

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL

Coordinadores

EL RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

IV

Curso Brasileño
Interdisciplinario en
Derechos Humanos





Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal
Coordinadores

**EL RESPETO A LA DIGNIDAD
DE LA PERSONA HUMANA**

Fortaleza
2015



Sumario

PRÓLOGO	5
EL LARGO CAMINO DE LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: UNA NUEVA DÉCADA DE CONSULTAS DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR) Antônio Augusto Cançado Trindade.....	7
LA DIGNIDAD HUMANA: ¿PRINCIPIO, REGLA O ARTIMAÑA? Ana Maria D'Ávila Lopes y Martonio Mont'Alverne Barreto Lima	33
DIGNIDAD HUMANA Y BIODERECHO Ángela Aparisi Miralles.....	51
LOS DERECHOS HUMANOS Y EL RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA César Barros Leal	91
DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA César Landa	107
DIGNIDAD Y SU IMPACTO EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Elizabeth Salmón	139
LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA DESDE LA FECUNDACIÓN HASTA SU MUERTE Juan de Dios Vial Correa y P. Ángel Rodríguez Guerra	163

**LA DIGNIDAD HUMANA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA
CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

Juana María Ibáñez Rivas.....183

**SOBRE LA DESNATURALIZACIÓN DOGMÁTICA
DE LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONA HUMANA**

Raúl Cervini.....213

**LA MIGRACIÓN CON DIGNIDAD PARA LA JUSTICIA
CLIMÁTICA: LA SITUACIÓN DE LOS PEQUEÑOS ESTADOS
INSULARES EN DESARROLLO**

Susana Borràs237

**VULNERACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL
TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS**

Waldimeiry Corrêa da Silva y Juan Antonio Senent-de Frutos267

ANEXO.....287

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS..289

PRÓLOGO

Dando secuencia a un extraordinario proyecto cultural, que se renueva todos los años, estamos presentando cinco libros (con artículos originalmente escritos en portugués, español, francés, inglés e italiano) sobre “El Respeto a la Dignidad de la Persona Humana”, temática central del *IV Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos*, organizado por el Instituto Brasileño de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en Fortaleza, Ceará, Brasil, en el período del 3 al 14 de agosto de 2015.

Los tomos, de distribución gratuita, reúnen un grupo de estudiosos de diversas áreas de especialización y nacionalidades, quienes tratan de la cuestión propuesta desde las más diferentes perspectivas, objeto muchas de ellas de las conferencias, paneles y talleres que componen esta que es ciertamente una de las más prestigiosas actividades académicas, en el ámbito de los derechos humanos, que se llevan a cabo en América Latina, con la participación de alumnos/as y observadores/as de distintos estados de Brasil y de otros países de la región.

La elección de la temática llevó en cuenta la actualidad, la relevancia y la amplitud del principio de la dignidad humana, verdaderamente universal (y con muchas implicaciones), alzado a fundamento de la República en los términos de la Constitución brasileña de 1988, la Constitución-Ciudadana, y presente en innumerables debates y estudios –a ejemplo de éstos– sobre temas como la promoción y protección de los derechos fundamentales, el mínimo existencial, la bioética, la no-discriminación, el Estado Democrático de Derecho, así como la aplicación de la justicia y la conformidad de las leyes con la normativa internacional de protección, lo cual nos remite a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El lector/La lectora, delante de la pluralidad de los textos, tendrá la ocasión no sólo de confirmar la dimensión de los valores singulares e incondicionados que sedimentan la dignidad de todo ser humano (y que lo distingue de los demás seres, según Emanuel Kant, cabiendo aquí distinguir, a nuestro juicio, la dignidad del comportamiento moral de una persona de la dignidad de la persona en sí misma), así como la riqueza de las ideas y las reflexiones de aquellos que, en atención a nuestra convocatoria, escribieron con competencia, objetividad y compromiso. Ello hace de la lectura de esos cinco libros un fabuloso

viaje por el reconocimiento de la condición humana y del respeto que, para la teología cristiana, debe serle otorgado sin distinción de cualquier especie, puesto que, creados a la imagen y semejanza de Dios, somos todos –de acuerdo con el propio Kant–, dotados de la máxima dignidad entre los seres de la tierra. A esa línea de razonamiento se agrega la percepción, nutrida por la transparencia de los hechos, de que la dignidad es continuamente violada en el mundo contemporáneo, alargando el enorme hoyo entre el plano ideal –de las letras de oro de la deontología– y la perversa realidad del cotidiano.

Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, obrante por su importancia como anexo en los tomos, destaca, en su Preámbulo, que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Y agrega que los pueblos de las Naciones reafirmaron, en la Carta, su fe en los derechos fundamentales, la dignidad y el valor de la persona humana y la igualdad de derechos de los hombres y mujeres. Jamás nos olvidemos de su artículo 1º: Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Titular de derechos, el hombre debe ser respetado en su esencia y dignidad, sea por su grupo comunitario, sea por el Estado, preservándose teleológicamente su condición intrínseca de persona humana, lo que se realza con el énfasis debido en la doctrina, los textos constitucionales, las convenciones, los tratados y las sentencias (acompañadas de votos) emanados de los tribunales y órganos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. Al lector/A la lectora, especialmente el/la que tendrá la oportunidad de participar en el IV Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, se impone, en conclusión, el deber irrenunciable de reflexionar sobre los temas abordados en esta recopilación y estimular su debate en múltiples instancias, diseminando este mensaje colectivo, tan vigoroso como instigador, de fe en el respeto a la dignidad de la persona humana, la misma fe que nos mueve a luchar también por la afirmación de nuestras creencias y la realización de nuestros sueños.

Un registro especial de agradecimiento se debe a Juana María Ibáñez Rivas, ilustre abogada peruana, por el apoyo inestimable que nos dio.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE y César BARROS LEAL
La Haya/Fortaleza, 13 de junio de 2015

EL LARGO CAMINO DE LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: UNA NUEVA DÉCADA DE CONSULTAS DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR) (DE MÉXICO/2004 A BRASÍLIA/2014)

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juez de la Corte Internacional de Justicia; ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasíla; Experto Jurídico Principal de las Consultas del ACNUR de 2014.

I. Introducción

Una nueva década ha transcurrido, desde las anteriores Consultas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y, a pesar de todos los avances realizados de Cartagena/1984 a San José/ 1994 y a México/2004¹, nuevos desafíos han surgido, de México/2004 a Brasíla/2014, a requerir nuevas respuestas para atender a las nuevas necesidades de protección de los seres humanos, particularmente los que se encuentran en nuevas situaciones de vulnerabilidad o indefensión. Dichas situaciones y necesidades han sido identificadas en las nuevas Consultas del ACNUR a lo largo de 2014, una vez más revelando que la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, como en el mito de Sísifo, no tiene fin. Este trabajo de actualización, - en el marco del proceso histórico de la humanización del Derecho Internacional,- que constituyó el proceso de Consultas de 2014,

1 Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/199 y México/2004)", in *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 139-191.

culminó en la Conferencia Interministerial de Brasilia, de 02-03 de diciembre de 2014.

Dicha labor de actualización encuéntrase condensada en tres discursos que tuve el honor de proferir, en tres momentos de las Consultas del ACNUR de 2014, a saber: 1) en la Reunión del Grupo Latinoamericano y Caribeño (GRULAC), en la ONU/ACNUR en Ginebra, el 03 de noviembre de 2014, sobre la relevancia de las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, en el contexto regional actual; 2) nuevamente en la Reunión del GRULAC, en la ONU/ACNUR en Ginebra, el 14 de noviembre de 2014, sobre las situaciones de vulnerabilidad de la persona humana a requerir su protección; y 3) en la Conferencia Interministerial de Brasilia, el 02 de diciembre de 2014, un día antes de la adopción de la Declaración y el Plan de Acción de Brasil, sobre las Consultas del ACNUR de 2014 y sus resultados. Reproduzco, a continuación, estos tres discursos, para, en seguida, presentar mis breves observaciones finales sobre la materia.

