

Año 2024

Nº 25

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA • UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Anuario



C y **Parlamento**
Constitución

FUNDAMENTO MORAL Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS: LA POBREZA COMO
EXIGENCIA DE JUSTICIA

MORAL BASIS AND EFFECTIVENESS OF RIGHTS: POVERTY AS A DEMAND FOR
JUSTICE

Pedro P. Grández Castro *

Pontificia Universidad Católica del Perú

pgrandez@pucp.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7174-5534>

Cómo citar/Citation

GRÁNDEZ CASTRO, P. P., “Fundamento moral y efectividad de los derechos: la pobreza como exigencia de justicia”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha – UCLM, n.º 24, 2024.

Recibido: 03-06-2024

Aceptado: 31-07-2024

Resumen: La efectividad de los derechos no depende solo de normas, ni compromete solo la acción de los gobiernos: hay un conjunto de prácticas éticas y morales, unido a la falta de empatía social, que impiden ver el problema de la protección efectiva de los derechos de quienes se encuentran en contextos de vulnerabilidad. Esta es una piedra angular en la construcción de responsabilidades éticas frente al problema. Henry Shue ha aportado algunos argumentos sobre la relevancia moral racional que sustenta la obligación institucionalizada a través del Derecho para combatir este tipo de problemas en las sociedades actuales; en particular, aplica las nociones de derecho moral y derecho básico, y sus exigencias positivas y negativas, en relación con el problema de la pobreza. En la primera parte de este artículo, se destaca la importancia conceptual de esta construcción, para luego, vincular esta estructura conceptual con la visión pluralista de los derechos fundamentales prioritarios en contextos de vulnerabilidad. En la segunda parte, se analiza el caso especial de la protección de los más pobres, indagando en los tipos de obligaciones que impone la pobreza y la protección de derechos básicos como el derecho a la subsistencia en condiciones de dignidad.

* Profesor Ordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la PUCP. Director de *Palestra-International center for legal studies*.

Palabras clave: derechos morales, derechos básicos, vulnerabilidad, constitucionalismo de los derechos, pobreza y derechos humanos.

Abstract: The effectiveness of rights does not depend only on norms, nor does it only involve the action of governments: there is a set of ethical and moral practices, together with the lack of social empathy, which prevent us from seeing the problem of the effective protection of the rights of those who are in contexts of vulnerability. This is a cornerstone in the construction of ethical responsibilities in the face of the problem. Henry Shue has provided some arguments on the rational moral relevance that supports the obligation institutionalized through Law to combat this type of problem in today's societies; in particular, he applies the notions of moral right and basic right, and their positive and negative demands, in relation to the problem of poverty. In the first part of this article, the conceptual importance of this construction is highlighted, in order to then link this conceptual structure with the pluralist vision of priority fundamental rights in contexts of vulnerability. In the second part, the special case of the protection of the poorest is analyzed, investigating the types of obligations imposed by poverty and the protection of basic rights such as the right to subsistence in conditions of dignity.

Key words: moral rights, basic rights, vulnerability, constitutionalism of rights, poverty and human rights.

1. Las nociones de derecho moral y derecho básico en la discusión en torno a la efectividad de la protección de los más vulnerables

1.1 La noción de derecho moral

Según Shue¹, un derecho moral provee una base racional para una demanda justificada a efectos que el disfrute de su substancia sea socialmente garantizado contra cualquier amenaza estándar y actual. Esta vinculación entre Derecho y moral en la justificación de los derechos básicos, abre interesantes perspectivas para la exigencia jurídica de posiciones que, en sociedades como la nuestra, encuentran resistencias sociales para su implementación (por ejemplo, los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad como la población LGBTI o los pueblos indígenas). Pero no solo ello, sino que plantea también la necesidad de comprender los derechos en forma integral e interdependiente, en la que unos derechos sostienen la exigencia de otros, requiriendo para su efectividad, tanto mandatos de no interferencias (obligaciones negativas), como compromisos y obligaciones positivas, no solo de parte del Estado, sino también de parte de la sociedad en su conjunto.

Si hay buenas razones a favor de un derecho moral, entonces una persona puede exigir su disfrute efectivo reclamando para ello cargas o gravámenes no solo al Estado sino también a los individuos de una comunidad, quienes deberán adecuar su comportamiento a las exigencias provenientes de los derechos. Esta estructura que presenta, a primera vista, una justificación de los derechos bastante cercana a la desarrollada por el iusnaturalismo tiene, sin embargo, la ventaja de integrar la justificación con su concreción práctica y efectiva.

La discusión teórica en torno a los derechos solía evitar —a veces de manera consiente— este problema, asumiendo que la justificación convoca esfuerzos filosóficos con altos niveles de abstracción, mientras que la eficacia, se creía, atañe más bien a cuestiones de política del Derecho o establecimiento de procesos e instituciones de corte más bien operativo o funcional². El concepto de derechos morales de Shue, al menos en este punto, tiene la virtud de poner las cosas sobre

1 Henry Greyson Shue (1940) es un filósofo estadounidense y profesor emérito de Política y Relaciones Internacionales en el Merton College de la Universidad de Oxford. Anteriormente fue profesor Wyn y William Y. Hutchinson de Ética y Vida Pública en la Universidad de Cornell. Las referencias en este trabajo son, fundamentalmente, a su influyente libro: SHUE, H., *Basic Rights*, Princeton, New Jersey, 1980; 2.ª edición, 1996, p. 13.

2 Al respecto, ver por ejemplo: FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales*, n.º 15, 2006, pp. 113-136.

la tierra: una justificación razonable de los derechos básicos solo tiene sentido si es que se piensa en su exigencia y garantía social³.

Otro de los resultados relevantes de esta construcción es que, si asumimos que alguien tiene un derecho moral es porque existen argumentos racionales para su exigencia, lo que conduce de manera inevitable a su disfrute efectivo. Esto quiere decir que no basta con su solo reconocimiento formal, o que su exigencia supone un favor o llamado a la misericordia: tener un derecho significa que me merezco algo y puedo exigirlo con dignidad como el titular que soy. Con frecuencia, el disfrute de un derecho solo se satisface a plenitud cuando alguien hace algo que antes venía desatendiendo o cuando deja de hacerlo. Así, obligaciones positivas (de hacer) convergen con obligaciones negativas (dejar de hacer) cuando los derechos imponen sus cargas sociales.

