a:

- Contribuir financieramente en las mejoras de las fábricas.
- Colaborar en un programa integral de seguridad que incluye inspecciones independientes de fábricas y revelación pública de los resultados.
- Capacitación en salud y seguridad para los trabajadores y personal de gerencia.

---

<sup>2</sup> Iris Marion Young ha calificado esta situación como un supuesto de «injusticia estructural», dado que la explotación de los trabajadores no es fruto de una sola voluntad que deba ser cambiada, sino de las reglas e incentivos con que funciona el sistema de producción y comercialización de textiles a nivel mundial: las grandes marcas, debido a la marcada competencia y a los hábitos de consumo de la gente, optan por ordenar la fabricación de sus prendas en talleres de otros países que les supongan menos costos; los empresarios y países del tercer mundo pugnan por conseguir estos contratos jugando a la baja en las condiciones laborales y salarios; los perjudicados en una cadena donde nadie quiere gastar más son finalmente los trabajadores. La superación de esta injusticia es responsabilidad —según esta autora— de todos los involucrados en el sistema mundial de la industria textil. YOUNG, Iris Marion. *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata – Fundación Paideia Galiza, 2011, pp. 135-143.

- Dejar de tener relaciones de negocios con aquellas fábricas que se nieguen a hacer las mejoras necesarias.
- Permitir el acceso de los sindicatos a las fábricas y representación de los trabajadores en comités de salud y seguridad.
- Garantizar el derecho de los trabajadores a presentar quejas y negarse a hacer trabajo inseguro<sup>3</sup>.

En Lima, el 4 de marzo de 2013, las compañías internacionales New Balance, Nike, PVH Corp. (dueña de las marcas Tommy Hilfiger y Calvin Klein), VF Corporation (propietaria de las marcas Wrangler, Lee's, North Face, Nautica y Timberland), 47 Brand y Life Is Good hicieron llegar al presidente Ollanta Humala una misiva pidiendo la derogación del decreto ley 22342, Ley de Promoción de Exportaciones no Tradicionales (de noviembre de 1978), dado que según las empresas, esta norma al permitir contratos temporales de modo indefinido alentaban la violación de los derechos de los trabajadores a la seguridad en el empleo, remuneraciones justas y sindicalización. Hasta la fecha, sin embargo, ese viejo decreto ley subsiste y parece ser la fuente de muchos abusos en el sector textil de nuestro país<sup>4</sup>.

En 1996, en medio de una epidemia de meningitis que acabó con la vida de al menos 11 000 personas en Nigeria, la empresa farmacéutica estadounidense Pfizer llevó a cabo un experimento en cerca de 200 niños, de un medicamento llamado Trovan, que terminó ocasionando la muerte de 11 de ellos y serias malformaciones en los otros. Este experimento se realizó violando la Declaración de Helsinki, dado que fue realizada sin el consentimiento de los padres y sin suministrarles a los niños los medicamentos comprobados que permitían curar esta enfermedad. Cuando el caso fue finalmente denunciado por el gobierno de Nigeria, luego de arduas batallas legales de los padres, la farmacéutica tuvo que llegar a una conciliación (2009), donde se obligó a pagar 75 millones de dólares como indemnización por los daños causados<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Para una reseña de la lucha de los movimientos mundiales antimaquila por un mayor grado de compromiso de las marcas con las condiciones de trabajo en las fábricas textiles del tercer mundo y por el establecimiento de un derecho «duro» que defina su marco de responsabilidades puede verse RODRÍGUEZ GARAVITO, César. La ley de Nike: el movimiento antimaquila, las empresas transnacionales y la lucha por los derechos laborales en las Américas. En Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Cuajimalpa (México): Anthropos Editorial – Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, pp. 61 y ss.

<sup>4</sup> La sentencia del 4º Juzgado Constitucional de Lima, del 27 de julio de 2011, en el expediente 446-2010, demuestra cómo la empresa Textop S.A. utilizó el mecanismo de la contratación temporal para no renovar a 127 trabajadores que habían decidido afiliarse al sindicato correspondiente. Sobre los efectos perversos de este sistema de contratación en los derechos laborales puede verse SÁNCHEZ MATOS, Andrea Carolina. *Implicancias en la libertad sindical del Régimen Laboral Especial del Decreto Ley N° 22342, Ley de Promoción de Exportación No Tradicional*. Lima: PLADES, 2010.

<sup>5</sup> Este caso, que es uno de los más emblemáticos con relación a violación de derechos humanos en las investigaciones biomédicas, fue recogido en el libro de John Le Carré, *El jardinero fiel* (2001), adaptado también al cine

El 1 de abril de 2013, el Tribunal Supremo de la India rechazó la solicitud de inscripción de patente efectuada por la empresa farmacéutica Novartis sobre el *mesilato de imatinib*, un anticancerígeno comercializado como Gleevec, dado que el mismo no constituía —en opinión del Tribunal— una «innovación», sino solo una modificación de un producto anterior ya patentado. El vencimiento de la patente del producto original y la sentencia del Tribunal indio han permitido a las empresas de productos genéricos de la India fabricar y distribuir el referido producto a un precio asequible para las personas más pobres.