II. LA RELEVANCIA DE LAS CONVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, EN EL CONTEXTO REGIONAL ACTUAL^(2*)

Guardo un grato recuerdo de la anterior reunión con el GRULAC, el 13 de febrero pasado, aquí en el ACNUR en Ginebra, que abrió el actual proceso de Consultas de la tercera década desde la adopción de la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados* (1984), a culminar, dentro de un mes, en la Conferencia interministerial en Brasilia. Con satisfacción comparezco a esta nueva reunión con el GRULAC, el día de hoy, 03 de noviembre de 2014, otra vez aquí en el ACNUR en Ginebra, para compartir algunas reflexiones con todos los presentes, en relación específicamente con el actual Proyecto de Declaración de Brasilia, en lo que concierne al tema que me ha sido confiado, a saber, el de la *“Relevancia de las Convergencias entre el Derecho*

2 (*) Discurso proferido por el Autor, en la ONU/ACNUR, Ginebra, en la Reunión del GRULAC, el 03 de noviembre de 2014.

Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, en el Actual Contexto Regional”.

Quisiera empezar con una importante observación: a lo largo de todo el proceso de Consultas del ACNUR, iniciado con la Declaración de la primera década (1994) después de la Declaración de Cartagena, estuvo presente el *reconocimiento expreso* de la relevancia de aquellas convergencias, para asegurar la protección más eficaz de los derechos de la persona humana, en las más distintas circunstancias. Así, la *Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas* (1994) alaba y enfatiza expresamente, tanto en sus consideraciones preambulares (10ª) como en sus conclusiones (3ª) el carácter complementario y las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), con el propósito de “proporcionar un marco común” para asegurar la protección eficaz de los derechos de la persona humana.

De igual modo, la *Declaración de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2004) también reconoció expresamente el carácter complementario de las referidas tres vertientes convergentes para asegurar y fortalecer la protección de los que de ésta necesiten, a la luz del principio *pro persona humana* (6º párrafo preambular). Teniendo esto presente, me parece necesario, por las razones adicionales que pasaré a exponer, que, en el Proyecto de la Declaración de Brasilia (2014), figure igualmente un reconocimiento expreso a la relevancia de las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH. Un párrafo adicional (preambular), en este sentido, podría tener la siguiente redacción:

“Enfatizando las convergencias y el carácter complementario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Refugiados, y del Derecho Internacional Humanitario, de modo a proporcionar un marco jurídico común para fortalecer la protección, a la luz del principio *pro persona humana*, de los refugiados y de otras personas que de ella necesiten, en razón de las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentren”.

En efecto, las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH han marcado presencia en las tres Consultas sucesivas del ACNUR, - las de 1994, de 2004, y de 2014. De inicio, se reconoce que el desplazamiento transfronterizo forzado puede resultar de

conflictos o tensiones o disturbios internos, entre otras causas. Se busca el otorgamiento de *visas humanitarias* para personas que no necesariamente califican como refugiados. Se busca la aplicación efectiva de los altos estándares del debido proceso legal establecidos en la *jurisprudencia constante* de la CtIADH (reunión subregional del Mercosur, 18-19.03.2014). Se caracteriza como “buena práctica” la de la movilidad humana, como forma de protección, a la par de otras (como la residencia permanente y la naturalización) (reunión subregional andina, 09-10.06.2014).

Se centran las atenciones en los grupos vulnerables, y los distintos grados de vulnerabilidad, inclusive en circunstancias extremas, como en relación con niños, niñas y adolescentes no acompañados (reunión subregional de Mesoamérica, 10-11.07.2014). Es alentador que el actual Proyecto de Declaración de Brasilia (2014) ya reconozca expresamente, para efectos de la protección debida, la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran las personas y grupos que tanto necesitan de protección (párrs. 7, 16, 19, 43 y 47). El referido Proyecto de Declaración también ya resalta, correctamente, la posición central de la persona humana, y la importancia del espíritu de solidaridad, en las presentes Consultas del ACNUR.

Se reconoce la necesidad de intensificar la cooperación internacional entre países de origen, de tránsito y de destino de los migrantes (reunión subregional caribeña, 10-11.09.2014). En todas estas situaciones, identificadas a lo largo de las actuales Consultas del ACNUR, a culminar en la próxima Conferencia Interministerial de Brasilia, programada para 2-3 de diciembre de 2014, inciden las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH, para proporcionar la protección eficaz a los que de ella necesitan, en razón de su vulnerabilidad. Estas tres vertientes están siempre presentes para atender a los imperativos de protección. No hay, a mi juicio, espacio para la invocación de una supuesta *lex specialis*, que torne inviable su aplicación concomitante, siempre que necesaria.

May I take a step further, in this respect: the three aforementioned branches of international law for the protection of the human person (namely, the ILHR, the ILR and IHL), converging at normative, hermeneutic and operational levels, do not exclude the possibility that other branches of international law may also converge with them as well, to the same effect. For example, in the most recent Caribbean subregional meeting, the point was made of the relevance

of the search and rescue-at-sea and recovery operations, under the U.N. Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and other treaties. This was the first time, along the UNHCR Consultations of the last three decades that UNCLOS and other Law of the Sea treaties were invoked, in connection with the international protection of the human person as migrant. This shows, in my perception, the *unity of the law*, and the possibility of wider convergences to secure the protection of the human person, in particular when surrounded by circumstances of the utmost vulnerability.

In effect, the problems we have faced have varied from decade to decade, but what remains always present is the vulnerability of the human person, in constantly changing and distinct circumstances. As facts seem to come always before the legal norms, we have to bear always in mind the imperatives of justice. To abide by them, we are obliged to bear constantly in mind that the ILHR, the ILR and IHL go together, - at normative, hermeneutic and operational levels. The UNHCR has acknowledged that, on several occasions. And this applies in distinct phases of its work; for example, to invoke but one, in the specific phase of *determination of refugee status*, the UNHCR has constantly underlined the need to ensure the access to justice encompassing the guarantees of due process of law, as asserted and construed in the *jurisprudence constante* of the Inter-American Court of Human Rights (CtIADH - under Articles 25 and 8, jointly, of the American Convention on Human Rights). In order to reach a better understanding of this issue, we have to approach it in its temporal dimension.

Así, media década después de la adopción de la *Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas* (1994), la CtIADH emitió su Opinión Consultiva n. 16, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), verdaderamente pionera, que ha venido ejerciendo considerable influencia en la jurisprudencia internacional, inclusive de la propia Corte Internacional de Justicia. La CtIADH procedió a la *humanización* del Derecho Consular, mediante una relectura e interpretación evolutiva del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), y vinculando el referido derecho a la información sobre asistencia consular al derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, abarcando las garantías del debido proceso legal. Aquí se dio la convergencia

ampliada, de las anteriormente mencionadas tres vertientes de protección de la persona humana con el propio Derecho Consular.

La etapa siguiente tuvo lugar en vísperas de la adopción de la *Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2004), cuando la CtIADH emitió su Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Dicha Opinión Consultiva tuvo un considerable impacto, no sólo en nuestra región como en otras partes del mundo, como tuve ocasión de señalar en mi conferencia de apertura de la sesión anual de estudios de 2007 del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Instituto René Cassin) en Estrasburgo. La CtIADH centró su análisis en el principio fundamental de la igualdad y non-discriminación, que prohíbe la invocación de cualquier tratamiento discriminatorio en detrimento de cualquier persona, inclusive migrantes indocumentados. La CtIADH se tornó el primer tribunal internacional contemporáneo a afirmar que el principio básico de la igualdad y no-discriminación hoy pertenece al dominio del *jus cogens*.

Desde las Opiniones Consultivas ns. 16 y 18 de la CtIADH (*supra*), algo extraordinario ocurrió en nuestra región: a la luz de dichas Opiniones Consultivas, varios Estados de nuestra región pasaron a actualizar sus *Guías o Manuales Consulares*, a fin de proporcionar asistencia consular más eficaz; hubo los que crearon *consulados itinerantes*, o que pasaron a acompañar el contencioso ante tribunales extranjeros (para asegurar el derecho a la información sobre la asistencia consular); también hubo los que crearon nuevos órganos nacionales de coordinación del ejercicio de la asistencia y protección consulares. Me permito traer a colación este desarrollo, teniendo presente el aporte, e.g., de la reunión subregional del Mercosur (*supra*) en las presentas Consultas del ACNUR.