Otra consecuencia —como ya se ha adelantado— es que los derechos asumidos como exigencias racionales, obligan socialmente. Esto se puede asemejar a lo que los alemanes suelen llamar el efecto horizontal o entre particulares de los derechos humanos (entre otros, Alexy⁴). En la tradición europea continental, los derechos solían presentarse como tutelados o garantizados por y desde el Estado. Es una visión centralizada del poder la que seguramente llevó en los siglos XVIII y XIX a asumir aquella teoría de los derechos públicos subjetivos. Pero tener derechos debe significar, poder imponerlos, incluso llegado el caso, a pesar del Estado o, de cualquier estructura social que se interpusiese. Esto significa que los derechos pueden disciplinar el comportamiento de otros sujetos.

Si alguien tiene un derecho, este solo puede concretarse socialmente extendiendo su capacidad de alterar el comportamiento en quienes efectivamente pudieran afectarlo o hacerlo impracticable. Esto ocurre, por ejemplo, con las minorías y su derecho de objeción de conciencia. Desde esta perspectiva, no se necesita más que el derecho, pues las garantías serían parte de su contenido material⁵. Conciencia racional, exigencia, eficacia práctica y garantía social de inalterabilidad de estatus, configuran de este modo una cadena de conceptos que permiten hablar de que un derecho básico realmente existe en una determinada sociedad.

3 Esta tesis podría entrar en conversación perfectamente con el planteamiento de FERRAJOLI, L., *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, Trotta, Madrid, 2016.

4 ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.

5 Al respecto, ver también: FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

Una expresión contemporánea de esta discusión podemos encontrarla en el debate actual relacionado con el papel y el impacto de las empresas en los derechos humanos. Al respecto, una de las tesis más elaboradas en el marco del constitucionalismo es la desarrollada por Ferrajoli en relación con los déficits que presenta la teoría constitucional en el contexto de la globalización de los mercados y la primacía de la actividad empresarial en la organización de las economías alrededor del mundo⁶. Para el autor, “[...] no ha sido elaborada [aún] una teoría del Estado de derecho y de los derechos fundamentales contra los poderes privados comparable con aquella elaborada contra los poderes públicos”⁷.

Por supuesto que, en la actualidad, es posible encontrar algunos intentos para desarrollar una teoría de tal magnitud, como el propuesto por John Ruggie, quien, frente a la resistencia de un modelo vinculante, postula una estrategia con un marco conceptual que distribuye responsabilidades entre el Estado, la empresa y la sociedad⁸. Este marco fue aprobado por la Organización de las Naciones Unidas en el 2008, sobre cuyas bases se adoptaron los llamados Principios Rectores⁹.

No obstante, pese a intentos de este tipo, hoy en día persiste con fuerza la necesidad de ampliar la estrategia de los límites y vínculos del Derecho

6 GRÁNDEZ, P., “Nota preliminar”, FERRAJOLI, L., *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho Privado*, Palestra, Lima, 2018, pp. 7-12.

7 FERRAJOLI, L. “Por un constitucionalismo de Derecho Privado”, conferencia presentada en el congreso *Riflessioni sul diritto privato futuro*, realizado en la Università di Camerino los días 23 y 24 de octubre de 2003.

8 “El marco se basa en responsabilidades u obligaciones diferenciadas pero complementarias. Comprende tres principios básicos: el Estado debe proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular las empresas; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos; y la necesidad de tener una vía más efectiva a los remedios o recursos. Cada principio es un componente esencial del marco: el deber del Estado de proteger constituye la raíz misma del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos dimana de la expectativa básica que la sociedad tiene de las empresas; y el acceso a los remedios o recursos deriva de que los esfuerzos más concertados no pueden prevenir todos los abusos, en tanto que el acceso a la tutela judicial suele ser problemático, y el número, alcance y eficacia de los remedios no judiciales son limitados”, RUGGIE, J., “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *The American Journal of International Law* 101, n.º 4, 2007.

9 Asamblea General, Resolución 17/4 de junio de 2011. “En realidad, los PR no fueron concebidos como un documento estático, que los Estados debían adoptar y que luego debía esperar que impusieran a las empresas. En lugar de eso, fueron diseñados para generar una nueva dinámica regulatoria, diferente, en la que los sistemas de gobernanza públicos y privados, fueran empresariales o civiles, pudieran aportar cada uno algo con un valor diferenciado, compensar las debilidades del otro y reforzarse mutuamente. De allí debería surgir un régimen global más integral y efectivo, con medidas jurídicas específicas. La imagen espacial que incorporan los PR es la de un ecosistema regulatorio, no la de una jerarquía”, RUGGIE, J., “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *op. cit.*

internacional y del constitucionalismo hacia ámbitos propios del Derecho privado, el mercado y las corporaciones que constituyen verdaderos poderes que, en muchos casos, suponen auténticos desafíos para la vigencia de los derechos humanos en todo el mundo.

1.2 La noción de derecho básico

Junto a la noción de derecho moral encontramos la de derecho básico. Muchos de los derechos que se recogen hoy en los textos constitucionales calificarían como derechos básicos en la estructura extrapositiva que propone Shue. Otros, sin lugar a dudas, no lograrían pasar este test estructural¹⁰.

Shue ha seleccionado especialmente dos derechos que serían derechos superiores, pero al mismo tiempo, básicos: seguridad y subsistencia¹¹. Superiores porque, en el balance eventual (hoy todo se suele llevar a una balanza imaginaria), estos derechos serían imponderables o mejor, tendrían siempre que salir vencedores en cualquier ponderación. Y básicos, por cuanto están en la base de otros derechos y los sostienen o fundamentan. Shue considera que sin seguridad y sin un mínimo de condiciones de subsistencia, ya no tendrían sentido o carácter práctico todos los demás derechos. La propia dignidad solo es posible bajo condiciones adecuadas de vida en las que las amenazas a la seguridad o la vida estén ausentes. Seguridad y vida son así solo dos dimensiones de un mismo estatus posible de dignidad.

Por ejemplo, una situación de hambruna constituye una amenaza latente a la seguridad; así también una guerra siempre pone en riesgo la subsistencia. El derecho a tener asegurado un mínimo de alimentos y el derecho a tener un mínimo de seguridad no están tan distanciados como pudiera pensarse a primera vista. Por ello, si se tuviera que reducir a un solo derecho la condición de *básico*, es probable que este tenga que ser el de *seguridad*. Seguridad frente a los bandoleros del estado de naturaleza, seguridad de que mañana podremos llevarnos un alimento a la boca, seguridad de que una pandilla no nos impedirá regresar a casa del trabajo, seguridad de que una catástrofe no acabará con nuestras reservas de alimentos, seguridad, en fin, de que un virus como el COVID-19 no acabará con nuestras vidas por falta de oxígeno¹², etc.

10 Pensemos, por ejemplo, en el derecho a portar armas que aparece en una de las primeras enmiendas de la Constitución norteamericana, o el derecho más antiguo, el de propiedad.

11 SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign policy*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, pp. 13 y ss.

