

Roque Carrión W.



DE LOS DEBERES POSITIVOS
GENERALES A LOS DERECHOS
POSITIVOS

Resumen

En el contexto de la disputa por extender el sentido de los deberes positivos interindividuales hacia una versión fuerte como “derechos positivos”- dotados de una exigibilidad moral expresada en acciones y no sólo en omisiones- propuesta de Lorenzo Peña y Francisco J. Ausin,-se analiza un caso concreto de discriminación racial en el ámbito judicial de “interpretación de derechos fundamentales”

Palabras claves: Deberes Positivos. Derechos Positivos. Interpretación Judicial. Derechos Fundamentales. Discriminación Racial.

Abstract

In this paper, my purpose is to offer an analysis of a “racial discrimination” judicial case, into the interpretation of fundamentals rights, from the L.Peña and F.J. Ausin “positives rights” point of view like a form of the extension of the meaning of interindividual positives duties

Key words: Positives Duties. Positives Rights. Judicial Interpretation. Fundamentals Rights. Racial Discrimination.*

* Este artículo fue publicado en: los Derechos Positivos. Las demandas justas de acciones y prestaciones.

ISBN: 978-84-93439552

Autores: Lorenzo Peña y Txetsu Ausín (eds.). Plaza y Valdés, Madrid- México, 2006 y con autorización expresa del Dr. Lorenzo y del autor es publicado en este número 5 de Cuadernos UCAB.

En una reciente discusión que circuló en el mundo académico de lengua castellana, se pusieron de relieve algunos temas que pueden servir de puente entre las cuestiones a las que se refiere la controversia sobre los Deberes Positivos Generales (DPG ¹, y los planteamientos sobre los derechos positivos (DP) que nos proponen Lorenzo Peña y Francisco J. Ausín ². No sin razón se señala que los "derechos positivos" es la "contrapartida de los deberes positivos" ³

En el presente caso, me parece que el particular significado que Peña y Ausín asignan al DP se deja ver en la siguiente formulación: "es positivo un derecho cuyo respeto por los demás requiere acciones y no meramente omisiones" ⁴. Tal caracterización sería, presumiblemente, equivalente a su expresión lógico sintáctica: "derecho a tener (recibir, o adquirir, etc) un (o una) x" ⁵. En una u otra formulación se estaría reconociendo que afirmar un DP "conlleva una cierta prestación, recaiga en quien recayera la carga de tal prestación" ⁶. La relevancia teórico-práctica de tal posición se apreciaría en, por ejemplo, la confrontación entre una definición de este tipo de los DP y los derechos fundamentales como los "derechos económicos, sociales y culturales" ⁷. Parece evidente que no siempre tales derechos son DP.

1 En DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (España: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1986), pp. 17-82.

2 PEÑA, Lorenzo, y AUSÍN, Francisco J. *Los Derechos Positivos*. En adelante DP. 26.02.1999.

3 Id

4 DP. P. 1

5 Id.

6 DP. P. 2

7 Id.

Lo anterior implica que no en todos los casos es posible identificar al titular de las obligaciones (acciones positivas que se deben tomar, y por lo tanto no podrá ser exigible ese DP. Si no es posible hacer efectiva esa exigencia a que obliga el DP, ¿no resulta entonces puro papel mojado declarar ese derecho?"⁸.

Una situación de este tipo es frecuente de encontrar en la vida social efectiva de los países que reconocen constitucionalmente los derechos fundamentales. Tales circunstancias hacen "más problemático y vidrioso" a los derechos positivos en el "dominio de los derechos fundamentales" ⁹; ya no sólo en las relaciones entre ciudadanos y el poder público, sino en las relaciones que se establecen entre los ciudadanos mismos.

La cuestión problemática que se presenta ahora tiene que ver con la exigibilidad de los DP entre particulares, que Peña y Ausín la plantean negativamente: "¿no hay también obligaciones de unos particulares para con otros que se deducen de la existencia de derechos positivos?" ¹⁰. Y estas obligaciones no sólo son lógicamente derivadas de los enunciados normativos de los derechos positivos, sino que, se afirma, son o pueden interpretarse como obligaciones primarias.

Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función de complementariedad de los DPG, no sólo por lo ya señalado sino porque las relaciones entre DPG y DPs se expresan ahora en el ámbito de las relaciones personales que, como en la discusión sobre los DPG, la exigibilidad de los DPs también estaría necesitada de una "justificación moral"¹¹. No se afirma, claro está, que a cada DP corresponda un DPG, pues en muchos casos los DPs, en especial los que se ubican en el campo de los derechos fundamentales, sólo parecerían admitir una interpretación de su exigibilidad a cargo del Estado. Mientras que parecería que los DP, en el sentido definido por Peña y Ausín, son, en todos los casos, exigibles mutuamente entre los ciudadanos.

Hay que recordar que los problemas prácticos que dan origen a las tesis de los DPG están directamente ligados a: 1. "la presunta diferencia entre 'matar' y 'dejar morir' en relación con cuestiones como el

8 DP. P.3

9 DP. P. 4

10 Id

11 GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en DOXA, cit. P. 33

aborto y la eutanasia", y, 2. "la ayuda contra el hambre para materializar el derecho a un mínimo vital"¹². Los objetivos, métodos, argumentos y "convicciones morales comunes" que entran en juego en la discusión de los DPG (tal como se aprecia en el dossier de DOXA) encuentran validez discursiva en el ámbito de preocupaciones éticas centradas en una visión liberal. En este contexto debe entenderse la siguiente caracterización de los DPG como "aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de acción contractual previa"¹³.

En el caso de la discusión sobre los DPG, el concepto de "sacrificio trivial" es relevante para establecer los límites de los DPG. El ámbito práctico en el que se desenvuelven las tesis sobre los DPG, se ve enriquecido y completado con la necesidad de los Deberes Negativos Generales (DNG) de cuyas expresiones pueden extraerse tres elementos comunes: a) "la imposición de estos deberes es necesaria para posibilitar la vida en sociedad"; b) "todos ellos procuran reducir la interferencia en la esfera individual creando una especie de cerco protector que asegure el mayor desarrollo posible de la autonomía personal"; c) "estos deberes rigen igualmente para todos y son, por consiguiente, una auténtica expresión del principio básico de universalización". Todo lo cual puede resumirse así: "a través del respeto de la libertad y la igualdad, aseguran óptimamente la existencia humana"¹⁴.

Así, tanto los DPG como los DNG constituirían los elementos necesarios para "posibilitar la vida en sociedad"¹⁵. Desde el punto de vista de una Ética Normativa los DPG y los DNG deben llegar a conformar "un conjunto de reglas con fines pragmáticos"¹⁶, en el contexto de una visión liberal de la acción política y de su correspondiente estructura del Estado¹⁷.

12 BAYÓN, Juan Carlos. "Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites", en DOXA cit.p. 42

13 GARZÓN V., E. Op. Cit. P. 17

14 Id p. 28

15 Id. P. 31

16 Id. P. 32

17 Id. P. 33

De la acción trivial individual y sus contextos sociales

En el intento de fijar los límites que tipifican un "sacrificio trivial" han surgido interesantes consecuencias, no sólo para la discusión de los DPG sino también, tal como lo veo, para la cuestión de los DP que se definen como acciones y no solo omisiones que alguien debe realizar. En las circunstancias concretas en las que se lleva a cabo un "sacrificio trivial", parece necesario considerar: a) la influencia de la relatividad contextual social en la que el acto de "sacrificio trivial" se realiza (pertenecer a una sociedad desarrollada o no es relevante para fijar el límite del sacrificio trivial individual); b) la autonomía de la persona ("capacidad de optar libremente entre planes de vida alternativos" como "productos de su elección")¹⁸. Contextualizada así la acción del sacrificio trivial altera la perspectiva en la que se enfoca la discusión de los DPG. La consideración de tales circunstancias puede llevar a expresar que "otra cosa es que la mayor parte de nosotros, en los países desarrollados, estemos interesados no sólo en evitarnos los sacrificios que habríamos de soportar, sino también en preservar nuestra buena conciencia negándonos a aceptar su exigibilidad"¹⁹.