No llegamos, sin embargo, al final de este desarrollo; han surgido nuevas necesidades de protección. En la misma línea de pensamiento de las mencionadas Opiniones Consultivas ns. 16 y 18 de la CtIADH, viene ésta de adoptar la Opinión Consultiva n. 21, sobre los *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional* (2014). La contribución de la *jurisprudence constante* de la CtIADH ha sido reconocida por la doctrina jurídica contemporánea (a partir de la Opinión Consultiva n. 16): la persona humana ha asumido, también

en el presente contexto, posición central en el ordenamiento jurídico internacional, en el marco general del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos.

Les insuffisances du *corpus juris* de protection ont donné naissance à des initiatives, dans notre région, pour donner des réponses appropriées aux nouveaux besoins de protection dans des situations originaires non-prévues, comme celles de déplacements internes, des migrants sans papiers, de déracinement en général. Elles ont été prises pour faire face à l'aggravation du problème des flux migratoires forcés. Dans ce propos, la *Déclaration et le Plan d'Action du Mexique* (2004) avait réaffirmé expressément les convergences, - aux niveaux normatif, herméneutique et opérationnel, - du DIDH, le DIR et le DIH, déjà consacrées expressément dans la *Déclaration de San José du Costa Rica* (1994). Il s'agit d'une position principiste, que, à mon avis, doit être réitérée dans la prochaine *Déclaration et le Plan de Action de Brasília* (2014).

De este modo, nuestra región ha, una vez más, asumido una posición de vanguardia en el presente dominio de protección internacional de los derechos de la persona humana, entendida ésta como sujeto del derecho de gentes (*droit des gens*). Además, nuestra región ha impulsado, con las providencias supracitadas, el proceso de *formación* de una nueva rama del derecho internacional contemporáneo, el *Derecho Internacional de las Migraciones*. Pero este proceso de su formación se encuentra, todavía, en sus primordios: aún resta un largo camino a recorrer.

Ha habido otras iniciativas recientes apuntando en la misma dirección. Por ejemplo, al inicio de este año, la *Declaración de la II Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños* (CELAC) (reunida en La Habana, Cuba, en fines de enero de 2014), hizo un llamado - en lenguaje reminiscente de la Opinión Consultiva n. 18 (2003) de la CtIADH, - a la erradicación de la discriminación de las desigualdades y de la marginación social, que son "violaciones de los derechos humanos y transgresiones del Estado de Derecho" (párr. 1). La referida Declaración de la CELAC afirmó su compromiso en "continuar a consolidar sólidos principios regionales en materia de reconocimiento de los derechos de los migrantes, así como profundizar la coordinación de políticas migratorias regionales y de posiciones comunes en las negociaciones globales e inter-regionales sobre migraciones, y, en especial, en la formación del debate

internacional sobre el nexo entre la migración, el desarrollo y los derechos humanos” (párr. 26).

En conclusión, en las presentes Consultas del ACNUR, debemos mantenernos conscientes de que provenimos de una región - América Latina y Caribe - que ha asumido posiciones de vanguardia en diversos dominios del Derecho Internacional. Esto es hoy día internacionalmente reconocido. En el curso de estas Consultas del ACNUR, ahora en su tercera década, estoy convencido en que sabremos mantenernos, fieles a nuestra mejor doctrina jusinternacionalista, a la altura de los nuevos desafíos que hoy enfrentamos en nuestra parte del mundo, en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

Nuestro ejercicio no es estatocéntrico; está centrado, más bien, en la persona humana, y en el atendimento de sus necesidades básicas de protección. Para este propósito, que corresponde a los fines humanos del Estado, es de capital importancia tener presentes las convergencias entre las tres vertientes de protección de la persona humana, a saber: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario. Mi recomendación al GRULAC es, pues, que pase a constar del Proyecto de Declaración de Brasilia (2014) un reconocimiento expreso en este sentido (en los términos que vengo de proponer), tal como ocurrió con las Declaraciones de San José (1994) y de México (2004), para fortalecer la protección de la persona humana en distintas y cambiantes circunstancias.

III. REFLEXIONES ACERCA DE LAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD DE LA PERSONA HUMANA A REQUERIR SU PROTECCIÓN^(3*)

El actual proceso de Consultas del ACNUR constituye un elemento adicional a demostrar que, en nuestros días, se encuentra enteramente superada la visión estrictamente inter-estatal del ordenamiento jurídico internacional, con el reconocimiento general de la presencia en el mismo de la persona humana, y de su acceso a la justicia, a niveles tanto nacional como internacional. A la persona humana ha sido restituida la posición central que hoy ocupa en el

3 (*) Discurso proferido por el Autor, en la ONU/ACNUR, Ginebra, en la Reunión del GRULAC, el 14 de noviembre de 2014.

derecho de gentes, de que da testimonio el ejercicio que hoy, 14 de noviembre de 2014, nos congrega no en este acto tan significativo en esta reunión del GRULAC, en Naciones Unidas/ACNUR aquí en Ginebra, - al cual comparezco en representación del equipo de los tres Expertos Jurídicos del ACNUR en sus actuales Consultas conducentes a la Conferencia Interministerial de Brasilia de 02-03 de diciembre de 2014.

El hecho de que tantos individuos hayan, en nuestros días, logrado alcanzar la jurisdicción internacional en la vindicación o defensa de sus derechos, en medio a circunstancias de la más aguda adversidad o vulnerabilidad, es señal de los nuevos tiempos, revelador del nuevo paradigma del derecho internacional *humanizado*, el nuevo *jus gentium*, sensible y atento a las necesidades de protección de la persona humana en cualesquiera circunstancias⁴. Sin embargo, hay tantos otros individuos que siguen padeciendo en situaciones de extrema vulnerabilidad, en medio a necesidades agudas y apremiantes de protección.

Hace casi dos semanas, en otra reunión del GRULAC como la presente, me permití destacar las proyecciones de este proceso de *humanización* del derecho internacional, que se han hecho sentir en las tres vertientes, *convergentes*, de protección internacional de los derechos de la persona humana, a saber, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario⁵. Es cierto que, en nuestra parte del mundo, se han logrado muchos avances, a lo largo de las tres últimas décadas (1984-2014), pero han surgido nuevas necesidades de protección.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH) se ha construido, en los últimos años, extendiendo protección a migrantes indocumentados o desarraigados, “niños en la calle” o abandonados, entre otras personas afectadas,

4 A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 7-9, 17, 26-30, 57-61, 81-99, 116-117 y 145-149, y cf. pp. 3-184; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 1ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409 (agotado); A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.

5 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, 1ª. ed., Ginebra, CICV, [2000], pp. 1-66 (agotado).

individualmente o en grupos o comunidades, por tipos distintos de marginación o exclusión social, - victimados en situaciones de conflicto armado o desplazados forzosamente, e inclusive familiares de víctimas de masacres⁶. Sin embargo, a lo largo de la última década (2004-2014), han surgido, como lo vienen de revelar las Consultas de este año del ACNUR en América Latina y el Caribe (2014), nuevas situaciones de la más aguda vulnerabilidad de los seres humanos, que hoy día requieren nuevas respuestas para asegurar su efectiva protección. De ahí la considerable importancia del presente ejercicio que aquí nos congrega, en un momento tan significativo para todos nosotros: el de la conclusión del proceso de redacción del Proyecto de *Declaración y Plan de Acción de Brasilia para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2014).

En el actual proceso de Consultas del ACNUR, las cuatro reuniones subregionales realizadas durante este año (a saber, las del Mercosur, 18-19.03.2014; de la subregión andina, 09-10.06.2014; de Mesoamérica, 10-11.07.2014; y del Caribe, 10-11.09.2014) nos han permitido actualizarnos e identificar los nuevos desafíos, - que revisamos en nuestra anterior reunión del GRULAC del 03.11.2014, aquí en Ginebra. Hay que tener presente, en una dimensión temporal, que la *protección de los vulnerables* ha constituido el gran legado de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)⁷ de Naciones Unidas.