12 Me refiero aquí al drama que pasan muchas familias peruanas en los días en que escribo este artículo.

Ahora bien, un problema en el que también existe discusión, es cuánto de lo básico es exigible como impostergable y, por tanto, en forma obligatoria. Quizás aquí el ejercicio convenga hacerlo con un *derecho básico* como el de subsistencia. ¿Cuánto es lo mínimo razonable que todo ser humano puede exigir porque es lo debido? Por ejemplo, ¿cuán pobre o cuál debiera ser el estado de discapacidad, para exigir un mínimo existencial? Algunas legislaciones suelen cuantificar el derecho a un “mínimo vital”¹³. Esta es, sin embargo, una estrategia que puede resultar engañosa, en la medida que no todos tienen las mismas prioridades, incluso cuando su nivel de pobreza pudiera ser cuantificable.

Por ello, la estrategia de Shue, también en este punto, resulta innovadora, en la medida que conecta la propia subsistencia con los demás derechos: lo mínimo será lo que hace posible el disfrute de otros derechos¹⁴. Nadie puede decir que disfruta de los derechos que supuestamente están protegidos por la sociedad si es que carece de los elementos esenciales para una vida razonablemente sana y activa. Gracias a las conexiones que se pueden (deben) establecer entre los derechos básicos, la estrategia de Shue propone como derechos básicos de subsistencia, un conjunto de derechos que de otro modo difícilmente contarían como tales: “aire y agua no contaminados, una adecuada alimentación, vesti-

Un sistema de salud pública absolutamente ineficiente que deja en manos del mercado elementos básicos de la seguridad en salud como el oxígeno, ha generado cientos de muertes en la pandemia del COVID-19 en el Perú. “Tuvimos que vender casi todas nuestras cosas porque mi mamá comenzó a necesitar oxígeno todo el tiempo. No le podíamos quitar el oxígeno y aquí era casi imposible conseguirlo”, así relata el drama de su familia Fiorella Sorroza, para un reporte de la BBC News mundo: MILLÁN VALENCIA, A., “Coronavirus en Perú | La escasez de oxígeno por el covid-19 que puso en alerta al gobierno”, *BBC News Mundo*, 12 de junio de 2020. Cfr. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53025355>

13 INDACOCHEA, Ú., “El derecho al mínimo vital. Un análisis de su posible fundamentación como derecho humano”. GRÁNDEZ, P. (ed.), *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 259-284.

14 En este punto, la estrategia argumentativa de Shue parece asemejarse a la que también ha desarrollado con gran vigor en los últimos años Luigi Ferrajoli, desde luego, con otra base conceptual y filosófica. El punto de encuentro dice Ferrajoli entre derechos de libertad y los derechos sociales, está en su carácter universal del principio de igualdad. Según argumenta, “[...] la igualdad jurídica, en palabras del art.1 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, consiste en la «égalité en droits», obviamente «en droits fondamentaux», esto es, en los derechos fundamentales, sean éstos individuales o sociales. No es otra cosa que, en otras palabras, el universalismo de los derechos fundamentales; entendiendo por universalismo no ciertamente, como se sostiene a veces, el consenso universal tributado a éstos, sino el hecho de que los mismos, desde los derechos de libertad a los derechos sociales – contrariamente a los derechos patrimoniales, sobre los que se funda en cambio la desigualdad jurídica – corresponden igual y universalmente a todos. Cfr. Ferrajoli, L. “la Igualdad y sus garantías”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, AFDUAM n.º 13, 2009. P. 313

do y alojamiento, y un mínimo de asistencia médica preventiva”¹⁵, forman parte de este mínimo indispensable sin los cuales los demás derechos resultan promesas irrealizables¹⁶.

Lo que resulta de estas consideraciones no es una lista cerrada de derechos sino más bien un contexto, un espacio para exigencias razonables. En cada caso, el mínimo exigible de subsistencia debe ser evaluado sobre la base del contexto, los actores y los demás elementos que confluyen en su apreciación de forma inevitable (objetiva y subjetiva). Razonabilidad es aquí, de nuevo, una palabra que, aunque genere siempre algún escepticismo por su imprecisión, sin embargo, resulta irremplazable¹⁷. Esta línea de razonamiento es cercana en sus resultados a lo que propone la doctrina alemana con relación al mínimo existencial, distinguiendo un mínimo, biológico o fisiológico, que consistiría en lo indispensable para no morir, y, de otro lado, un mínimo de autonomía social, denominado “mínimo existencial sociocultural”, que alude a un mínimo de interacción humana, un denominado “mínimo de inserción” en la vida social, cultural, o política, sin lo cual en realidad no hablaríamos de un mínimo de dignidad¹⁸.

1.3 La efectividad de la protección de derechos básicos en contextos de vulnerabilidad

Las nociones de derecho moral y derecho básico toman una especial relevancia cuando se trata de la protección de derechos que se encuentran enmarcados en contextos de vulnerabilidad. Justamente la idea de contexto referida al final del apartado anterior, es la que permite cambiar la perspectiva de cómo afrontar el problema de la efectividad de los derechos de quienes más necesitan de protec-

15 PAYNE, M., “Henry Shue on Basic Rights”, *Essays in Philosophy* 9, n.º 2, 2008, artículo 5.

16 Por ejemplo, ¿qué sentido tiene el derecho a una educación de calidad si es que un niño no está adecuadamente alimentado? Lo más probable es que no pueda asimilar los conocimientos o no resista siquiera el horario impuesto si es que no ha consumido las calorías mínimas necesarias.

17 Como ha sostenido MacCormick, la razonabilidad no es un concepto descriptivo sino evaluativo y, en esa medida, sujeta a la relatividad propia de nuestras evaluaciones, sin embargo, el sufrimiento, las angustias humanas y la exclusión de derechos, hacen referencia a situaciones concretas en el que nuestra subjetividad queda en buena medida supeditada a “constataciones” empíricas. (cfr. MacCormick, N. *Retórica y Estado de Derecho*, trad. de Angel Gascón, Ed. Palestra, Lima, 2015).

18 Cfr. SARLET, I., “Dignidad (de la persona) humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos”, AA. VV., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Derechos humanos, tomo V, vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2015.

ción. Al respecto, autores como Prieto Sanchís han avanzado en una línea de razonamiento que bien valdría la pena profundizar¹⁹. Se trata del enfoque interseccional que vincula el tema de las minorías con problemas como el de la pobreza. El planteamiento es el siguiente:

[...] un grupo diferenciado por su pertenencia étnica o por su religión puede sufrir además discriminación socioeconómica y ocupar los escalones más bajos de la pirámide social, y bien pudiéramos llamar a estos grupos “las minorías de las minorías”; tal es el caso de los emigrantes africanos en Europa, de los chicanos en Estados Unidos, etc. Las minorías socioeconómicas, tanto si coinciden con las minorías culturales como si no lo hacen, plantean un problema de igualdad de hecho o sustancial, o también de discriminación inversa. Esto es, se trata de decidir si el rasgo o elemento que da vida a la minoría (edad, enfermedad, pobreza) constituye una de aquellas desigualdades fácticas parciales que autorizan una diferenciación normativa —un trato desigual en sentido estricto— tendente u orientada precisamente a la eliminación de dicha desigualdad fáctica²⁰.