Y c) es relevante el número de favorecidos por el sacrificio individual.

La cantidad de los favorecidos es un dato que le da un giro diferente a la idea del sacrificio trivial interindividual, pues en el caso de que fueran numerosos los favorecidos por tal acto individual trivial el éxito de su cumplimiento estaría ligado más bien a "reglas para la coordinación de los esfuerzos"²⁰. Y en tales circunstancias "no acaban de encajar bien con los presupuestos o principios de una moralidad interindividual, sino que deben ser enfrentados a partir de una moralidad pensada para las instituciones"²¹.

La cuestión de los DP vista sobre el telón de fondo de la discusión sobre los DPG, en el punto aquí resaltado, nos lleva a caracterizarla como un problema que atañe a la elucidación de la existencia y validez de tales derechos positivos, en la definición aquí adoptada. En este

18 BAYÓN, J. C. op. Cit. P. 52

19 Id. P.53

20 GARZÓN V., E. Op. Cit. P. 22

21 LAPORTA, Francisco. "Algunos problemas de los deberes positivos generales", en DOXA, cit. P. 63.

sentido habría que precisar: a) el concepto mismo de Derecho Positivo (DP) y la obligación derivada, para los miembros de una sociedad, de la aceptación de tal derecho; de aquí la idea de las obligaciones entre particulares y b) la cuestión de si los deberes que se deducen de a) son primarios o subsidiarios ²².

Si aceptamos la definición de Peña y Ausín ²³ habrá que diferenciar entre una idea fuerte y otra débil de los DP. La primera parecería exigir algo más que la mera conformidad con la normatividad jurídica establecida (derecho oficial), pero no contradictoria con éste. La segunda tendría un significado más acorde con la idea estándar de las obligaciones jurídicas, y en este sentido los DP pasarían a convertirse en una "pura cuestión jurídica".

La pregunta por la deducción de tales obligaciones, válidas entre particulares, adquiere sentido, si se mantiene la tesis fuerte de los DP: la exigibilidad moral de tales obligaciones expresada en acciones y no simplemente en omisiones. La pregunta por la primariedad o subsidiariedad cobra sentido en el contexto de la tesis fuerte de los DP, pues de lo contrario también se convertiría en una cuestión trivial. Ahora bien, si la definición de los DP que nos proponen Peña y Ausín admite una interpretación fuerte de la misma, entonces los DP no pueden ser sino primarios, lo cual, nos parece, entraña reafirmar la existencia de "derechos positivos naturales", donde por "natural" hay que entender un cierto tipo de exigibilidad de acciones.

De alguna manera Peña y Ausín sugieren esta última interpretación cuando afirman: "no podemos soslayar que en el pensamiento iusfilosófico cristiano de la Edad Media y del Renacimiento (y el Postrenacimiento) no está ausente la idea de los derechos positivos, y que, entre otros autores, es claramente detectable en Sto. Tomás" ²⁴.

Una vez más estamos ante lo que, para el caso de los DPG se señalaba: la necesidad de una justificación moral. Y por este lado entramos a la espinosa cuestión de la "naturaleza especial de los fines morales". Desde una cierta perspectiva la definición de los fines morales afirma:

22 PEÑA, L., y AUSÍN, J. Op. Cit. P. 4

23 Id.

24 Id. P. 3

Algo es un fin moral nuestro no sólo en virtud de que estamos obligados con él, sino que ha de tener un estatuto más fuerte: que entendamos que exige, requiere o apela a esta obligación. Mientras que algunos no nos afectan si dejamos de desearlos, como, por ejemplo, mi actual objetivo de tomarme un helado de fresa después de comer, un objetivo fuertemente evaluado es tal que, en el caso de que dejemos de desearlo, nos desenmascaremos como moralmente insensibles, perversos o brutos”²⁵.