Pero a pesar de toda la atención que los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas se han venido dedicando a esta causa, todavía falta una conceptualización adecuada de vulnerabilidad, inclusive con criterios para identificar personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad⁸, para

6 Cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, cap. X, pp. 179-191; A.A. Cançado Trindade, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) pp. 629-699.

7 Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 13-363.

8 Cf. A.R. Chapman and B. Carbonetti, "Human Rights Protection for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contribution of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights", 33 *Human Rights Quarterly* (2011) pp. 682-732.

los efectos de su protección eficaz. A esto se agrega el hecho de que, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se ha configurado en medio a la descomposición del poder público, incapaz de prestar un mínimo de protección a las referidas víctimas, en un contexto más amplio de descomposición del propio tejido social.

En este contexto sumamente preocupante, asume particular relevancia la observancia del *principio básico de la igualdad y no-discriminación*, frecuentemente proclamado pero insuficientemente estudiado hasta el presente. Se entiende por discriminación una distinción arbitraria o injustificable (sin justificación alguna), y por lo tanto inadmisibles. Su prohibición se da en relación con el ejercicio de todos los derechos consagrados como inmanentes a la persona humana, en razón del *principio fundamental de la igualdad y no-discriminación*⁹. La violación de la prohibición de todo tipo de discriminación acarrea violación de los propios derechos humanos protegidos, con todas sus consecuencias jurídicas. La insuficiente atención dedicada por la doctrina jurídica hasta el presente, al principio básico de la igualdad y no-discriminación, está lejos de guardar proporción con la fundamental importancia de dicho principio, tanto en la teoría como en la práctica del derecho.

Igualdad y no-discriminación han pasado a ser invocadas en relación con individuos y grupos de individuos en situación de vulnerabilidad, o en relación con ellos o en su nombre, en las más variadas circunstancias. Desde mediados de la década de los noventa hasta el presente (1994-2014), las atenciones se han concentrado en los desafíos de la condición de personas afectadas tanto por tensiones y disturbios internos como por el empobrecimiento y la pobreza crónica, en las migraciones como indocumentados¹⁰ (en particular las niñas y niños no acompañados y las mujeres), y en las víctimas de la trata de personas. Los victimados son sometidos a condiciones infra-humanas de vida, cuando sobreviven.

9 Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, 1ª. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2013, pp. 39-748.

10 Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme", 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme - Bruxelles* (2008) n. 74, pp. 289-328; L. Ortiz Ahlf, *Derechos Humanos de los Indocumentados*, México D.F., ELD/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11-136.

El ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas¹¹, que se extendió por toda la década de los noventa hasta el inicio de la década pasada, vino significativamente presentar un denominador común, a dar cohesión a los documentos finales por ellas adoptados, - denominador éste que fue afirmado de forma contundente por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos: el reconocimiento de *la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional como un todo con las condiciones de vida de la población en todas partes*¹². El referido conclave mundial buscó examinar los medios de asegurar la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) *en la práctica*, con atención especial a las personas discriminadas o desfavorecidas, a los grupos vulnerables, a los pobres y los socialmente marginados o excluidos, - en suma, a los más necesitados de protección¹³, - y con vistas a asegurarles las condiciones de una vida digna.

Este ciclo de Conferencias Mundiales, en el plano global, sumado a las tres décadas de Consultas del ACNUR (1984-2014), en nuestro plano regional, han mucho contribuido al reconocimiento de la *centralidad* de las víctimas en el presente dominio de protección, inclusive - y sobre todo - de las que padecen de vulnerabilidad, en medio a circunstancias particularmente *agravantes*. Sólo podremos buscar *soluciones duraderas* mediante una acción colectiva, movida por la solidaridad humana. Son aquí necesarios esfuerzos a través de una concertación de Estados y entidades de la sociedad civil, congregados

11 Conferencias Mundiales sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro, 1992; sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; sobre Población y Desarrollo, Cairo, 1994; sobre Desarrollo Social, Copenhagen, 1995; sobre Derechos de la Mujer, Beijing, 1995; sobre Asentamientos Humanos - Habitat-II, Istanbul, 1996; y Conferencia Mundial contra el Racismo, Durban/África del Sur, 2001.

12 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª. ed., Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, caps. III-VII, pp. 165-338; y cf. A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (Symposium of the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

13 A.A. Cançado Trindade, "Nouvelles réflexions sur l'interdépendence ou l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, une décennie après la Conférence Mondiale de Vienne", in *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores - Liber Amicorum J.A. Pastor Ridruejo* (eds. L. Caflisch *et alii*), Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 59-73.

en una causa común, para asegurar la salvaguardia de los derechos básicos de los migrantes y sus familiares, en todas circunstancias.

On reconnaît de nos jours que, face au phénomène des migrations forcées, c'est la responsabilité de la communauté internationale dans son ensemble qui est en cause, pour défendre le droit humain de vivre avec dignité, et même la survie, des victimes réelles et potentielles. L'ensemble de la question met en évidence des impératifs de justice sociale au niveau universel. Un rôle important est dévolu aux politiques publiques ainsi qu'à la mobilisation des entités de la société civile pour réduire leurs souffrances et améliorer leurs conditions de vie. Des avancées dans ce domaine ne pourront être accomplies que dans une atmosphère de vraie solidarité humaine. Les êtres humains ne doivent pas être privés de leurs droits simplement en raison de leur statut migratoire ou de toute autre circonstance. Il faut placer la personne humaine à la place qui lui correspond, au-dessus du capital, des biens et des services.

Quite significantly, in the three decades of the Consultations of the UNHCR in our part of the world, this is the first time that our community of nations, *as a whole, encompassing Latin America as well as the Caribbean* (as from the memorable meeting in Grand Cayman Island, held last 10-11.09.2014), assume jointly this humanitarian cause. This is in line with the long-standing contribution of our region to the most lucid doctrinal trend in modern international law, as evidenced, successively, in the II Hague Peace Conference (1907); in the creation (in 1907) of the first permanent international tribunal in the world, the Central American Court of Justice; in the concertation, along decades, of the old International Conferences of American States, wherefrom emerged some historical Conventions, such as, *inter alia*, the Convention on Asylum (La Habana, 1928), the Convention on Political Asylum (Montevideo, 1933), and the Conventions on Political and Territorial Asylum (Caracas, 1954), without parallel in other regions of the world; in the adoption, in 1948, of the American Declaration of Rights and Duties of Man, one semester before the adoption by the U.N. General Assembly of the Universal Declaration of Human Rights.

El derecho de acceso a la justicia (artículo 8 de la Declaración Universal) fue una contribución de las más significativas de nuestra región a la Declaración Universal como un todo. Y los ejemplos, del pionerismo de nuestros países en el dominio de la protección

internacional de los derechos de la persona humana, se multiplican. Las tres décadas de las Consultas del ACNUR, subsiguientes a la Declaración de Cartagena (1984), de las cuales han emanado las Declaraciones de San José (1994) y de México (2004), y ahora el Proyecto de la Declaración de Brasíla (2014), son otra manifestación en el mismo sentido. No hay otra región del mundo que haya procedido del mismo modo; es esto un patrimonio jurídico de los países y pueblos de nuestra región¹⁴.

En todo el proceso de este ejercicio humanitario de tres décadas, el derecho de la persona humana de acceso *lato sensu* a la justicia, en los planos nacional e internacional, ha significativamente marcado presencia. En todo este proceso se han buscado y encontrado nuevas respuestas a nuevas necesidades de protección del ser humano, a saber: “ciudades y fronteras solidarias”, visas humanitarias, mejora en los procedimientos de asilo y de determinación de la condición de refugiados, movilidad laboral, repatriación voluntaria y “reasantamiento solidario”.

En lo que concierne a las Consultas de este año de 2014, es gratificante que nos sintamos responsables por el Proyecto de Declaración y Plan de Acción de Brasíla. Hemos alcanzado, juntos, el compromiso, de toda nuestra región, de erradicar la apatridia, y de fortalecer la protección de los vulnerables (inclusive las víctimas de actores no-estatales, y de grupos criminales), en todas y cualesquiera circunstancias. El actual proceso de Consultas ha contado, por primera vez, con los aportes de los Estados de *toda* la región (América Latina así como el Caribe), y de los representantes de la sociedad civil, con el más alto grado de participación, y de compromiso con su seguimiento.