Desde hace mucho tiempo, diversas organizaciones de la sociedad civil han bregado por conseguir un mayor margen de responsabilidad de las empresas farmacéuticas no solo en cuanto a la protección que brindan a las personas involucradas en las investigaciones biomédicas, sino también en cuanto a los problemas de salud públicos presentes en las comunidades donde llevan a cabo sus investigaciones y a los grandes problemas de salud público a nivel mundial. El mejoramiento de las condiciones de salud de comunidades vulnerables donde se desarrollan las pruebas de los nuevos fármacos y el relajamiento del sistema de patentes han sido los dos grandes reclamos en este contexto<sup>6</sup>.

Por otro lado, el diario *El Comercio* informa que en nuestro país, en los últimos diez años, al menos un millón de alumnos han pasado de la escuela pública a la escuela privada, básicamente por el afán de los padres de lograr una buena educación para sus hijos, lo que se ve lejano en el sistema educativo público. En los colegios privados, por su parte, en los últimos cinco años las pensiones de estudios se han incrementado hasta en un 40%<sup>7</sup>.

Por su parte, el Informe de la Relatora Especial de la ONU para el derecho a la vivienda adecuada (4 de febrero de 2009, A/HRC/10/7) ha resaltado, preocupantemente, cómo la conversión de la vivienda en una mercancía altamente rentable en el mercado, está dificultando el acceso a una vivienda adecuada para las personas

---

con el mismo nombre (2005). En nuestro país, el diario *El Comercio* ha denunciado que, de acuerdo al Instituto Nacional de Salud, se han reportado 19 casos de violaciones a las buenas prácticas clínicas que ocasionaron daños serios y muertes a los participantes en experimentos; sin embargo, el Reglamento Nacional de Ensayos Clínicos no contempla sanciones a los financistas y médicos que incurren en malas prácticas médicas. Vid. <http://elcomercio.pe/actualidad/1594794/noticia-farmaceuticas-extranjeras-hacen-experimentos-mas-23-mil-peruanos>.

<sup>6</sup> Sobre los posibles fundamentos para asignar responsabilidad a las empresas farmacéuticas en el derecho a la salud, vid. AROSTEGUY, Julieta. Investigación biomédica: la responsabilidad moral de los agentes no estatales en el cumplimiento del derecho a la salud. *Revista IIDH*, 40 (julio-diciembre 2004), pp. 315 y ss. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<sup>7</sup> La información en <http://elcomercio.pe/economia/1594792/noticia-pensiones-colegios-privados-aumentaron-entre-30-y-40-ultimos-cinco-anos>.

de escasos recursos e incluso constituye una carga económica demasiado pesada para la clase media emergente.

Ejemplos como estos pueden encontrarse cada vez en mayor número respecto a la incidencia de las empresas o agentes no estatales en el goce de los derechos humanos, especialmente aquellos calificados como sociales. Ejemplos de una preocupación cada vez más creciente por asegurar que los particulares no perjudiquen negativamente y se involucren positivamente en el disfrute de los derechos humanos, sobre todo de aquellos que permiten a las personas disfrutar de las condiciones básicas de subsistencia (derechos sociales), son también numerosos.

En el plano de la filosofía moral, en primer lugar, se ha intentado fundamentar un «deber positivo general» de todos a contribuir en la erradicación de la pobreza extrema, considerando que dicha pobreza constituye un acto inmoral, dado que no permite ningún grado de dignidad ni autonomía para las personas, mientras que nosotros podríamos contribuir a su erradicación mediante un sacrificio trivial<sup>8</sup>. Luego, en el plano de la filosofía política, a partir de Rawls, distintos filósofos han alegado por la construcción de «sociedades políticas justas», que distribuyan equitativamente las cargas y beneficios de la cooperación social. Aunque el deber de cada persona en este esquema de cooperación es solamente respetar las instituciones de dicha sociedad justa, se justifica un sistema de protección social que restringe los beneficios de los más favorecidos a favor de los menos favorecidos<sup>9</sup>. En otras teorías de la justicia, más contextuales, como las de Thomas Pogge<sup>10</sup> e Iris Marion Young<sup>11</sup>, la responsabilidad por la justicia se extiende a todos los agentes involucrados en una situación de injusticia estructural y no solo al Estado, a quienes cabe la transformación de todas las situaciones e instituciones injustas de las que forman parte y de las que obtienen beneficios. Estos «modelos de conexión social», permiten adjudicar responsabilidad a los agentes no estatales sobre todo en

---

<sup>8</sup> En esta línea podemos encontrar a NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Segunda edición. Buenos Aires: Astrea, 2007, pp. 317-347; GARZÓN VALDÉS, ERNESTO. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, 3 (1986), pp. 17 y ss. Alicante; GARZÓN VALDÉS, ERNESTO. Algunas reflexiones sobre el problema de la desnutrición desde el punto de vista de la bioética. En *La calamidad del hambre ¿Qué pasa con el derecho más básico?* Lima: Palestra – Temis, 2012, pp. 13 y ss.; SINGER, PETER. *Salvar una vida. Cómo terminar con la pobreza*. Madrid: Katz, 2012; y BAYÓN, JUAN CARLOS. Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés). *Doxa*, 3 (1986), pp. 35 y ss. Alicante, aunque este último autor cree que es exigible algo más que un mero sacrificio trivial.