Esta tesis de Ch. Taylor nos mete de lleno en el posible sentido de la tesis fuerte de los DP.

La idea de una “exigibilidad” especial, fuerte, insoslayable, desveladora de nuestras carencias morales, nos ubica en la mira de la crítica metaética o nos justifica en el contexto de una ética normativa que marca nuestro destino moderno: la lucha por encontrar un nivel de justificación de nuestras acciones que, independientemente de una fuente sobre natural que justifica o sanciona, nos defina a la vez como hombres libres éticamente correctos. Así, una acción moral que exige una justificación no puede soslayar una “descripción ética completa”²⁶ y esto significa, como señala M.C. Nussbaum una “mayor concentración en la trayectoria completa de la vida de la agente” y no sólo tener en cuenta los “momentos aislados de la elección”²⁷. Aquí, pues, el contexto de toda acción moral, de toda exigibilidad de una acción debe ser relevante para el análisis de su justificación. Este procedimiento no es ajeno a la praxis jurídica y judicial, a la “jurisprudencia”, y es tarea de una posible “ciencia de la ética jurídica”.

En este contexto, una definición fuerte de los DP debe mostrar sus condiciones de exigibilidad en la descripción de acciones concretas históricamente determinables, si en verdad debemos reconocer que la contextualización de la acción moral es relevante para encontrar su grado de justificación propio. Esto significaría, también, que no estamos muy lejos de reconocer, como lo hacen Jonsen y Toulmin, que: “Practical moral reasoning today still fits the patterns of topical (or ‘retorical’)

25 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*. Paidós, Barcelona, 1997, Pp. 62 y 63

26 NUSSBAUM, Martha, “La ética de la virtud: una categoría equívoca”, en ARETE. Universidad Católica del Perú: Revista de Filosofía. Pontificia. Vol. XI. N° 1-2) 1999), P. 582

27 Id.

argumentation better than it does those of formal (or 'geometrical') demonstration".²⁸

La exigibilidad de los DP: un caso de discriminación

Como indican Peña y Ausin, los DP se muestran particularmente difíciles en el ámbito de los derechos fundamentales. He aquí un ejemplo: el caso de American Disco VS INDECOPI ²⁹ por "discriminación de locales abiertos al público". El INDECOPI "recibió una serie de denuncias de consumidores, que manifestaban que en diversos establecimientos abiertos al público tales como discotecas, pubs, restaurantes, se restringía el ingreso por motivos aparentemente discriminatorios". INDECOPI, en cumplimiento con su rol preventivo y promotor, con fecha 19 de abril de 1998, publica un comunicado en los medios de comunicación con el título

¿Discriminación en locales abiertos al público?, por medio del cual envió un mensaje al mercado, precisando deberes y derechos de los proveedores de estos servicios para evitar actos de discriminación. Simultáneamente se inició una campaña de información sobre el tema.

Entre los meses de abril y mayo, de 1998 la Asociación Peruana de consumidores "presenta denuncia ante Indecopi contra 4 discotecas por la realización de prácticas restrictivas al ingreso de dichos establecimientos, aparentemente por motivos discriminatorios" e Indecopi logra acumular diversos elementos probatorios". Entre Mayo y Junio son visitadas, por Indecopi, varias discotecas, y American Disco, conductora de una discoteca plantea

una acción de amparo dirigida contra Indecopi, por la publicación del comunicado, sosteniendo que la misma constituía una amenaza a su derecho constitucional de libertad de contratación. Efectivamente,

28 R., Albert., Jonsen & Stephen Toulmin. *The Abuse of Casuistry*. University of California Press: 1988. pp. 306 y 326

29 INDECOPI. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Lima. Perú. *¿Discriminación en locales abiertos al público?*. Palabras de BOZA, Beatriz, con ocasión del Seminario "El Derecho a no ser discriminado". 29 de Octubre de 1998. Lima. Perú.

en dicha acción la empresa reconoce que realiza una 'selección' de sus clientes y señala que Indecopi no es competente para conocer el tema³⁰.