Es gratificante que la Providencia nos haya reservado el privilegio de participar de este proceso de Consultas de 2014, marcante en las vidas profesionales de todos nosotros, con resultados ciertamente benéficos para tantas personas vulnerables que no conocemos, que tanto necesitan de protección. Al fin y al cabo, es este un ejercicio del cual jamás nos olvidaremos. Difícilmente podría haber algo más gratificante que el sentimiento del empeño desplegado en dejar para

14 Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574.

las nuevas generaciones un mundo quizás mejor que el que nos fue legado.

IV. UNA NUEVA DÉCADA (2004-2014): LAS CONSULTAS DEL ACNUR DE 2014 Y SU RESULTADO, LA DECLARACIÓN Y EL PLAN DE ACCIÓN DE BRASIL (15*)

Las Consultas del ACNUR, iniciadas en febrero de este año y que ahora alcanzan su punto culminante, en esta Conferencia Interministerial de Brasilia (02-03.12.2014), han buscado extraer las lecciones acumuladas desde la adopción de la Declaración y Plan de Acción de México de 2004, para identificar los nuevos retos humanitarios que hoy enfrentamos y divisar respuestas a nuevas necesidades de protección de los seres humanos afectados, como sujetos de derechos y de protección internacional. Las Consultas de 2014, particularmente densas, han contado con cuatro reuniones subregionales, a saber: la del Mercosur (18-19.03.2014), la andina (09-10.06.2014), la de Mesoamérica (10-11.07.2014), y la del Caribe (10-11.09.2014). Han, además, contado con un proceso adicional de consultas en el marco del Grupo Latinoamericano y del Caribe (GRULAC), realizado en el ACNUR en Ginebra: fue éste iniciado el 13.02.2014, evaluado el 03.11.2014, y concluido el 14.11.2014.

Las Consultas de 2014 han propiciado un amplio diálogo, con espíritu constructivo, que congregó representantes gubernamentales de más de 30 países de la región (América Latina y el Caribe), además de países observadores, de más de 150 entidades de la sociedad civil, los defensores del pueblo (*ombudspersons*), y representantes de los principales organismos internacionales competentes en la materia. Las Consultas de 2014 han sido las de mayor participación pública de las tres últimas décadas, - y he tenido el privilegio de participar de todas ellas como Consultor Jurídico *ad honorem* del ACNUR, - a las cuales, por primera vez, se han sumado, a los países latinoamericanos, los países del Caribe como un todo.

Es necesario evaluar las Consultas de 2014 en perspectiva histórica, teniendo en mente las Consultas de las dos décadas anteriores, de San José de Costa Rica de 1994 y de México de 2004, para bien apreciar la ampliación del derecho aplicable. La evolución del Derecho, en el presente dominio de salvaguardia de los derechos

15 (*) Discurso proferido por el Autor, en la primera sesión plenaria de la Conferencia Interministerial del ACNUR, Brasilia, el 02 de diciembre de 2014.

de la persona humana, debe ser examinada bajo la óptica de las nuevas respuestas a las necesidades cambiantes de protección; la centralidad es de la persona humana. Cada Declaración, resultante de las Consultas anteriores del ACNUR, es fruto de un determinado momento histórico. Pero todas ellas, inclusive la que estamos listos a adoptar en la presente Conferencia Interministerial de Brasilia, enmarca la temática de los refugiados, desplazados y migrantes, en el contexto más amplio y el universo conceptual de la observancia de los derechos humanos en todas las circunstancias. De San José/1994 a México/2004 y a Brasilia/2014, se han reconocido las *convergencias* entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)¹⁶.

Tal como ponderé en mi Prefacio al tomo de la *Memoria* de las Consultas que generaron la Declaración de San José de Costa Rica de 1994, se ha comprendido que, en lugar de “categorizaciones subjetivas de personas (de acuerdo con las razones que las llevaron a abandonar sus hogares)”, pasamos a la “adopción del criterio objetivo de las *necesidades de protección*, lo que de ese modo abarca un número considerablemente mayor de personas (inclusive los desplazados internos) tan vulnerables como los refugiados”, no habiendo lugar para *vacatio legis*¹⁷. Con esto, se logra la ampliación del *derecho de protección* aplicable, en beneficio de todos los seres humanos protegidos.

Así como la Declaración de Cartagena (1984) enfrentó el gran drama humano de los conflictos armados en Centroamérica, y además presintió el agravamiento del problema de los desplazamientos internos; así como la Declaración de San José (1994) se profundizó en la cuestión de la protección también de los desplazados internos, y además presintió el agravamiento del problema de los flujos migratorios forzados; y así como la Declaración de México (2004) se profundizó en la cuestión de la protección de los migrantes (inclusive los indocumentados), y además presintió el agravamiento del problema de los flujos migratorios mixtos de gran complejidad; - así también el Proyecto de Declaración que estamos a punto de adoptar aquí en Brasilia (2014) se concentra en los miembros de

16 Párr. 5 del actual Proyecto de Declaración de Brasil.

17 ACNUR, *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, 05-07.12.1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, pp. 14-15.

grupos que padecen de extrema vulnerabilidad, y además presente el agravamiento del problema de las víctimas de actividades criminales de actores no-estatales.

Con el espíritu de encontrar respuestas a las nuevas necesidades de protección de los miembros de los segmentos victimados de la población, el actual Proyecto de Declaración (2014) reconoce expresamente, para efectos de la protección debida, la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran las personas y grupos que tanto necesitan de protección¹⁸. El referido Proyecto de Declaración también resalta, correctamente, la responsabilidad primaria de los Estados (párr. 6), la posición central de la persona humana (párr. 8), y la importancia del espíritu de solidaridad, tal como demostrado a lo largo de las Consultas del ACNUR de 2014.

Se puede constatar, en todas estas Declaraciones de tres décadas sucesivas, que la violación de los derechos humanos constituye una de las causas de los éxodos de refugiados y las graves crisis humanitarias, a requerir *soluciones duraderas* para los victimados¹⁹, los desarraigados que pasan a encontrarse en situación de creciente vulnerabilidad. El Derecho ha reaccionado, para extender la debida protección a tantos desarraigados²⁰. En las Consultas del ACNUR en las tres últimas décadas, se ha buscado lograr, mediante las Declaraciones respectivas, la correspondiente ampliación del derecho aplicable, tanto *ratione materiae* como *ratione personae*.

En efecto, ya mi contribución como Consultor Jurídico del ACNUR en sus Consultas, que presenté al pleno de la Conferencia de México de la cual resultó la Declaración y Plan de Acción de 2004, me permití señalar que, a partir de la experiencia de la comunidad internacional en nuestra parte del mundo, era difícil evitar la impresión que pasamos continuamente de una crisis a otra, con sus efectos disgregadores. Por otro lado, es muy significativo también constatar que la reacción de la comunidad internacional, movida por la conciencia humana, ha sido inmediata, mediante el ejercicio de reflexión colectiva, y con una participación pública cada vez más amplia, en las Consultas realizadas en los tres decenios sucesivos.

18 Párrs. 5, 9, 18, 20, 40-41 y 44-45.

19 A.A. Cançado Trindade, "Discurso de Clausura" (San José, 07.12.1994), *in ibid.*, pp. 431-432.

20 A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme", 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* - Bruxelles (2008) n. 74, pp. 289-328.

Con esto, - agregué, - se viene logrando la continua expansión del derecho aplicable, de modo a extender protección a un número cada vez mayor de personas que de ella necesitan, en las más distintas circunstancias²¹.

Las Consultas de 2014 han vuelto a reconocer la importancia de las convergencias entre las tres vertientes de protección de la persona humana, - el DIDH, el DIR, y el DIH, - en los planos normativo, hermenéutico y operativo. Pero las Consultas de 2014, en mi percepción, han imprimido una dimensión aún más amplia a dichas convergencias, al traer a colación tratados e instrumentos internacionales propios de otras ramas del derecho internacional, el derecho de gentes (*droit des gens / jus gentium*). Permítome señalar dos ejemplos en este sentido.