Esta es la situación de las minorías culturales originarias de América, convertidas en tales a consecuencia de un sistema de dominación como fue la colonia. Se trata, como bien escribe Prieto, de las “minorías entre las minorías”, minorías diezmadas durante la colonia, y que el Estado constitucional tiene el deber moral (en correspondencia al derecho moral) de reivindicar e impedir que sean eliminadas por completo. Este riesgo sería producto de las nuevas formas, incluso más letales que la propia colonia, como el extractivismo sin reglas, sobre todo de las grandes empresas transnacionales, que invaden territorios y destruyen la convivencia pacífica de las comunidades que han resistido hasta ahora. Este es el desafío mayor de los Estados constitucionales de América Latina. El desencuentro histórico entre Estado de Derecho y comunidades puede hallar en este punto la posibilidad de su reencuentro, en la medida que el modelo constitucional sea capaz de proteger a las comunidades en su resistencia cultural, lingüística y económica²¹.

El reconocimiento de su vulnerabilidad histórica, como grupos, primero dominados, luego explotados y excluidos en sus derechos básicos, compromete una

19 PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 5, 1995, pp. 111-143; *Id.*, “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, n.º 15-16, 1994, pp. 367-387.

20 PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *ob. cit.*, p. 140.

21 GRÁNDEZ, P., “La Constitución que emerge: las voces acalladas de las comunidades originarias en el discurso constitucional peruano de comienzos del siglo XXI”, *DPCE Online* 37, n.º 4, 2019.

agenda social que pasa, necesariamente, por intervenciones normativas que, reconociendo la facticidad histórica de su exclusión, sea capaz de articular estrategias normativas para garantizar su condición de grupos vulnerables. No solo el reconocimiento de sus territorios que sigue costando lograr en la agenda interamericana²². Incluso el reconocimiento de las lenguas originarias y su debida protección es muy reciente²³.

El concepto de *vulnerabilidad*, incluso asumiendo los problemas similares al de minorías en cuanto a su ambigüedad, permite sin embargo, focalizar mejor el problema. Sobre todo si asumimos la reconstrucción que recientemente ha propuesto Susanna Pozzolo. Conforme a dicha reconstrucción, se trata de superar la dicotomía “autonomía-vulnerabilidad”, para ubicar la vulnerabilidad en un determinado contexto que es siempre cambiante y dinámico. Como anota Pozzolo, “[e]stos contextos son constituidos por, y a su vez constituyen, una red de relaciones que ‘afectan’ en distinta medida a las personas, porque su configuración y control queda en gran parte fuera de las posibilidades de incidencia real de los particulares. Incluso los colectivos no logran determinar el entorno completamente”²⁴.

De este modo, antes que personas o grupos vulnerables, conviene más bien hablar de *situaciones o contextos* que hacen vulnerables a cualquier persona o grupo. El cambio de perspectiva logra visibilizar, por otro lado, el rol de la sociedad y del Estado en la superación de estas dificultades. Pozzolo se refiere así a una “autonomía relacional”, que permite conjugar autonomía y vulnerabilidad, al posibilitar una mirada a los “confines de la autonomía y la vulnerabilidad en su relación recíproca”²⁵.

Mirar el contexto para fortalecer las capacidades y las autonomías aun cuando sigue siendo una apuesta liberal, llama la atención de la comunidad y del Estado a la hora de establecer la agenda de las políticas públicas para fortalecer las

22 El estado de la cuestión puede consultarse en este documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009. Original: Español, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

23 GRÁNDEZ, P., “Por un constitucionalismo igualitario. Las minorías en la obra de Luis Prieto Sanchis”, IBÁÑEZ, P. A., GRÁNDEZ, P., MARCIANI, B., POZZOLO, S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchis*, Palestra, Lima, 2020, p. 5.

24 POZZOLO, S., “¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 51, 2019, p. 5.

25 *Ibidem*.

autonomías (personales o comunitarias, diremos nosotros). Por otro lado, mirando el contexto, el concepto de vulnerabilidad permite una mejor orientación de las garantías reforzadas por parte del Estado. Como lo ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”²⁶. Lo que supone que los Estados deben adecuar la protección de los derechos a “las exigencias que en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”²⁷.

En esta dirección, la vulnerabilidad ha sido sugerida como criterio para el análisis de la responsabilidad de los Estados por la Corte, no solo para el caso de las comunidades originarias, que se encuentran en una situación de marginación histórica sino para toda clase de minorías cuyas condiciones, ya sea por el contexto en que se encuentren o por sus especiales condiciones personales o de grupo, requieren de la actuación del Estado para actuar en el marco de sus obligaciones internacionales. Como se ha recordado, citando a la jurisprudencia de la Corte:

[l]a discriminación estructural o histórica contra la mujer²⁸, el trato desfavorable hacia las minorías sexuales²⁹, el desprecio de la identidad cultural múltiple de los habitantes o el riesgo estructural de algunos miembros de la población civil (los defensores de derechos humanos)³⁰, son algunos de los ejemplos más recurrentes de incapacidad de los sistemas estatales, donde la Corte IDH ha impuesto severas reformas³¹.

26 Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006, § 103.

27 *Ibidem*.

28 Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009.

29 Caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012, párrs. 91-92.

30 Caso *Comunidad de Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de junio de 2005, párrs. 99-100; Caso *Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, párr. 51; Caso *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, párrs. 59-60, 89, 95; Caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2008, párr. 87; Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2010, párr. 1.

31 ESTUPIÑAN, R., “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Muchos de los grupos que, por su situación de vulnerabilidad, exigen un tratamiento diferenciado de las políticas públicas y normativas, no solo para compensar su situación de desventaja, sino para fortalecer su autonomía, son a su vez, como lo ha hecho notar Luis Prieto, “minorías socioeconómicas”³². Se trata de grupos que, a diferencia de las minorías tradicionales, religiosas, culturales o disidentes en general, para quienes el liberalismo ensayó como posibilidad de convivencia la “tolerancia” a sus creencias, prácticas y/o maneras de ser, en el caso de las minorías pobres en cambio, como bien lo ha sugerido Prieto, parece que lo que corresponde es más bien mostrarse “intolerante”, en la medida que “no se debe ser tolerante con el hambre y la miseria”³³.