En primera Instancia el Juzgado de Derecho Público declara infundada la demanda presentada por American Disco; posteriormente la Sala de derecho público de la Corte Superior de Lima declara fundada la acción de amparo. Lo que nos interesa ahora reproducir es la parte del fallo que nos brinda el "juicio moral" de este asunto. Los CONSIDERANDOS de la Sentencia encuadran su visión de la discriminación en un contexto más amplio vinculado a la libertad de contratación y a la economía social del mercado. Reproducimos algunos de estos considerandos: "Séptimo: Que la libertad contractual determinada en nuestro sistema jurídico, tanto en la Constitución, como en el desarrollo legal de este derecho, no imponen a las partes el deber u obligación de revelar los motivos por los cuales contratan o dejan de contratar, Octavo: Que igualmente, el principio económico que rige la Constitución de mil novecientos noventitrés en sus artículos 53, 61 y 63, es por la existencia de la libertad empresarial, de tal manera que el estado no puede inmiscuirse en las actividades de empresa, comercio e industria, ni establecer la forma en que se debe administrar una inversión, Noveno: Que, admitir un criterio diferente, pondría en grave riesgo la estabilidad tanto para la inversión nacional como para la extranjera, que contraría el principio de la economía social de mercado que informa los principios constitucionales, Décimo: Que, de otro lado, la discriminación es un concepto que nuestra Constitución recusa frontalmente, concediéndole la categoría de derecho fundamental personal contemplado en el artículo 2º inciso segundo, y que por ende, éste es susceptible de ventilarse, ampararse y dictaminarse ante el Organo Jurisdiccional, al cual le ha sido encomendada la tarea de cautelar los derechos fundamentales de la Constitución, Undécimo: Que la discriminación entendida como la ejecución de una política de segregación o separación dirigida contra todo un grupo social identificable dentro de la comunidad, con la finalidad de marginarlo, recortarle o desconocerle sus derechos igualitarios, requiere que el agresor y su política discriminatoria sean identificables en forma indubitable, y que ésta, afecte efectivamente sin excepción a todos los integrantes de un sector social materialmente agraviado, Doudécimo: Que la existencia de una política de discriminación no puede comprobarse mediante la

30 Id.

simple constatación en la vía administrativa, sobre hechos relacionados a consumidores individuales, que no representan necesariamente la integridad de un grupo social determinado, más aún si este fenómeno social está relacionado a un derecho fundamental de la persona. (lo que sigue deslinda la competencia entre el aparato administrador y el Poder Judicial en relación a los derechos fundamentales, y afirma que éstos “están reservados por su trascendencia, necesidad de discusión e independencia al Poder Judicial”) ³¹.

El comentario crítico de Indecopi subraya que “con dicho fallo el Poder Judicial ha desechado la oportunidad para demostrar que estamos en un país que combate la discriminación, y los consumidores han quedado desprotegidos”; además hace hincapié en la parte del fallo que afirma que la discriminación debe afectar a un sector social.

Independientemente de los varios temas y problemas presupuestos en el fallo, cuyos desarrollos nos llevarían fuera del objetivo de este artículo, sólo me limitaré a un punto que creo pertinente en relación con la obligación moral de una prestación entre Estado e individuo y entre los individuos mismos.

Creo que el punto aquí es el concepto de discriminación. La tesis que parece sustentar el fallo es que la discriminación debe ser entendida: (1) “como la ejecución de una política de segregación o separación dirigida contra todo un grupo social identificable dentro de la comunidad con la finalidad de marginarlo, recortarle o desconocerle sus derechos igualitarios” y, (2) que para que un tal acto discriminatorio pueda ser recurrido ante el Poder Judicial éste debe cumplir dos condiciones: a) “que el agresor y su política discriminatoria sean identificables en forma indubitable, b) que la política discriminatoria del agresor “afecte efectivamente sin excepción a todos los integrantes de un sector social materialmente agraviado”.