En la más reciente reunión subregional del Caribe (realizada en Grand Cayman, en septiembre de 2014), se ha subrayado la relevancia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) y del Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (1979) para las operaciones de protección de las personas en peligro en el mar. Este aporte se encuentra debidamente consignado en el Proyecto de Plan de Acción de Brasil (capítulo V), para afrontar la situación de vulnerabilidad de personas en necesidad de protección marítima. Es esta la primera vez que esto ocurre, expandiendo el marco de protección internacional. Las convergencias son ampliadas: aquí se juntan, a las referidas tres vertientes de protección internacional, otros instrumentos internacionales propios del derecho del mar.

En la reunión subregional de Mesoamérica (realizada en Managua, en julio de 2014), se ha señalado la situación de mayor y extrema vulnerabilidad de las víctimas, reales o potenciales, de la trata de personas, como las mujeres, y los niños y niñas no acompañados o separados, entre otros. Se han traído a colación las necesidades de protección internacional de las víctimas frente al crimen organizado transnacional, también consignadas en el referido Proyecto de Plan de Acción (capítulo IV), que se espera sea adoptado por esta Conferencia Interministerial de Brasilia. En realidad, es este

21 A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", in *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 147-148.

un problema que hace mucho viene preocupando el ACNUR, aún antes de las Consultas de 2004 y a lo largo de la última década.

Permítome aquí recordar que, en 2002, el ACNUR emitió sus *Directrices sobre la Protección Internacional*, en los contextos tanto de *Persecución por Motivos de Género*²², como de *Pertenencia a un Determinado Grupo Social*²³. Posteriormente, en 2006, el ACNUR emitió sus *Directrices sobre las Víctimas de la Trata de Personas y las Personas que Están en Riesgo de Ser Víctimas de la Trata*²⁴, en las cuales, *inter alia*, después de invocar la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) y sus Protocolos Adicionales sobre la Trata de Personas y el Tráfico de Migrantes, recuerda que el Protocolo sobre la Trata de Personas, después de señalar la situación de vulnerabilidad de estas últimas (artículo 3), contempla la convergencia normativa con los tratados del DIDH y del DIR (artículo 14), para asegurar mejor protección a aquellas personas²⁵.

Aquí se juntan, a las ya mencionadas tres vertientes de protección internacional, otros instrumentos internacionales de control de la delincuencia organizada transnacional y de combate a la exploración de seres humanos (como la trata de personas) en situación de especial vulnerabilidad. La dimensión es más amplia, no sólo *ratione personae* y *ratione temporis* (las víctimas reales o potenciales), sino también *ratione materiae*, por abarcar los agentes de persecución tanto estatales como no-estatales. Con este nuevo enfoque, el ACNUR divulgó, en 2010, su *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado Relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*²⁶.

Le travail de protection, dans cet univers conceptuel plus vaste, révèle, dans ma perception, l'unité du Droit²⁷, comprenant domaines

22 ACNUR, doc. HCR/GIP/02/01, de 07.05.2002, pp. 1-13.

23 ACNUR, doc. HCR/GIP/02/02, de 07.05.2002, pp. 1-6.

24 ACNUR, doc. HCR/GIP/06/07, de 07.04.2006, pp. 1-17.

25 Cf. *ibid.*, pp. 4-5, paras. 8 y 12.

26 ACNUR/División de Protección Internacional, *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado Relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*, Ginebra, marzo de 2010, pp. 1-25.

27 Sobre dicha *unidad del Derecho* en la labor de los tribunales internacionales contemporáneos, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, "A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo", in: *O Direito Internacional e o Primado da Justiça*" (eds. A.A. Cançado Trindade e A.C. Alves Pereira), Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2014, pp. 70-74; cf. también A.A.

distincts du Droit international public contemporain en *convergence* pour sauvegarder les droits de la personne humaine dans toutes les circonstances, aux niveaux national aussi qu'international, en *interaction* dans le présent contexte de protection²⁸. Il reste clair que des avancées dans le présent domaine de protection que nous concerne dans cette Conférence de Brasília, ne pourront être accomplies que dans une atmosphère de vraie solidarité humaine. Les êtres humains ne doivent pas être privés de leurs droits simplement en raison de leur statut migratoire ou de toute autre circonstance. La personne humaine doit être placée à la place que le correspond, certainement au-dessus du capital, des biens et des services.

La reunión subregional andina (realizada en Quito, en junio de 2014) ha contribuido al examen actualizado de las *soluciones duraderas* en el marco tanto del DIR como del DIDH, tomados conjuntamente. En lo que concierne a integración local, por ejemplo, el Proyecto de Plan de Acción, considerado para adopción en la presente Conferencia de Brasilia (de diciembre de 2014), hace un llamado a los “servicios públicos solidarios” (como la salud, educación, vivienda y empleo) y a la integración intercultural²⁹. El referido Proyecto de Plan de Acción, además, pondera (capítulo III) que las soluciones duraderas ya consagradas³⁰ - a saber, la *repatriación voluntaria*, la *integración local* y el *reasantamiento* - son susceptibles de efectuarse de modo complementario, coordinado y conjunto, para lograr soluciones adecuadas, integrales y sostenibles en beneficio del conjunto de los segmentos afectados de la población³¹.

A su vez, la reunión subregional del Mercosur (realizada en Buenos Aires, en marzo de 2014), ha agregado a este marco conceptual

Cançado Trindade, - “Vers un droit international universel: la première réunion des trois Cours régionales des droits de l’homme”, in XXXVI *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2009*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2010, pp. 103-125.

28 Sobre tal interacción, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, “A Century of International Justice and Prospects for the Future”, in: A.A. Cançado Trindade e D. Spielmann, *A Century of International Justice / Rétrospective d’un siècle de justice internationale et perspectives d’avenir*, Oisterwijk, Wolf Publs., 2013, pp. 24-25.

29 Proyecto de Plan de Acción, párr. 23.

30 También el actual Proyecto de Declaración aborda las *soluciones duraderas*, desde la perspectiva de las lecciones aprendidas en la implementación de los componentes de “ciudades solidarias”, “fronteras solidarias” y “reasantamiento solidario”, del Plan de Acción de México de 2004 (párrs. 22-25).

31 Cf. también, en el mismo sentido, el párr. 49 del Proyecto de Declaración.

un programa propuesto de *movilidad laboral*, que venga a facilitar el libre tránsito de los refugiados a terceros países, donde puedan acceder a empleo remunerado para alcanzar la autosuficiencia económica, - tal como también consignado en el mencionado Proyecto de Plan de Acción (capítulo III)³². El Proyecto de Declaración caracteriza dicha *movilidad laboral*, para promover la integración de refugiados en terceros países, como un “mecanismo regional de solidaridad” (párr. 52). Además, la misma reunión subregional del Mercosur ha sostenido los altos estándares de protección consagrados en los desarrollos de “la jurisprudencia y la doctrina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), y el carácter de *jus cogens* del principio de *non-refoulement*, - tal como consignado en el Proyecto de Declaración de Brasil (párr. 12).

El documento final de las Consultas del ACNUR de 2014 expresa el compromiso de erradicación de la apatridia dentro de la próxima década³³. Subraya la necesidad continuada de la otorga de las *visas humanitarias*³⁴, entre otras medidas, en un espíritu de solidaridad³⁵. Enfatiza la necesidad de fiel observancia de las garantías del debido proceso legal³⁶ y del principio básico de no-discriminación³⁷. Y, en fin, reconoce la necesidad de *evaluación y seguimiento* de la labor realizada³⁸. El referido documento final encuéntrase orientado, como no podría dejar de ser, hacia las personas a ser protegidas, consideradas como verdaderos *sujetos* de derecho y de protección internacional³⁹.