De este modo, si “[l]a igualdad de hecho constituye una dimensión de la igualdad a secas y se alimenta de los mismos valores de dignidad y autonomía que constituyen el fundamento de los derechos básicos”³⁴, entonces, todas las medidas y acciones para lograr su concreción deben ser instrumentalizadas a través del Derecho. El mandato de igualdad es la apuesta más ambiciosa del Estado constitucional, y las interferencias y recodos para alcanzarlo son diversos. Las minorías expresan, por un lado, la aspiración de una sociedad plural, y, por el otro, postergación, exclusión y dominación. La combinación de las variables *pobreza y minoría*, esclarecida en forma adecuada con los enfoques contextuales o situacionales de la vulnerabilidad, ayudan a comprender los desafíos del Estado constitucional.

2. Exigencias positivas y negativas de los derechos básicos en un caso particular: el contexto de vulnerabilidad generado por la pobreza

La estructura conceptual de los derechos morales y básicos, así como el enfoque contextual de la vulnerabilidad, debe ahora servirnos para analizar las exigencias que surgen de las instituciones y personas frente a un caso particular que —si bien ya mencionamos— ahora nos puede ayudar a retratar el tema con mayor claridad: el problema de la pobreza. En este punto resultará de especial importancia la convergencia entre las obligaciones negativas y positivas frente a los derechos.

Humanos: esbozo de una tipología”. BOURGORGUE-LARSEN, L. (coord.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Edo-Serveis, Barcelona, 2014, pp. 203-204.

32 PRIETO SANCHÍS, L., “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *ob. cit.*

33 *Ibid.*, p. 140.

34 *Ibid.*, p. 148.

2.1 El contexto de la pobreza y la vulnerabilidad en la exigencia de los derechos

Aun cuando no es fácil establecer un concepto que capte en toda su dimensión el significado del ser pobre, podemos convenir en que se trata de una situación que coloca en un estado de indefensión permanente al ser humano, debido fundamentalmente a carencias materiales básicas para subsistir. Un estatus de vulnerabilidad permanente no elegido, sino en muchos casos impuesto por una situación estructural³⁵. La pobreza no es una extensión residual del mercado de las oportunidades como nos sugieren a veces algunos economistas, sino una situación mantenida por un sistema estructural de injusticias y desigualdades que se solapan con las propias declaraciones de derechos en los textos legales y constitucionales.

Por ello, cuando se discute sobre este tema resulta necesario primero tomar conciencia de la dimensión del problema. Muchas veces no basta con que los derechos se reconozcan positivamente si no se tiene suficiente empatía con ellos, es decir, si no somos capaces de sensibilizarnos de su importancia³⁶. Algo de esto pasa con la pobreza y el discurso de los derechos. Se trata, primero de asumir sin vacilaciones que la pobreza constituye una seria violación permanente de los derechos fundamentales y una afrenta a la dignidad humana, para luego, plantearnos con toda honestidad si es posible, desde el Derecho, cambiar o mover las estructuras sociales que permiten que estos niveles de injusticia se mantengan.

Esto porque, en América Latina, durante mucho tiempo los diagnósticos más simples e intuitivos sobre el problema de la pobreza y la exclusión han terminado fuera de la órbita del Derecho. No obstante, en los últimos años, luego de múltiples ensayos y fracasos en esa dirección, las miradas han vuelto al Derecho. La caída de las dictaduras ha abierto las puertas para las promesas del constitucionalismo de los derechos. La condición es, en todo caso, que el constitucionalismo vuelva su mirada a los más vulnerables, esto es, que los reclamos de los pobres tengan asidero en el programa del Estado constitucional.

Se trata ahora de leer comprometidamente las promesas de la Constitución. La pregunta es si pueden removerse las estructuras de la exclusión a partir del discurso y la práctica de los derechos. Las constituciones prometen muchas cosas, y sus mensajes más profundos no siempre se encuentran

35 PARRA, Ó., "Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional", *Revista IIDH*, n.º 56, 2012, pp. 274-320.

36 HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, op. cit.

en el texto expreso y en las lecturas obvias. A veces hay que hurgar con cierta insistencia y mucha creatividad en busca de respuestas. En esta dirección, lo que ha cambiado en las últimas décadas es nuestra comprensión sobre la democracia, que ya no se reduce hoy a la garantía de la propiedad, el voto y los procedimientos parlamentarios.

Una parte importante de las promesas constitucionales se han podido concretar a través de las actuaciones de los jueces, siendo así la práctica judicial un lugar para la posibilidad de lograr enormes triunfos a favor de los derechos. Se trata de un cambio auspicioso de actitud y compromisos. El constitucionalismo de los derechos ha dejado, de este modo, abierta las posibilidades de nuevas lecturas de la Constitución³⁷. Un constitucionalismo que asume como punto de partida ético a la dignidad de la persona, el mismo que dotado de un carácter normativo, deja de ser solo un elemento retórico y se convierte en un principio-derecho exigible y en el fundamento de los derechos fundamentales.

Si asumimos el constitucionalismo en serio, la pobreza debería verse como la ofensa más denigrante a la dignidad³⁸, porque rebaja la condición de ser humano convirtiendo a las personas en mendigos. Antes que titulares de derechos, se convierten en destinatarios de promesas y medios para la realización de políticas asistenciales que degradan su condición de seres libres e iguales en dignidad. Incapaces de forjarse un destino en libertad, los pobres parecen arrinconados a aceptar como dádivas de misericordia los vasos de leche³⁹ que derrama la abundancia del programa neoliberal. Como quiera que el plantear una crítica racional a estas políticas que instrumentalizan al ser humano, atacando su dignidad y su libertad, es visto como “políticamente incorrecto”, no hay quien salga al frente del debate, quizá también debido a que el asistencialismo ha generado sus propios “liderazgos” en la casta política que utiliza a la pobreza y a la exclusión como armas de captación de votos.

A partir de comprender la dimensión del problema, muchas son las alternativas para el combate de la pobreza. No obstante, de todas esas opciones, en América Latina poco fueron exploradas las posibilidades de las acciones o demandas judiciales. A veces, olvidamos que el constitucionalismo, a la par que ha procla-

37 PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017.

38 POGGE, T., “Dignidad y justicia global”, *Diánoia* 56, n.º 67, 2011, pp. 3-12.

39 En alusión al Programa social Vaso de Leche, ejecutado por el gobierno peruano a fin de ofrecer una ración diaria de alimentos a una población considerada vulnerable, con el propósito de ayudarla a superar la inseguridad alimentaria en la que se encuentra.

mado derechos de todos frente a todos, también ha empoderado a los jueces para su eficaz defensa⁴⁰. El constitucionalismo de los derechos confía en los jueces, espera que las promesas de la Constitución puedan hacerse realidad gracias a la acción de la justicia y, en consecuencia, la lucha contra la exclusión por razones de pobreza debería encontrar en la acción de la justicia un importante campo para la protección de los más pobres.