<sup>9</sup> RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia, Teoría de la justicia*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2003; DWORKIN, RONALD. *Virtud soberana. Teoría y práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003; NUSSBAUM, MARTHA. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2007.

<sup>10</sup> POGGE, THOMAS. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Traducción de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2005.

<sup>11</sup> YOUNG, IRIS MARION. *Responsabilidad por la justicia*. Ob. cit.

los fenómenos globales actuales que producen múltiples violaciones de derechos humanos, como el caso de las maquilas o las empresas farmacéuticas.

En el plano internacional, la lucha por esta ampliación de responsabilidad a las empresas y agentes no estatales en la protección de los derechos humanos se ha centrado en la formulación de un marco normativo que permita adjudicar incluso «responsabilidad internacional» a las empresas por violaciones de derechos humanos. Ese marco, ciertamente no vinculante está representado por 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. En dicho marco no solo se recoge el deber de las empresas de respetar los derechos humanos, sino un «deber de diligencia» consistente en «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»<sup>12</sup>. 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.

En los ordenamientos jurídicos nacionales también se está registrando cada vez más una preocupación especial por este tema. En la reciente obra editada por Malcolm Langford, donde se recopila la principal jurisprudencia en materia de derechos sociales, de diversas partes del mundo, así como de organismos internacionales específicos, existe un apartado especial con el significativo título de «Aplicación horizontal», que trata de dar cuenta de la aplicación de los derechos sociales frente a particulares, y donde se recogen los emblemáticos casos de Sudáfrica<sup>13</sup>, la India<sup>14</sup>, Irlanda<sup>15</sup>, el Sistema Africano de Derechos Humanos<sup>16</sup>, además de las consideraciones expuestas por el propio Langford<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> *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 56.

<sup>13</sup> LIEBENBERG, Sandra. El reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una Constitución transformadora. En *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Ob. cit., pp. 145 y ss.

<sup>14</sup> MURALIDHAR, S. Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales. En *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Ob. cit., pp. 181 y ss.

<sup>15</sup> NOLAN, Aoife. La doctrina de la separación de poderes frente a los derechos socioeconómicos. En *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Ob. cit., pp. 441 y ss.

<sup>16</sup> MZINKENGE CHIRWA, Danwood. Sistema Regional Africano de Derechos Humanos: la promesa contenida en la jurisprudencia reciente sobre derechos sociales. En *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Ob. cit., pp. 477 y ss.

<sup>17</sup> LANGFORD, Malcolm. La exigibilidad judicial de los derechos sociales: de la práctica a la teoría. En *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Ob. cit., pp. 45 y ss. Sobre alguna jurisprudencia detallada de Colombia,

En nuestro país, son varias las referencias hechas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano a la vinculación de los particulares frente a los derechos sociales. Así por ejemplo, cuando el Tribunal estableció, en aplicación del principio de solidaridad, el deber de las administradoras de fondos de pensiones (AFP) de compartir, conjuntamente con los afiliados, el riesgo de las pérdidas de fondos pensionarios, asumiendo estas a través de su patrimonio (STC 0014-2007-PI/TC, FF.JJ. 36-39). Igualmente, cuando estableció que los estudiantes de las universidades privadas no podían ser suspendidos en el curso de un ciclo por falta de pago de la pensión, dado que la educación al margen de que se brindase por un ente privado no dejaba de ser un servicio público, y puesto que existía una medida menos lesiva del derecho a la educación que era supeditar la matrícula en el ciclo siguiente al pago de lo adeudado en el ciclo anterior (STC 0607-2009-PA/TC). Del mismo modo, cuando precisó en el «Caso Conga», de un modo análogo al deber de diligencia expuesto por el Relator Especial de la ONU, el deber de las empresas dedicadas a actividades extractivas de establecer mecanismos y procedimientos a fin de «prevenir» los impactos de sus actividades en el medio ambiente y en la conflictividad social, de modo que puedan tender puentes de solución a dichos problemas en estrecha coordinación con el Estado y las comunidades afectadas (STC 0001-2012-PI/TC, FJ. 45). También, cuando estableció en el «caso Tuanama I», el deber de las empresas de compartir el beneficio producto de la explotación de recursos naturales con los pueblos indígenas, de modo tal que se haga partícipes a estos del desarrollo impulsado por dicha actividad extractiva en su territorio (STC 0022-2009-PI/TC).