El señalamiento respecto a la incompetencia de Indecopi (vía administrativa) no sólo es un recordatorio elemental de las competencias que establece la Constitución y las Leyes, sino que el fallo hace patente el criterio de la Corte: se trata de que “este fenómeno social está relacionado a un derecho fundamental de la persona” y que no escapa a la “necesidad de discusión”. O lo que parece ser lo mismo:

31 Fallo de la Sala Corporativa Transitoria especializada en Derecho Público. Corte Superior de Lima. En los seguidos por American Disco S.A. con INDECOPI sobre Acción de Amparo. Exp. 1720. 98. La cursiva es nuestra.

que el sentido y alcance de este derecho fundamental sólo puede ser determinado por el Poder Judicial.

La casuística de los derechos fundamentales: conceptos indeterminados y alteración de los significados del lenguaje.

Cabría una larga discusión sobre el significado de un "acto discriminatorio" en el contexto del fallo transcrito, pero sólo nos limitaremos, en esta ocasión, a señalar las peculiaridades del fallo con relación a la creencia, al parecer ya establecida, de que la "discriminación" es un concepto claro y distinto y que, por ello, no se puede prestar a equívocos. Por el contrario, el fallo dice claramente que para que una persona individual se sienta discriminada debe formar parte de "un sector social materialmente agraviado". El concepto de 'discriminación' sólo tendría sentido cuando se aplique a un conjunto de, por lo menos, dos personas. Esta particular asignación de significado, por parte de la Corte, altera substancialmente la tesis presupuesta en la tradición cultural de la "concepción liberal de los derechos humanos, así como una fundamentación de los mismos de corte iusnaturalista y racional". En este contexto cultural se trató de "definir los derechos que debían corresponder al hombre por el mero hecho de serlo". Tal visión nos colocaba en la posición de "ver en cada hombre la imagen de la humanidad", y, por ello, a constituir "reglas obtenidas por una razón práctica ajena a la existencia histórica" ³².

Esta concepción iusnaturalista racionalista de los Derechos Humanos (DH), no parecería ser la "motivación" del fallo indicado. La experiencia real histórica de la vida social se habría encargado de desmentir tales pretensiones fundamentadoras de los DH. Tal situación es hoy reconocida y

constituye un rasgo general a los diferentes tipos de derechos humanos la modificación de sus contenidos por efecto de la necesidad de adaptarse a nuevas circunstancias que generan singulares problemas a su realización, o, sin más como consecuencias de las constantes

32 PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990, Pp. 23-24.

fluctuaciones que constantemente experimenta el consenso social que determina la extensión de (las expectativas que integran) su contenido" ³³.

Y aquí entramos a la cuestión más cercana que se conoce como "derechos difusos" ³⁴.

Aquí nos sale al paso la difícil cuestión de la "interpretación de los derechos fundamentales", la misma que se caracteriza por ser "una labor dirigida a precisar el alcance de valores, principios y disposiciones que, aun en el caso de que hayan sido expresamente enunciados en el texto constitucional, hacen necesario un esfuerzo de clasificación, concreción y determinación" ³⁵.

El fallo parece llegar al límite de este tipo específico de interpretación; creo que pone en cuestión ciertos límites que se creían ya definidos desde los orígenes iusnaturalistas racionales y también consensuales: el valor de los derechos humanos encarnados en la existencia de cada individuo ³⁶.

La cuestión que se plantea en este caso es de si la decisión judicial (fallo) que define la discriminación se aleja o no de "esa moralidad básica que es norma fundante" ³⁷ de todo el orden jurídico y, por lo tanto, de los derechos fundamentales. Aquí aparece el segundo giro que impone el fallo: aunque sin señalar una directa relación lógica entre la concepción de discriminación establecida en el fallo y la referencia a los principios económicos que rige la Constitución peruana, parece obvio que los Considerandos octavo y noveno forman parte del contexto de interpretación del caso. ¿Hay contradicción entre uno y otro derecho?. ¿La libertad empresarial, entendida como derecho funda-

33 ARA PINILLA, Ignacio. *Nuevos derechos humanos*, en, La Reforma de las Instituciones Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Primer Coloquio Internacional de la Laguna sobre Derechos Humanos. La Laguna, Tenerife, Noviembre de 1992. 1993), P. 89.