Por ejemplo en el Perú, el camino de la lucha judicial contra la pobreza lo señaló el Tribunal Constitucional en los primeros años de la transición democrática. Una sentencia emblemática es la del caso Mesa García⁴¹, en donde la recurrente, una paciente con VIH/SIDA, presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud (MINSA) para que se le brinde atención médica integral, pues manifestaba su imposibilidad material de asumir los costosos tratamientos que requería su enfermedad. La pobreza aquí se expresa como imposibilidad de acceder a servicios de salud. La procuradora pública del MINSA reconoció la existencia de la obligación de satisfacer la dignidad y los derechos fundamentales a la vida y a la salud, pero negó que sea el Estado el que en todos los supuestos deba asumir tal obligación.

Resulta sintomática la respuesta que desde la administración del Estado se da al problema. Al no aceptar que el MINSA ostenta la posición de garante del derecho a la vida y a la salud, se evidencia un problema en la propia organización del sistema estatal. Una vez presentada la demanda, el problema se trasladó al campo jurisdiccional, desde donde se pudo institucionalizar discursos de tutela efectiva de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional asumió el reto con una respuesta comprometida con la vigencia de la Constitución en su conjunto, aunque tardía, pues la recurrente falleció unas semanas antes que el Tribunal se pronunciara favorablemente.

La sentencia es una muestra de la labor que desde la jurisdicción constitucional se puede desempeñar para la vigencia de todos los derechos fundamentales, aun de aquellos que exigen una actuación positiva del Estado. Mediante esta sentencia, se descarta la conservadora exclusión de los derechos sociales como derechos programáticos, para asumir un nuevo paradigma: los derechos sociales “representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena

40 ROA, J., “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Abril, Research Paper n.º 11, 2020.

41 Exp. 02945-2003-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 20 de abril de 2004.

autodeterminación”⁴². Se reafirma así la real dimensión del principio de dignidad, que impregna a todos los derechos por igual, ordenando su máxima eficacia.

El mandato concreto de esta sentencia no solo se remite a exigir a la administración estatal el asumir la obligación de brindar atención médica integral a la demandante, sino que responde al clásico alegato de la falta de partida presupuestal para realizar tal mandato. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que este argumento no puede invocarse, menos aun cuando la realidad política demuestra que la corrupción en el uso de los recursos públicos incide gravemente en la atención de los derechos que demandan obligaciones del Estado; por lo que, sin afectar mayores recursos, los mismos pueden destinarse a dar prioridad en la atención de casos urgentes y graves como el del caso. En esta línea, el nivel de exigencia al Estado depende de su actuación encaminada a satisfacer los derechos fundamentales, pues “tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión” —énfasis agregado—⁴³.

Otro ejemplo, mucho más reciente, de la enorme importancia que tienen los jueces en la lucha contra la pobreza, lo encontramos en el caso Cieza Fernández⁴⁴. En este caso, dos hermanas recurrieron a la tutela constitucional debido a que la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) les había denegado la posibilidad de seguir estudios secundarios en la escuela más cercana a su comunidad ubicada en Utcubamba, Amazonas. Ello debido a que ambas eran mayores de edad, y dada la regulación en materia de educación, ellas debían continuar sus estudios en un centro de educación básica alternativa (CEBA). El problema, no obstante, era que el CEBA más cercano a donde ellas residían, se encontraba a cuatro horas de distancia (dos de caminata y dos en automóvil) y solo brindaba clases nocturnas. Por tal motivo, ellas solicitaban que se les permita estudiar en un instituto educativo regular, ubicado a hora y media del caserío donde vivían, puesto que era el más cercano y sí ofrecía clases durante el día.

Al analizar el caso, el Tribunal Constitucional consideró que no solo se vulneró el derecho a la educación de las hermanas Cieza Fernández, sino que, además, el caso exponía un estado de cosas inconstitucional en torno a la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas de extrema pobreza del ámbito rural. En tal sentido, verificó que “el caso individual de las demandantes e[ra] uno que re-

42 Exp. 02945-2003-AA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 10.

43 Exp. 02945-2003-AA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 39.

44 Exp. 00853-2015-PA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 14 de marzo de 2017.

presenta en idénticas circunstancias a miles de peruanos que, por vivir en zonas rurales de nuestro país y encontrarse en situación de pobreza extrema, no tienen acceso, en condiciones de igualdad, a la educación [...]”⁴⁵

Nuevamente, presentando un argumento contra la tesis de la progresividad de los derechos sociales, los magistrados señalaron que si bien “la disponibilidad y accesibilidad a la educación de las personas pobres del ámbito rural se encuentra dentro de una política pública de ejecución progresiva, [...] no puede contener una ejecución *sine die* (sin plazo y sin fecha)”⁴⁶. Por tal motivo, y debido a que “las personas de extrema pobreza del ámbito rural están expuestas a condiciones que fomentan su vulnerabilidad” el Tribunal consideró necesario ordenar al Ministerio de Educación una serie de medidas para revertir esta situación, como “diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años [28 de julio de 2021] vencería”⁴⁷.

Ambos casos si bien no constituyen acciones judiciales que destruyen estructuras de exclusión —aunque el segundo expresa un intento mayor que el primero—, muestran que, también en nuestro sistemas jurídicos, los jueces pueden lograr cosas y situaciones que no son posibles a través de las deliberaciones del Parlamento. El otro aspecto que merece la pena resaltar a partir de estos casos es el enorme poder transformador de situaciones de vulnerabilidad que encarna hoy en día la jurisdicción. Constatada la injerencia de la pobreza en la plena realización de los derechos y las vías que ofrece el Derecho, toca identificar los retos que desde este pueden asumirse. El compromiso en la eliminación de situaciones de pobreza va de la mano con la toma de conciencia de los efectos que pueden conseguirse desde las situaciones en que nos encontremos. Se requieren personas conscientes de sus derechos, poderes y situaciones, para asumir roles activos en la construcción de un Estado de justicia, con una Constitución normativa integradora, que exige su interpretación y que le impone el reto a todos los titulares de los derechos que reconoce.

2.2 Los derechos no son solamente cuestiones de los gobiernos: las exigencias positivas y negativas en la lucha contra la pobreza

La doble dimensión de los derechos que se expresan como obligaciones de no interferencia, pero también como expresión de la libertad positiva para realizar

45 Exp. 00853-2015-PA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 65.

46 Exp. 00853-2015-PA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 73.

47 Exp. 00853-2015-PA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 75.

uno mismo su libertad como “su propio amo” en la célebre expresión de Berlin⁴⁸, parece que ha estado de alguna forma siempre presente. Los derechos para ser tales, deben ser capaces de imponer no solo obligaciones de abstención, sino también acciones positivas.