Por último, una vía importante abierta en el camino de vincular a los particulares con la realización de los derechos humanos, específicamente de los derechos sociales, es el que nos muestra el magistrado Eto Cruz en su voto singular con relación a la problemática laboral derivada de la tercerización de servicios en nuestro país. En primer lugar, el magistrado Eto reconduce la idea de «responsabilidad social» de las empresas al marco constitucional y delinea dicha responsabilidad como la vinculación normativa que tienen las empresas con todo el plexo de derechos fundamentales, pero no solo en el marco expreso de lo que prescribe la ley, sino en el marco mucho más «amplio» de la dignidad y los principios y valores constitucionales. Esta vinculación —en el razonamiento del magistrado Eto— que puede ser muy genérica se concreta, sin embargo, en la idea expuesta por el Relator Especial de la ONU, acerca del «deber de diligencia». Abundando en la argumentación, el voto singular presenta una teoría de los «deberes constitucionales» que permite

---

Argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede verse LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. 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. *Gaceta Constitucional*, 29 (mayo 2010), pp. 131 y ss. Lima: Gaceta Jurídica.

sostener deberes más allá de las meras obligaciones correlativas con los derechos de los demás. Considerando los deberes no solo como una limitación externa impuesta por una norma que reconoce una facultad jurídica a un tercero, sino como la vinculación que el sujeto asume con su comunidad y con los miembros de esta, el magistrado Eto encuentra que las obligaciones del sujeto pueden proyectarse hacia formas más complejas de cooperación, como los deberes positivos generales (deber de diligencia) y los deberes cívicos (deber de contribución al sostenimiento de la Nación). Luego de estas consideraciones dogmáticas, el voto avanza hacia la apreciación del vacío que nuestra legislación laboral presenta respecto a ciertos problemas derivados de la tercerización en los ámbitos de la estabilidad laboral, la sindicalización y las condiciones de trabajo, y establece el deber de las empresas de «prevenir» las consecuencias de la tercerización sobre estos ámbitos y alcanzar conjuntamente con los trabajadores «soluciones» adecuadas a las mismas, de modo tal que en ningún caso la desregulación de esta forma de subcontratación termine por producir beneficios pecuniarios para las empresas a costa del sacrificio de los derechos laborales. En un párrafo que es de particular interés para este trabajo, el magistrado Eto no solo estima la necesidad de imponer dicho deber de diligencia a la empresa demandada en el caso *sub-examine*, sino que establece la necesidad de que los diversos actores comprometidos en esta problemática asuman un «debate público» de cara a superar las deficiencias de regulación que están permitiendo la afectación de los derechos de los trabajadores<sup>18</sup>.

La idea de vincular o responsabilizar a los particulares con la realización de los derechos sociales, según sea el caso, tiene un campo de acción privilegiado en lo que la dogmática constitucional conoce como «eficacia de los derechos fundamentales entre particulares». La pretensión de que los jueces impongan a los particulares ciertos deberes frente a los derechos sociales se basa en la inteligencia de que los jueces pueden constituirse en agentes transformadores de la realidad social, componiendo adecuadamente las relaciones muchas veces injustas existentes en el sector privado y que afecta núcleos esenciales del bienestar de las personas. En esta tarea, como ha iluminado acertadamente la jurisprudencia más avanzada en materia de derechos sociales (y el voto del magistrado Eto reseñado en el párrafo anterior),

---

<sup>18</sup> STC 2111-2010-PA/TC, FJ. 70: «En esa perspectiva, considero que, a efectos de propiciar un marco mínimo de exigencias que permita restablecer el equilibrio de la relación laboral en un contexto de descentralización productiva, resulta de interés revisar algunas de las distintas soluciones que han sido brindadas por la doctrina, legislación y jurisprudencia comparadas para hacer frente a la problemática anotada. De este modo, se intenta no solo poner en evidencia aquellos problemas laborales que toda tercerización trae aparejada (así como sus posibles soluciones), sino también llamar la atención del legislador para que, en el contexto de un genuino debate democrático, tome interés por dar respuesta a los vacíos legales detectados, y cuya cobertura resulta imperativa a la luz del artículo 23 de la Constitución, el cual señala que «[n]inguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad el trabajador».

los jueces no tienen necesariamente que regular detalladamente las nuevas obligaciones que deberá asumir el privado frente a los derechos sociales, sino que puede bastar con que visibilicen el problema, impidan la injusticia del caso concreto, y conminen a todos los actores involucrados (públicos y privados), con participación de las víctimas y la sociedad civil, a adoptar, deliberativamente, las soluciones más adecuadas para la vigencia más amplia posible de los derechos sociales.

El presente trabajo pretende efectuar las primeras aproximaciones teóricas a esta posibilidad. Para ello se ha dividido el estudio en tres partes que intentan responder las principales críticas que seguramente se van a hacer a la pretensión vinculatoria reseñada en el párrafo anterior: I) La que tiene que ver con las críticas genéricas a la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares; II) La que se refiere al carácter no *ius-fundamental* de los derechos sociales; y III) La que alude a las críticas específicas a los deberes de solidaridad que pueden imponerse a los particulares.

## 1. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares

La tesis de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares tiene que ver con una cuestión específica: si los derechos fundamentales pueden constituirse en «normas de conducta»<sup>19</sup> de los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, es decir si estos 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 «fuente directa de derechos» y «obligaciones» para los particulares.

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 entre particulares, al margen de lo que establezca la ley civil u otros preceptos del derecho privado<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> 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. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*. Lima: Grijley, 2009, p. 41).