34 ARA PINILLA, Ignacio, *La transformación de los derechos humanos*. Tecnos, Madrid, 1990, (1994 reimposición), p. 135

35 PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* Tecnos, Madrid, 1984 (1991. 4ta. Edición), pp. 308-309.

Cfr. HABA, Enrique P. *Tratado Básico de Derechos Humanos. T. 1. Cap. III. Conceptos indeterminados en el discurso de los derechos humanos*.

36 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, (con la colaboración de ASÍS ROIG, Rafael de, FERNÁNDEZ, Carlos R. y LLAMAS CASCÓN, Angel,). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del estado, Madrid, 1995),. P. 590.

37 Id. P. 591

mental derivada del derecho a la libertad soportada en el principio de economía social de mercado, que impone los principios constitucionales, es contradictoria con el derecho a la no discriminación?. Indecopi respondió afirmando: "el sistema de mercado es incompatible con la discriminación", pues, la

competitividad de nuestras empresas debe basarse en su capacidad de satisfacer las necesidades y preferencias de los consumidores no en la posibilidad de discriminar a unos peruanos frente a otros. La discriminación es una barrera para el desarrollo humano y para el progreso del país, porque expropia dos valores fundamentales: tu capacidad de contratar, porque tu dinero ya no vale igual que el de los demás; y parte de tu dignidad. No hay desarrollo humano y, por consiguiente, progreso sin esos dos valores. La discriminación aleja el desarrollo humano de los peruanos. Si se interpreta que la discriminación no es un tema de consumo; si dejamos que las empresas se desarrollen en base a privilegios y prácticas discriminatorias; si los consumidores no tenemos la garantía que seremos tratados de manera justa y equitativa, no sólo se afecta el derecho de consumo sino que el sistema se deslegitima, la actividad empresarial se desacredita, el estado se deslegitima, convirtiéndose éste en un sistema injusto, creando desconfianza ³⁸.

Indecopi resalta algo más, la discriminación "racial y socioeconómica" en la declaración de su "posición institucional":

"1. El Perú ha perdido una oportunidad de sentar jurisprudencia sobre un tema que nos hubiera colocado entre los países más respetables y modernos de la región al combatir la discriminación por cuestiones raciales o de condición económica".

"2. No es un trato equitativo ni justo aquel que hace que el dinero de quienes pertenecen a ciertos grupos sociales valga menos que el de otros" ³⁹

38 Indecopi . op. Cit. P. 2

39 Posteriormente, el 31 de Diciembre de 1998, se promulgó la ley N° 27049, publicada en el diario Oficial El Peruano el 06 de Enero de 1999, la cual intenta precisar los casos de discriminación en su artículo 7° B.- "Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en los locales abiertos al público. Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. La carga de la prueba

El fallo agrega en sus Considerandos (noveno) otro elemento que parece plantearlo como contradictorio: de haber declarado infundada la acción de amparo "podría en grave riesgo la estabilidad tanto para la inversión nacional como para la extranjera"; tesis que, como hemos visto anteriormente, contradice Indecopí.

Pues bien, si consideramos el presente caso como una controversia sobre la justificación moral del significado "extensivo" del acto discriminatorio puesto en juego, es conveniente recordar (como un elemento en el contexto de interpretación histórica) los cinco siglos de discriminación racial y social que se han vivido desde el inicio del Nuevo Mundo, en especial en el Perú, hasta nuestros días. Así, por ejemplo, 42 años (entre 1866 y 1868) después de la Independencia del Perú del Reino de España, la discriminación racial y social del indio peruano estaba en plena vigencia:

El trabajo forzado y las arbitrariedades estaban a la orden del día en Huancané debido, según Riveros, a que los explotadores habían al fin encontrado 'un filantrópico' gobierno que 'castigaba a los ciudadanos indígenas 'por el hecho de solicitar la ' igualdad ante la ley'. Los sub-prefectos y gobernadores .explotaban a los indios a los que obligaban a 'formar cercos, hacer barbechos y transportar todo lo que se necesite gratis' El indígena que se negaba a hacerlo era acusado de ser un ' caudillo' de la rebelión y privado de sus propiedades. Las acusaciones y recriminaciones se convirtieron en pan de cada día.... para poder quedarse con sus tierras; fue un comportamiento que incluso los propios indios emularon ⁴⁰.