Es la misma proyección de la libertad positiva y negativa a la que se refería Isaiah Berlin, aunque proyectada hacia los demás⁴⁹. Pensemos en el derecho a la libertad de expresión. Este derecho paradigmático en una democracia plural solo tiene sentido si se puede garantizar que exista, junto a la obligación de no impedir la difusión de las expresiones y discursos, también la garantía social de que existan diversidad de opiniones. Entonces no hay garantía social de la libertad de expresión si no está garantizada la variedad de opiniones circulando en un determinado contexto. Eso solo será posible si hay acciones encaminadas a promover que surjan distintos medios que difundan una variedad de ideas.

Si los derechos solo fueran capaces de imponer obligaciones negativas de no interferencia, sería muy difícil sostener que tenemos compromisos por disminuir o impedir las catástrofes de la desigualdad y el hambre en el mundo. ¿Cuánto y en qué medida estamos comprometidos con esto? Esta es, en todo caso, la cuestión a determinar. Shue señala que “[...] todo lo que a veces es necesario hacer es proteger a las personas cuya subsistencia está seriamente amenazada por individuos e instituciones que generan este daño ya sea de forma intencionada o no”⁵⁰. Por ello, a veces no haría falta una concreta acción, sino más bien, el solo hecho de no seguir actuando como lo venimos haciendo o tomar conciencia que nuestras acciones están causando daño. Por lo tanto, un derecho “positivizado” conlleva un deber correlativo de evitar privar a otros de su único medio de subsistencia disponible, así como el deber de ayudar a los necesitados.

Shue argumenta que todos los derechos fundamentales (y quizás todos los derechos morales) tienen un conjunto de tres deberes correlativos: (i) deber de no privar; (ii) deber de proteger de la privación; y, (iii) deber de ayudar a los necesitados. De este modo, la dicotomía “negativo-positivo” desaparece para poner en evidencia que tener un derecho supone siempre compromisos de acción. En efec-

48 BERLIN, I., HARDY, H., *El fuste torcido de la humanidad*, Península, Madrid, 2002, p. 190.

49 Un concepto de libertad en ese sentido se asemeja más a la noción de libertad social desarrollada por Axel Honneth, quien toma como base el desarrollo teórico hegeliano al respecto. Esta forma de libertad busca influir en la transformación de las instituciones sociales que se convierten en una forma de condición de posibilidad para el despliegue pleno de la libertad: HONNETH, A., *El derecho de la libertad*, Katz Editores, Madrid, 2014.

50 SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign policy*, *ob. cit.*, p. 40.

to, la protección de las garantías sociales es la base para el rechazo de Shue a la dicotomía negativo-positivo en la teoría de los derechos: el aspecto “positivo” de un derecho fundamental a la seguridad física se deriva de la necesidad de protección, y se requiere protección para evitar la privación de la propia subsistencia. Sin protección, el derecho fundamental a la seguridad física sería un derecho desnudo “negativo” con solo deberes correlativos para no privar a una persona de la seguridad física. En resumen, solo un derecho positivo incluiría una obligación correlativa para proporcionar ayuda y protección real frente a su violación.

De este modo, para Shue, el disfrute real de los derechos no se cumple con cargas solo negativas. Las personas tienen derecho a la protección de sus derechos y la protección conduce a un rechazo de la dicotomía entre derechos negativos y positivos. Pero su argumento en contra de la dicotomía supone que las garantías sociales son parte del sentido corriente del concepto de un derecho moral.

Sobre la base de un concepto racional de derecho fundamental, Shue cree finalmente que nuestras obligaciones con los más desfavorecidos no se cierran solo con obligaciones de tipo negativo⁵¹. Tenemos la obligación moral y hay buenas razones para obligarnos a combatir y reducir la pobreza en el mundo. Aunque las ideas no aparecen con claridad sobre la forma en que esto ocurriría, Shue coincide en este punto otorgando un valor central a las instituciones.

Si tenemos derechos, tienen que existir instituciones o —mejor aún puede afirmarse que— existe un derecho universal a tener instituciones que ayuden a diseñar una estrategia de compromisos globales. Los derechos son límites a las fuerzas políticas y económicas, y estas no pueden imponer su “lógica” para generar hambre o exclusión de unos en beneficio del placer y abundancia para otros. Para Shue, toda sociedad y/o Estado que no puede garantizar la integridad física de la mujer y/o los niños —dentro y fuera del hogar— tiene un problema fundamental que viola los derechos humanos básicos de seguridad personal⁵². Se trataría de un caso de violación estructural de derechos que debiera convocar esfuerzos de todo tipo para aliviar y eliminar estos defectos.

Aun cuando no haya trazado una estrategia puntual para combatir la pobreza en el mundo, la filosofía de Shue ha puesto las columnas del pensamiento que debe llevarnos hacia ello. Sin duda, una primera idea potente en el trabajo de Shue es que la garantía “sustancial” de los derechos básicos está en el disfrute efectivo y su garantía social supone un compromiso que atañe a todos. Este es un punto

51 SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign policy*, *ob. cit.*, pp. 36 y ss.

52 PAYNE, M., “Henry Shue on Basic Rights”, *Essays in Philosophy* 9, n.º 2, 2008, artículo 5.

crucial. Los derechos no son cuestiones de los gobiernos solamente: hay un conjunto de prácticas —y a veces de falta empatía social⁵³— que impiden ver el problema. Esta es una piedra angular en la construcción de responsabilidades éticas frente al problema.

Muchas veces ocurre que los compromisos contra la pobreza y a favor de solventar los derechos básicos de todos se ahuyentan con argumentos utilitaristas, asumiendo que la enormidad de la pobreza y las carencias serían tan imposibles de saciar que toda lucha estaría destinada al fracaso. Sin embargo, esta visión de frustración puede ser menguada desde el comienzo si se reconoce: que (i) lo que es básico para unos no es necesariamente básico para otros; y, (ii) que, con frecuencia, el acceso a los derechos básicos no siempre supone un desprendimiento material, como ocurre por ejemplo con el acceso a derechos a decidir sobre su propio cuerpo en el caso del aborto y las imposiciones a las mujeres de asumir las cargas del embarazo o la libre unión de personas del mismo sexo.