<sup>20</sup> Vid. JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 115; también MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Ob. cit., p. 5.

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.

Detrás de la pregunta por la capacidad regulatoria de los derechos fundamentales 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 la labor mediadora del legislador, o si estos 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 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, la administración y la jurisdicción<sup>21</sup>; vinculan a cualquier autoridad o funcionario público, e incluso a los particulares<sup>22</sup>.

El respeto al carácter normativo de la Constitución y a su aplicación 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)<sup>23</sup>. 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 estos a la relación jurídica particular<sup>24</sup>. 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

<sup>21</sup> Conforme al artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn.

<sup>22</sup> Como lo estipula el artículo 200.2 de la Constitución peruana de 1993.

<sup>23</sup> 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 1956. También fue de recibo por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la famosa sentencia del *caso Lüth*. Vid. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Ob. cit., p. 18.

<sup>24</sup> JULIO ESTRADA, Alexei. Ob. cit., pp. 122-125.

discurso de los actores privados contra la aplicación directa de los derechos fundamentales se sustenta también en la supuesta afectación de estos dos valores<sup>25</sup>.

Con relación a las posibilidades de actuación de la norma constitucional en el ámbito privado, las objeciones presentadas por la doctrina han estado centradas fundamentalmente en dos aspectos: la indeterminación de la norma constitucional con la consecuente incertidumbre jurídica y la afectación del principio de autonomía de la voluntad<sup>26</sup>. 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.

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 solo la anulación de la «autonomía» de una de las partes; una limitación, en todo caso, de su «poder» de decisión en el ámbito privado<sup>27</sup>. 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

---

<sup>25</sup> CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Temis, 2011.

<sup>26</sup> HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo de derecho privado. En *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, pp. 300-302.

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.

Superadas las objeciones a la aplicación técnica de los derechos fundamentales entre particulares cabe, sin embargo, detenerse en la evaluación de si el recurso a la eficacia directa resulta necesaria y acaso adecuada, para lograr la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito privado. Y es que es preciso tener en cuenta que, en una sociedad democrática, la ley es la principal herramienta que permite conformar, delimitar y establecer reglas claras para el ejercicio estable y seguro de los derechos. No solo permite pues armonía y predictibilidad, sino también generalidad y respeto al principio de igualdad. Sin embargo, no solo la ley cumple la función de delimitación de los derechos, ni el Estado democrático de derecho funciona siempre de una manera adecuada. 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, hoy por hoy, en contextos de marcada fragilidad institucional y estancamiento democrático<sup>28</sup>, además de en un escenario cada vez más acentuado de «desregulación» económica incitada por la globalización. 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 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<sup>29</sup>, 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 y desregulación económica, donde se justifica la aplicación judicial directa de los derechos fundamentales entre particulares.

---

<sup>28</sup> 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*. Bogotá: DeJusticia, 2010.

<sup>29</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 67-138.

## 2. Los derechos sociales como derechos fundamentales

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.

Los derechos sociales han sido impugnados pues como necesidades menos básicas que los derechos civiles y políticos para concretar los ideales de dignidad, libertad o autonomía que operan como fundamento de los derechos fundamentales<sup>30</sup>. 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<sup>31</sup>. 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

---

<sup>30</sup> En realidad, la valoración atenuada de los derechos sociales como «cláusulas programáticas» ha estado marcada por la crítica permanente que determinado sector del liberalismo (el denominado liberalismo conservador o libertarismo) ha efectuado sobre cualquier tipo de intervención estatal en nombre de la «justicia social». Vid. HAYEK, Friedrich. *Derecho, legislación y libertad*, Vol. II. El espejismo de la justicia social, Traducción de Luis Reig Albiol. Madrid: Unión Editorial, 1979, pp. 1-164.

<sup>31</sup> GOSEPATH, Stefan. Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales. En Manuel Alberto Alonso y Jorge Giraldo Ramírez (eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: Escuela Nacional Sindical, 2001, p. 31.

para configurar lo más ampliamente posible dichos planes de vida, adoptarlos sin interferencias y tener la posibilidad real de llevarlos a cabo<sup>32</sup>. 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<sup>33</sup>. 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<sup>34</sup>. 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<sup>35</sup>. Esta apreciación contextual permite pues vislumbrar cuáles de las necesidades básicas son relevantes proteger «socialmente», dada la constatación de su injusta distribución social<sup>36</sup>, 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»)<sup>37</sup>.

En cuanto a las críticas referidas a sus condiciones estructurales sustancialmente diferentes a las de los derechos civiles y políticos que no permiten afirmarlos como derechos fundamentales en sentido técnico, estas críticas se centran, como ya dijimos, en su carácter indeterminado, en su carácter costoso y en la imposibilidad de considerarlos como derechos subjetivos sin desnaturalizar su esencia como derechos colectivos y como mandatos de optimización. En primer lugar, en lo que se refiere a la crítica de la indeterminación de las normas que contienen derechos sociales ella alude a tres formas de indeterminación: i) a la indeterminación del lenguaje con que es fijado el objeto del derecho social (o fin de la norma), y ii) a la indeterminación de las formas con que se debe alcanzar el fin de la norma de derecho social, esto es, las conductas específicas que se exigen en virtud a dicho

<sup>32</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ob. cit.