En todo el proceso de este ejercicio humanitario de tres décadas de Consultas del género, el derecho de la persona humana de acceso *lato sensu* a la justicia, en los planos nacional e internacional, ha significativamente marcado presencia. Hemos alcanzado, juntos, el compromiso, de toda nuestra región, de erradicar la apatridia, y de fortalecer la protección de los que padecen en situaciones de la más completa vulnerabilidad (inclusive las víctimas de actores no-estatales, y de grupos criminales), en todas y cualesquiera circunstancias. Esto

32 También consignado en el actual Proyecto de Declaración de 2014 (párr. 52).

33 Declaración, párrs. 29-30 y 53; y Plan de Acción, párr. 12, y cap. VI, párrs. 39-40.

34 Declaración, párr. 14; Plan de Acción, párrs. 24 y 47.

35 Plan de Acción, párr. 30.

36 Declaración, párrs. 13, 18 y 38.

37 Declaración, párrs. 42 y 48.

38 Declaración, párr. 48.

39 Declaración, párrs. 41-42. Para un estudio general de esta cuestión, cf. A.A. Cañado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

se halla en plena conformidad con el carácter pionero de las valiosas contribuciones de los países y pueblos de nuestra región al desarrollo progresivo del derecho internacional contemporáneo.

To have disclosed this wider normative and conceptual universe constitutes, in my understanding, one of the achievements of the process of Consultations of the UNHCR of 2014, culminating today in this Conference of Brasilia that congregates all of us around the Draft Declaration and Plan of Action of Brazil. Throughout this whole process of Consultations, we have searched for, and found, new responses to the new humanitarian challenges, to the new needs of protection of human beings. The holding of the present Interministerial Conference of Brasília constitutes a most significant historical moment, wherein, for the first time ever, in the three decades of Consultations of the kind of the UNHCR, Latin America and the Caribbean congregate here to face, *jointly*, the new humanitarian challenges of our times, by means of the adoption of its final document.

O atual processo de Consultas de 2014 tem contado com o mais alto grau de participação pública nas três últimas décadas, tanto dos representantes governamentais como dos representantes da sociedade civil. Estas três décadas das Consultas do ACNUR são um exemplo único em todo o mundo. Não há outra região do mundo que tenha procedido do mesmo modo; é este um patrimônio jurídico dos países e povos de nossa região. No tocante às Consultas deste ano de 2014, é gratificante que possamos sentir, todos, responsáveis pelo Projeto de Declaração e Plano de Ação de Brasília, cuja aplicação se reverterá em benefício de tantas personas em situações de vulnerabilidade, em busca de proteção. É importante que, a partir de agora, nos mantenhamos atentos a sua efetiva aplicação. Dificilmente poderia haver algo mais gratificante do que o sentimento do empenho na *construção* do direito das gentes (*droit des gens / jus gentium*) contemporâneo: tem este sido verdadeiramente um exercício de *construção*, para que possamos deixar às novas gerações um mundo talvez melhor do que o que encontramos.

V. OBSERVACIONES FINALES

La Declaración y el Plan de Acción de Brasil vinieron a ser adoptados, por consenso y aclamación, en la última sesión plenaria de la Conferencia Interministerial del ACNUR, en Brasília, el 03 de diciembre de 2014. En comparación con Cartagena/1984, San

José/1994 y México/2004, Brasilia/2014 fue la Conferencia que logró el más alto grado de participación pública, abarcando, por primera vez, todos los países de la región, tanto los de América Latina como también del Caribe. Es cierto que la temática ha despertado interés en otras latitudes (en relación, v.g., con los problemas de los flujos migratorios forzados⁴⁰, de la trata de personas y del tráfico ilícito de migrantes⁴¹, de la falta de acceso a la justicia⁴², entre otros), pero la movilización de toda nuestra región alrededor de la temática general

40 Cf., v.g., [Varios Autores,] *Les migrations contraintes* (Actes du Colloque de Caen, 2012 - ed. C.-A. Chassin), Paris, Pédone, 2014, pp. 5-186; [Varios Autores,] *La protection internationale et européenne des réfugiés* (ed. A.-M. Tournepiche), Paris, Pédone, 2014, pp. 5-176; [Varios Autores,] *La société internationale face aux défis migratoires* (eds. H. Gherari y R. Mehdi), Paris, Pédone, 2012, pp. 7-217; M. Dubuy, "À propos de l'émergence d'un nouvel ordre migratoire mondial - Aspects récents", in *L'État dans la mondialisation* (Colloque de Nancy), Paris, Pédone, 2013, pp. 345-370; M.-F. Valette, "La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations", 23 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2012) n. 89, pp. 103-123; [Varios Autores,] *Migrations de populations et droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2011, pp. 13-260; C. Pérez González, *Migraciones Irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 21-207; S. Castles y M.J. Miller, *The Age of Migration - International Population Movements in the Modern World*, N.Y., Guilford Press, 1993, pp. 1-275; F.F. Höpfner, *L'évolution de la notion de réfugié*, Paris, Pédone, 2014, pp. 265-454; V. Longhi, *The Immigrant War - A Global Movement against Discrimination and Exploitation*, Bologna, SEPS, 2014, pp. 1-122.

41 Cf., v.g., K. Plouffe-Malette, *Protection des victimes de traite des êtres humains - Approches internationales et européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1-184; A.G. Chueca Sancho, "Protección Internacional frente a la Trata de Personas", in *Un Mundo sin Desarraigo: El Derecho Internacional de las Migraciones* (ed. F.M. Mariño Menéndez), Madrid, Catarata, 2006, pp. 132-197; [Varios Autores,] *From Human Trafficking to Human Rights - Reframing Contemporary Slavery* (eds. A. Brysk y A. Choi-Fitzpatrick), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2012, pp. 1-216; y cf., en general, J. Pierrat, *Mafias, gangs et cartels - La criminalité internationale en France*, [Paris,] Éd. Denoël, 2008, pp. 7-456; L. Corte Ibáñez y A. Giménez-Salinas Framis, *Crimen Organizado - Evolución y Claves de la Delincuencia Organizada*, Barcelona, Ariel, 2010, pp. 17-428; N. Kranrattanasuit, *ASEAN and Human Trafficking - Case Studies of Cambodia, Thailand and Vietnam*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 1-214.

42 Cf., v.g., J. McBride, *Access to Justice for Migrants and Asylum Seekers in Europe*, Strasbourg, Council of Europe, 2009, pp. 5-129; M. Morel, *The Right Not to Be Displaced in International Law*, Cambridge/Antwerp, Intersentia, 2014, pp. 49-310; [Varios Autores,] *The Protection of Separated or Unaccompanied Minors by National Human Rights Structures* (Coloquio de Padova, octubre de 2009), Strasbourg/Padova, Council of Europe/Universidad de Padova, 2009, pp. 5-63; Y. Ktistakis, *Protecting Migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, Council of Europe, 2013, pp. 9-119.

es única, asumiendo posición de vanguardia en todo el mundo, tal como me permití señalar en mis intervenciones⁴³ en el proceso de Consultas del ACNUR de 2014.

En dichas Consultas de 2014 (cf. *supra*), que culminaron con la adopción en Brasilia, el 03 de diciembre de 2014, de la Declaración y el Plan de Acción de Brasil, participaron, a la par de los gobiernos de todos los países de nuestra región, también numerosas entidades de la sociedad civil de la misma región, - como no podría dejar de ser, tratándose de una temática de carácter humanitario. En sus intervenciones en la Conferencia Interministerial de Brasilia, los representantes de dichas entidades defendieron una interpretación progresiva de los instrumentos internacionales pertinentes, y la armonización con ellos de las legislaciones nacionales. En relación con las nuevas causas de desplazamiento forzado, enfatizaron la necesidad de asegurar el respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias, y de transformar el enfoque de seguridad nacional hacia un enfoque de seguridad humana.

Los representantes de las entidades de la sociedad civil también se refirieron a la contribución de los Estados caribeños al traer a colación la necesidad de asegurar protección en la alta mar, y, en seguida, destacaron cinco otros puntos, a saber: a) la necesidad de atención especial a personas en alto grado de vulnerabilidad (como los niños no acompañados), a ejemplo de las víctimas de la trata de personas; b) la importancia de los principios de no-discriminación y no-rechazo; c) la necesidad de expedición de un documento de identidad a ser reconocido a nivel regional; d) la garantía del derecho a la nacionalidad; y e) la importancia de alcanzar soluciones duraderas. En fin, dichos representantes destacaron la importancia de los mecanismos de *seguimiento y monitoreo*, a ser fortalecidos por una composición tripartita, abarcando la participación de los Estados, del ACNUR y de la sociedad civil (juntamente con la academia).