Como ha argumentado Marcelo Alegre, la fuerza moral a favor de un derecho se incrementa cuando no exige sacrificios extremos de los demás, al tiempo que el desvalor moral de la resistencia o de la violación que supone el mantener determinadas actitudes o comportamientos, decae aún más en este mismo escenario⁵⁴. El mismo caso de la pobreza extrema, quizá optimizando mecanismos de distribución, no supone más que una suma de comportamientos más solidarios. Piénsese, por ejemplo, en los problemas con el agua que muchas veces supone una cultura de hábitos diferentes, hábitos solidarios. Dejar de promover la guerra podría seguramente aminorar significativamente el padecimiento de mucha gente. Quizá es solo cuestión de asumir nuevos compromisos y comportamientos más acordes con un catálogo básico de derechos de todos y, sobre todo, motivar una actitud de compromiso empático respecto de las carencias de los demás.

Muchas veces, los problemas de los derechos básicos y su relación con la vulnerabilidad y la pobreza en el mundo, se esconden detrás de actitudes pesimistas que son una forma de renunciar a los compromisos éticos que conllevan. Todos los seres humanos somos seres racionales y es sobre nuestra racionalidad que se construyen también nuestras obligaciones. No se trata de obligaciones que no podemos asumir. Como recuerda Shue, asumir que tenemos derechos, supone que podemos exigirlos. Si nuestros derechos descansan en una exigencia razonable frente a otros, entonces el Derecho tiene un cometido institucional que cumplir.

53 HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2010.

54 ALEGRE, M., “Pobreza, Igualdad, y derechos humanos”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* 6, n.º 1, 2005, pp. 175-198.

El Derecho puede convertir en coactivo aquello que solo está acompañado de buenas razones, es decir, que podemos asumir como *carga razonable*.

El primer compromiso es, desde luego, revisar nuestras estructuras institucionales, de modo que ellas no generen, por el solo hecho de su implementación, desajustes o procedimientos que dañen o permitan la vulneración de los derechos. La perspectiva institucional de la organización global se basa en acuerdos que se concretan a través de pactos, normas, convenios. En esta línea, los argumentos de Pogge son valiosos también, pues todo podría estructurarse de otra manera si pensamos en que la estructura actual está aumentando la pobreza y la violencia en el mundo⁵⁵.

Los derechos básicos de los más vulnerables nos obligan, no a ser compasivos y/o caritativos, sino a desmontar nuestras estructuras legales actuales y a revisar también nuestros comportamientos frente a los que no pueden valerse por sus propios medios. Pensar primero en los más vulnerables porque las razones son mayores a favor de ellos. Si concebimos los derechos como argumentos a favor de ciertas acciones, sin duda el hambre, la falta de educación, o el precario acceso a la salud constituyen violaciones indefendibles para quedarnos con los brazos cruzados; no hay ninguna razón que avale un comportamiento de esta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE, M., “Pobreza, Igualdad, y derechos humanos”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* 6, n.º 1, 2005, pp. 175-198.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.

BERLIN, I., HARDY, H., *El fuste torcido de la humanidad*, Península, Madrid, 2002.

ESTUPIÑAN, R., “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”. BOURGORGUE-LARSEN, L. (coord.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Edo-Serveis, Barcelona, 2014.

FERRAJOLI, L. “Por un constitucionalismo de Derecho Privado”, conferen-

55 POGGE, T., *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge, 2008.

cia presentada en el congreso *Riflessioni sul diritto privato futuro*, realizado en la Università di Camerino los días 23 y 24 de octubre, 2003.

FERRAJOLI, L. “la Igualdad y sus garantías”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, AFDUAM n.º 13, 2009

FERRAJOLI, L., *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho Privado*, Palestra, Lima, 2018.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales*, n.º 15, 2006, pp. 113-136.

FERRAJOLI, L., *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, Trotta, Madrid, 2016.

GILBERT, M., *Rights and demands. A foundational inquiry*, Oxford University Press, Londres, 2018.

GRÁNDEZ, P., “La Constitución que emerge: las voces acalladas de las comunidades originarias en el discurso constitucional peruano de comienzos del siglo XXI”, *DPCE Online* 37, n.º 4, 2019.

GRÁNDEZ, P., “Nota Preliminar: El constitucionalismo frente a los desafíos de la pobreza”, GRÁNDEZ, P. (ed.), *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, pp. 11-16. Palestra, Lima, 2011.

GRÁNDEZ, P., “Nota preliminar”, FERRAJOLI, L., *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho Privado*, pp. 11-16. Palestra, Lima, 2018.

GRÁNDEZ, P., “Por un constitucionalismo igualitario. Las minorías en la obra de Luis Prieto Sanchís”, IBÁÑEZ, P. A., GRÁNDEZ, P., MARCIANI, B., POZZOLO, S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Palestra, Lima, 2020.

HONNETH, A., *El derecho de la libertad*, Katz Editores, Madrid, 2014.

HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2010.

INDACOCHEA, Ú., “El derecho al mínimo vital. Un análisis de su posible fundamentación como derecho humano”. GRÁNDEZ, P. (ed.), *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, pp. 259-

284, Palestra, Lima, 2011.

MACCORMICK, N. *Retórica y Estado de Derecho*, trad. de Angel Gascón, Ed. Palestra, Lima, 2015).

MILLÁN VALENCIA, A., “Coronavirus en Perú | La escasez de oxígeno por el covid-19 que puso en alerta al gobierno”, *BBC News Mundo*, 12 de junio de 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53025355>

PARRA, Ó., “Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional”, *Revista IIDH*, n.º 56, 2012, pp. 274-320.

PAYNE, M., “Henry Shue on Basic Rights”, *Essays in Philosophy* 9, n.º 2, 2008, artículo 5.

POGGE, T., *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge, 2008.

POGGE, T., “Dignidad y justicia global”, *Diánoia* 56, n.º 67, 2011, pp. 3-12.

POZZOLO, S., “¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 51, 2019, pp. 1-23.

PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017.

PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 5, 1995, pp. 111-143.

PRIETO SANCHÍS, L., “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, n.º 15-16, 1994, pp. 367-387.

ROA, J., “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Abril, Research Paper n.º 11, 2020.

RUGGIE, J., “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *The American Journal of International Law* 101, n.º 4, 2007, pp. 819-840.

SARLET, I., “Dignidad (de la persona) humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos”, AA. VV., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en ho-*

menaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos, tomo V, vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2015.

SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign policy*, Princeton University Press, New Jersey, 1996.

JURISPRUDENCIA

Caso *Comunidad de Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de junio de 2005.

Caso *Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005.

Caso *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006.

Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006.

Caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2008.

Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009.

Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2010.

Caso *Atala Riffó e hijas vs. Chile*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012.

Exp. 02945-2003-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 20 de abril de 2004.

Exp. 00853-2015-PA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 14 de marzo de 2017.

INFORMES DE INSTITUCIONES

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>