<sup>33</sup> RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Ob. cit.

<sup>34</sup> NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Ob. cit.

<sup>35</sup> GOSEPATH, Stefan. Ob. cit., pp. 41-42.

<sup>36</sup> PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Icaria, 2003.

<sup>37</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

objeto<sup>38</sup>, y iii) a la indeterminación en la oportunidad en que debe implementarse necesariamente el derecho social.

La crítica de la indeterminación, sin embargo, 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 el objeto y 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<sup>39</sup>.

En segundo lugar, la crítica de la indeterminación en los medios necesarios para alcanzar el fin estipulado por el derecho social es afrontada, contemporáneamente, a través del «modelo de justiciabilidad» desarrollado por la Corte Constitucional de Sudáfrica y enriquecido por la Corte Constitucional de Colombia<sup>40</sup>. 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<sup>41</sup> e incorporado ya en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano<sup>42</sup>, las cuales pasan a formar parte del «contenido constitucional directo» protegido por el derecho social.

<sup>38</sup> RUÍZ MANERO, Juan. Principios. Objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca. En Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Para una teoría postpositivista del derecho*. Lima – Bogotá: Palestra – Temis, 2009. Ob. cit., pp. 92-94.

<sup>39</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

<sup>40</sup> Vid. sobre todo las emblemáticas sentencias del *Caso del desplazamiento forzado interno* (T-025/04) y del *Sistema de salud* (T-760/08).

<sup>41</sup> En el caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (sentencia de 4 de octubre de 2000) la corte sudafricana delineó el llamado «*test* de razonabilidad» con la finalidad de determinar si la política pública de vivienda se encontraba razonablemente orientada a la satisfacción de este derecho a favor de la población afectada por el régimen del *apartheid*. La traducción al español de la sentencia completa en <http://www.calp.org.ar/uploads/af26853dd06b64ead16eefcbebe5330a.pdf>. Una explicación de este *test* en ESPEJO YAKSIC, Nicolás. Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad. En Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: 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, 2010. pp. 183-184.

<sup>42</sup> Estas condiciones de judicialización de los derechos sociales han sido incorporadas en STC 0033-2010-PI/TC. Hemos comentado esta sentencia en LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. La política de aseguramiento universal en Salud y su examen por el Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, Tomo 54. Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2012.

Finalmente, en lo que respecta a la crítica de la indeterminación en la «oportunidad» en que los derechos sociales se vuelven plenamente exigibles para los poderes públicos, esta puede verse superada hoy mediante las metodologías que la dogmática constitucional ha construido para evaluar las razones de la demora o el estancamiento en la protección de estos derechos. Estas metodologías básicamente están representadas por el «test de proporcionalidad» aplicado al «mandato de prohibición de protección deficiente» desarrollado por Laura Clérico<sup>43</sup>. Al margen de las reglas particulares que tiene dicho test en su estructura, el aporte fundamental que realiza Clérico en la explicitación de este test tiene que ver con en el análisis de la forma cómo debe «aplicarse» dicho test en el «contexto» en el que se desenvuelve la praxis jurisprudencial<sup>44</sup>. 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 sociales<sup>45</sup>. 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 que 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 solo 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 al legislador la obligación de aportar material probatorio suficiente que demuestre la idoneidad de sus medidas<sup>46</sup>. Por otro lado, en cuanto a 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

<sup>43</sup> CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 8. Lima: Palestra, 2010, pp. 115 y ss.

<sup>44</sup> CLÉRICO, Laura. Ob. cit., pp. 154-155.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 140-141.

<sup>46</sup> 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*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

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 asentadas<sup>47</sup>. 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. 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 proporcional<sup>48</sup>.

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. 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 básicas<sup>49</sup>. Mientras menos posibilidad de incidencia y representación tengan las víctimas, mayor es la legitimidad de los tribunales para corregir las políticas públicas que han obviado sus intereses fundamentales.

El examen de proporcionalidad en casos de omisión o protección deficiente, perfeñado 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

---

<sup>47</sup> CLÉRICO, Laura. ob. cit., p. 151.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 155.

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 jurisprudencial<sup>50</sup>. 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.

Por esta razón es importante finalmente apreciar las condiciones bajo las cuales la judicatura realiza su praxis jurisprudencial. 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 aventurarse con éxito en la tarea 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<sup>51</sup>, 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

---

<sup>50</sup> 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 debía 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>.

<sup>51</sup> Como ha documentado ampliamente Charles Epp, las revoluciones de los derechos o la ampliación de la importancia de estos en el escenario político y jurídico de diversos países ha dependido no solo de la atención que algunas cortes activistas les han brindado a los derechos, sino, fundamentalmente, del impulso y acompañamiento que le han dado distintas organizaciones de la sociedad civil al litigio estratégico en materia de derechos humanos. En opinión de Epp, solo el sostén técnico y financiero que brindan estas organizaciones puede hacer posible una verdadera transformación del lugar que ocupan los derechos en el debate público. Vid. Epp, Charles. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

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 reto<sup>52</sup>.