Al cabo de cinco siglos, la discriminación racial y social continúa en el Perú, aunque cada vez más diluida en el contexto actual político-económico de una población que se ha reconocido a sí misma como una Nación multicultural y plurilingüe. En este contexto social histórico concreto se juega el sentido de los DP en el ámbito de los derechos

sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias."

40 MC EVOY, Carmen, *Forjando la Nación*. Ensayos de Historia Republicana. Pontificia Universidad Católica del Perú. The University of the South. Sewanee. Perú: Publicación del Instituto Riva Agüero, Lima, 1999, Pp. 111-112.

fundamentales. La exigibilidad característica de los DP no parece ser percibida con claridad; pero tampoco la mera positivación (reconocimiento legal oficial) de los derechos fundamentales constituye una garantía unívocamente entendida. Aquí parecen fallar tanto los intentos por fundamentar apodícticamente los derechos fundamentales como la exigencia moral consensuada de estos mismos derechos. Los DP definidos por Peña y Ausín, no podrían escapar de correr la misma suerte: la demanda de su cumplimiento por el poder público y por los ciudadanos entre sí, no se sostiene por sí misma. A la luz del ejemplo aquí reseñado, el DP en el ámbito de los derechos fundamentales no parece interpretarse como "primario". Tampoco resulta claro para los propietarios (inversionistas) de las discotecas que ellos tengan una obligación derivada del reconocimiento legal de la existencia de ciertos derechos positivos. Por el contrario, lo que se deja ver es que en un contexto social, político y económico como el peruano estos y otros derechos fundamentales pueden fácilmente plantearse como contradictorios.

En la doctrina sancionada en el fallo se declara a los derechos fundamentales como "derechos de interpretación indeterminada" (si cabe esta expresión), o, en palabras de la Corte Superior: derechos reservados, por su trascendencia y necesidad de discusión independiente por parte del Poder Judicial. Y esta doctrina pone un fuerte matiz a ciertos entusiasmos institucionales al declarar *urbi et orbi* que los derechos humanos

durante el último medio siglo hubo un gradual pero firme avance en la internacionalización de los derechos humanos y en la conciencia de que ellos deben ser respetados y defendidos con independencia de la nacionalidad de una persona, así como del lugar donde se encuentra o de su posición en la sociedad,

para, al mismo tiempo, reconocer que "todavía existe una brecha entre los ideales del movimiento por los derechos humanos y la realidad sobre el terreno" ⁴¹.

Creo que el panorama expuesto arriba es el terreno práctico en el que se pone a prueba todo intento de exigir el cumplimiento efectivo de

41 ROBINSON, Mary*, Los pobres tienen derecho a dejar de serlo. *El Nacional*. Sábado 15 de Enero de 2000. A/9. Caracas, Venezuela. (*Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y expresidenta de Irlanda).

estos derechos. En este contexto la cuestión planteada por Peña y Ausín pone de relieve, por lo menos, dos cosas: el carácter esencialmente problemático de los DP en el contexto de los derechos fundamentales y el cambiante sentido de estos derechos positivizados. Si la garantía de los derechos humanos se ubica, en un primer tiempo, en su reconocimiento positivo y legal; en el segundo tiempo se trata de algo mucho más difícil: de entender su exigibilidad moral, enraizada en sus bases históricas concretas, en las relaciones efectivas entre los individuos-ciudadanos; esta categoría humana mixta de existencia que todavía parece guardar su vocación ancestral iushumanista en tensión con su proyección secularizada y racionalmente consensuada finisecular.