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.

La crítica de la condicionalidad económica puede derrotarse mediante los siguientes argumentos: Asumiendo, en primer lugar, que todos los derechos fundamentales requieren un aparato institucional financiado públicamente para funcionar como garantías a favor del ciudadano<sup>53</sup>. Controviertiendo, en segundo lugar, la idea de la escasez de recursos como impedimento para mejorar los niveles de realización de los derechos sociales<sup>54</sup>; 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<sup>55</sup> y en la ineficiencia

---

<sup>52</sup> 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 solo 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*. Ob. cit., pp. 254 y ss.

<sup>53</sup> HOLMES, Stephen y CASS SUNSTEIN. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Madrid: Catarata, 2011, pp. 46-49.

<sup>55</sup> 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*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

del gasto público<sup>56</sup>: 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<sup>57</sup>. 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<sup>58</sup>.

Finalmente, 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<sup>59</sup>; 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<sup>60</sup>. Esta

<sup>56</sup> HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 59-62.

<sup>57</sup> 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, aun 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, en países como Estados Unidos, potencia mundial en lo económico, según informes de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, «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*)».

<sup>58</sup> Por ejemplo, en el *Caso del desplazamiento forzado*, la Corte Constitucional colombiana ordenó: «(ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal necesario para cumplir con la política pública examinada 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 que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación» (Sentencia T-025/2004).

<sup>59</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Los derechos sociales como derechos subjetivos. *Derechos y libertades*, II, 23 (junio 2010), pp. 79-85.

<sup>60</sup> ATRIA, Fernando. ¿Existen derechos sociales? *Discusiones. Derechos Sociales*, 4, DOXA. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2004, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15570>.

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», dado que las pretensiones subjetivas que contienen los derechos fundamentales deben ser realizadas en la mayor medida, pero dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas,<sup>61</sup> es decir, no son incondicionales en el sentido técnico que tiene esta característica en el caso de los derechos subjetivos privados. Por otro lado, los derechos fundamentales no necesariamente por constituir pretensiones subjetivas reclamables perentoriamente solo pueden contener pretensiones claramente delimitadas en el ordenamiento jurídico, pues muchas veces bajo el discurso de los derechos se pide en realidad una «transformación» de dicho ordenamiento bajo una nueva lectura valorativa<sup>62</sup>.

En segundo lugar, la crítica referida a que la protección judicial del carácter optimizador de los derechos convierte a la labor efectuada por las cortes en una labor política y no jurídica, puede contradecirse si se asume que el «modelo de justiciabilidad» pergeñado por la Corte Constitucional de Sudáfrica plantea una posibilidad legítima de alcanzar la mentada optimización de los derechos sociales y la transformación de la realidad social en la vía judicial. Dicha posibilidad se defiende en la idea de que las cortes pueden 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. La judicialización de las condiciones estructurales que no están permitiendo el goce amplio y general de los derechos sociales es pues finalmente una herramienta que permite afrontar parte de los principales problemas que están impidiendo la transformación social pretendida por los derechos sociales.

Por lo demás, 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<sup>63</sup>. Este modelo permite, en suma, que se

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 81 y ss.

<sup>62</sup> Eso es por ejemplo lo que sucedió en 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), resueltos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos vid. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

<sup>63</sup> ROACH, Kent. Los retos de elaborar recursos judiciales para las violaciones de derechos económicos y sociale». En *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Ob. cit. pp. 105 y ss.

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<sup>64</sup>.

### 3. Fundamento y posibilidades de la eficacia de los derechos sociales entre particulares

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 solo 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)<sup>65</sup>. Esta simplificación no solo 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 solo 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 fundamentales<sup>66</sup>. El problema de la eficacia de los derechos sociales en las relaciones entre particulares solo 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

---

<sup>64</sup> Lo cual contradice el argumento de Atria en el sentido de que los derechos se piden en los estrados judiciales aún en contra del interés de la comunidad (ATRIA, Fernando. Ob. cit., pp. 51-52). Sobre la solidaridad como condición esencial en la lucha por los derechos humanos puede verse FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011, pp. 61-66.

<sup>65</sup> Sobre la estructura deontica de los derechos sociales vid. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ob. cit., pp. 21-37.

<sup>66</sup> 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 deontica (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.

sociales son derechos a «prestación», debido a lo cual son reclamables solo frente al Estado<sup>67</sup>.

Esta visión estrecha en la consideración de los derechos sociales, aunque presente aún en la dogmática constitucional, ha sido confrontada 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 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 este 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 jurídica<sup>68</sup>. 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 esta (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 autonomía<sup>69</sup>. 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 solo 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

---

<sup>67</sup> Esta preliminar idea la expusimos en nuestro trabajo, ¿Derechos sociales frente a particulares? *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 28 (abril 2010), pp. 267 y ss. Lima: Gaceta Jurídica.

<sup>68</sup> Una impugnación de la solidaridad como principio político y jurídico en FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. La profundización moral de la democracia. En Rafael Asís Roig, Dolores González Ayala, Ángel Llamas Cascón y Gregorio Peces Barba Martínez (coords.), *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*. Madrid: Universidad Carlos III – Dykinson, 1996, pp. 137-144.

<sup>69</sup> Este argumento fue explicitado, de modo elaborado, en la obra de Robert Nozick *Anarquía, Estado y Utopía*, publicada 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.

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 solo de nuestros méritos ha sido determinante no solo en el abandono de ciertas responsabilidades colectivas<sup>70</sup>, sino en el reducido compromiso con objetivos sociales prioritarios como la lucha contra la hambruna, el analfabetismo, la pobreza extrema, entre otros<sup>71</sup>. 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.

Frente a esta impugnación de los deberes de solidaridad, las vías que se han planteado para fundamentar nuestro deber de colaborar con la satisfacción de las necesidades básicas de las demás siguen dos direcciones 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<sup>72</sup>; 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<sup>73</sup> o la empatía<sup>74</sup>; 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<sup>75</sup>. 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

<sup>70</sup> YOUNG, Iris Marion. *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata – Fundación Paideia Galiza, 2011, pp. 27 y ss.

<sup>71</sup> TOMASEVSKI, Katarina. *El asalto a la educación*. Barcelona: Intermón Oxfam, 2004.

<sup>72</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ob. cit.

<sup>73</sup> RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Ob. cit.

<sup>74</sup> SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Traducción de Hernando Valencia Villa. Madrid: Taurus, 2010.

<sup>75</sup> POGGE, Thomas. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Ob. cit. y YOUNG, Iris Marion. *Responsabilidad por la justicia*. Ob. cit.

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 precondiciones de la autonomía de terceros que carecen de ellas<sup>76</sup> y para fundamentar limitaciones individuales de la autonomía de una persona a favor del respeto de las precondiciones de la autonomía de otra persona con la que se establece o no una relación directa<sup>77</sup>. La segunda vía de fundamentación es conducente para fundamentar nuestro deber cívico y político de propugnar la consecución de una sociedad justa<sup>78</sup> 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<sup>79</sup>.

De todos estos deberes anclados en la solidaridad, los deberes referidos a la ayuda personal en la superación de las privaciones de los demás o conocidos como «deberes positivos generales» y los deberes referidos a nuestra colaboración con la prosecución de una sociedad democrática y justa, no pueden ser anclados en el mundo del Derecho, es decir, no pueden ser considerados deberes jurídicos. Y ello por razones que se encuentran dentro del propio ordenamiento jurídico. Estos deberes, considerados en este plano genérico, son demasiado difusos e indeterminados para alcanzar en algún momento un contenido determinable que pueda merecer una sanción jurídica por su incumplimiento y una forma razonable de controlarlos. Esto es, dichos deberes no podrían ser juridificados sin contravenir abiertamente el principio de seguridad jurídica como valor central de todo orden jurídico. Los deberes positivos generales, aunque perfectamente defendibles, son deberes ubicados solo en el plano de la moral; mientras que los deberes cívicos frente al régimen democrático y la justicia, sin dejar de ser altamente relevantes, son deberes a ejercitarse básicamente en el ámbito político.

No obstante, los deberes especiales de los particulares o agentes no estatales situados en una especial posición de preeminencia que les permite prevenir los impactos de sus decisiones sobre la privación de los derechos de los demás y llevar a cabo acciones para mitigar o superar dichos impactos, sí pueden ser reconducidos al mundo del Derecho. Y ello porque si bien es cierto dicho deber de diligencia no deja de ser algo indeterminado, sí contiene exigencias más concretas que pueden no solo ser definidas legalmente, sino exigidas judicialmente. Por otro lado, el citado deber

---

<sup>76</sup> Esto fundamenta la instauración del Estado Social de Derecho.

<sup>77</sup> Esto fundamenta los deberes positivos generales, los deberes positivos y negativos generales y los deberes positivos y negativos especiales.

<sup>78</sup> Esto fundamenta nuestro deber de luchar por la construcción y preservación de una sociedad democrática y justa.

<sup>79</sup> Esto fundamenta el deber de diligencia presentado por el Relator Especial de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

de diligencia resulta exigible jurídicamente dado que se encuentra en el centro de la relación entre el «daño» que sufre una persona en sus necesidades básicas y la posibilidad directa del particular de impedirlo. Es decir, si bien el daño no es causado directamente por el agente no estatal, su comisión sí puede ser impedida merced a una adecuada planificación y sin necesidad de recurrir a sacrificios supererogatorios. La atención a este deber de solidaridad consigue finalmente impedir una violación del principio-derecho de «dignidad», pues imposibilita —como advertían el magistrado Eto en su voto singular, Julieta Arosteguy para el caso de las empresas farmacéuticas y el movimiento antimauquila— que los particulares se beneficien a costa de la situación de privación de los demás.

Por último, es preciso atender 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<sup>80</sup>. Frente a dicha crítica 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.

Lima, 15 de setiembre de 2013

---

<sup>80</sup> COHEN, Gerald. *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?* Barcelona: Paidós, 2001.