Poco antes del cierre de la Conferencia Interministerial de Brasilia, el Estado anfitrión procedió a un breve resumen del aporte de los recién-adoptados Declaración y Plan de Acción de Brasil. Después de subrayar la importancia de la incorporación a ellos de los países caribeños, - registrando la proximidad entre América Latina y el Caribe, - señaló, en el ejercicio de actualización, la inclusión del drama de los apátridas y la relevancia del derecho a la nacionalidad

⁴³ En el segundo y tercer discursos, *supra*.

(que ya figuraba en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948), y el compromiso con la erradicación (además de prevención) de la apatridia en el transcurso de la próxima década. También destacó la importancia de la protección de personas en situaciones de *vulnerabilidad* (en un espíritu de solidaridad), como los niños/niñas y adolescentes no-acompañados (rumbo al Norte).

Efectivamente, la Declaración y el Plan de Acción de Brasil (2014) han logrado, a mi juicio, un *aggiornamento* del marco de protección para la próxima década (2014-2024) de personas en situaciones de vulnerabilidad en el contexto regional actual. Es significativo su reconocimiento expreso de las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, revelando la *unidad del Derecho*. Es, además, significativo el reconocimiento de la relevancia de la incidencia del derecho de acceso *lato sensu* a la justicia, así como del carácter de *jus cogens* del principio de *non-refoulement*.

En la evaluación de la Conferencia Interministerial de Brasilia a la que de inmediato procedimos (el ACNUR y representantes de entidades de la sociedad civil y de la academia) en la Universidad de Brasilia (UnB - Instituto de Relaciones Internacionales - IREL), en la tarde del 3 y mañana del 4 de diciembre de 2014, nos concentramos en los proyectados y necesarios mecanismos de seguimiento y monitoreo de la Declaración y Plan de Acción de Brasil. No se anticiparon dificultades en que sean preferiblemente de composición tripartita (Estados, ACNUR, y sociedad civil y academia), - al menos, de inicio, en el Cono Sur y en Centroamérica, y además en la subregión andina; en cuanto al Caribe, se podría, quizás, para la coordinación, contar con la asistencia del CARICOM.

En fin, en el mundo conturbado en que vivimos, nuestra región - América Latina y el Caribe - ha sabido, fiel a la mejor tradición de su más lúcida doctrina jusinternacionalista, salvaguardar los valores humanos y su cuidado con los que padecen en situaciones de vulnerabilidad, en un espíritu de solidaridad y en el marco de la universalidad de los derechos de la persona humana. Es un privilegio haber podido participar de este proceso de Consultas del ACNUR que culminó en la adopción de la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014) para la próxima década, como un paso más en el largo camino de la *humanización* del Derecho Internacional.



LA DIGNIDAD HUMANA: ¿PRINCIPIO, REGLA O ARTIMAÑA?

Ana Maria D'Ávila Lopes

Máster y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Profesora Titular del Programa de Post-Grado en Derecho de la Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Becaria de Productividad en Investigación del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq).

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Máster en Derecho por la Universidade Federal do Ceará (UFC); Doctor en Derecho por la Universität Frankfurt am Main; Profesor Titular del Programa de Post-grado en Derecho de la Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Procurador del Municipio de Fortaleza.

1. INTRODUCCIÓN

En artículo recientemente publicado, Habermas cuestiona por qué el concepto filosófico de dignidad humana, que surgió en la Antigüedad, solamente comenzó a ser incluido en los documentos de derecho internacional después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente si se considera su relación estrecha con los derechos humanos. Sin duda, la “assimetria temporal entre a história dos *direitos* humanos, que remonta ao século XVII, e o aparecimento recente do conceito *dignidade* humana em codificações nacionais e do direito internacional, assim como a jurisprudência do último meio século, continuam a ser um facto assinalável”¹.

Más aún, en los días actuales, la dignidad humana ha alcanzado un protagonismo nunca antes visto en la historia de la humanidad, siendo frecuentemente invocada cada vez que alguien considera que alguno de sus derechos ha sido violado. Ese uso recurrente del argumento de la ofensa a la dignidad viene levantando serios cuestionamientos respecto de su banalización.

¹ HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 29

Ésa es una situación que puede ser verificada en el Derecho brasileño, donde adquiere particularidades más críticas. Así, la dignidad, positivada en la Constitución Federal de 1998 como un principio fundamental (art. 1º, III), viene siendo indiscriminadamente invocada no sólo por las partes del proceso, sino también por algunos jueces que encontraron, en la ponderación de principios propuesta por Alexy, la excusa perfecta para dictar sentencias con una alta carga de discrecionalidad y poco de racionalidad², transformando disposiciones constitucionales, como la propia dignidad, en verdaderas artimañas jurídicas.

En ese contexto, el objetivo de este trabajo es mostrar cómo la aplicación distorsionada de la teoría normativa de Alexy, por algunos jueces en Brasil, ha transformado la disposición constitucional de la dignidad humana en una artimaña jurídica.

Para ello, inicialmente, la teoría normativa de Alexy será brevemente expuesta, con el objetivo de demarcar el ámbito teórico de la propuesta de este texto, para seguidamente analizar de forma más específica la norma de la dignidad humana y como ha sido – erróneamente - aplicada en el Derecho brasileño.

2. LA TEORÍA NORMATIVA DE ALEXY

La teoría normativa de Alexy se encuentra expuesta en su libro “Teoría de los Derechos Fundamentales”, escrito para obtener la habilitación como profesor en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen, en 1984.

El objetivo del libro es “dar respuestas racionalmente fundamentadas a las cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales”³, como forma de huir de la “retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo”⁴.

Con esa finalidad, parte Alexy⁵ de la afirmación de que todo derecho fundamental presupone la vigencia de una norma de derecho fundamental, pasando a elucidar la diferencia entre norma y enunciado.

2 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2008; STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 24.

4 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 45

5 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 103 y siguientes.

Una norma es el significado de un enunciado normativo, lo que significa que una norma puede expresarse por medio de diferentes enunciados. Siendo así, los criterios de identificación de una norma no deben ser buscados en los enunciados por medio de los cuales se expresa, sino en la norma misma.

Una forma de identificar una norma es verificar si está formulada en enunciados deónticos básicos como “puede”, “debe” y “prohibido”. El problema es que no existen reglas exactas para identificar un enunciado permisivo, imperativo o prohibitivo.

Otro criterio importante para identificar una norma es la distinción entre existencia y validez normativa. Algunos autores, como Ross⁶, equivocadamente confunden ambos conceptos, llegando a afirmar que sólo las normas válidas existen como tales. Alexy⁷ no concuerda y argumenta que, así como es posible expresar un pensamiento sin que sea verdadero, también es posible expresar una norma sin que sea válida.

A pesar de que una norma necesita cumplir algunos requisitos de validez para ser tal, no se puede afirmar que existe total identificación entre validez y existencia. Si así fuese, la teoría normativa quedaría reducida a un único aspecto.

Para aclarar esa distinción, es necesario antes definir la funcionalidad de la norma, para lo cual es necesario determinar el modo como debe ser interpretada y aplicada, si es o no válida, o qué es lo que necesita para serlo.

Los enunciados que indican cuáles normas son válidas son llamados “enunciados de validez normativa”⁸, los que pueden ser verdaderos o falsos, según el criterio de validez utilizado. Es más, de ello deriva otra diferencia entre los enunciados normativos y las normas, ya que los primeros pueden ser clasificados como verdaderos o falsos, mientras que de las normas sólo se puede decir que expresan algo prohibido, permitido u ordenado⁹. De esa manera, el enunciado expresa algo que “es” en cuanto la norma algo que “debe ser”¹⁰.

6 ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 5. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

7 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 56.

8 Kelsen llama los enunciados de validez normativa de “enunciados jurídicos”, los cuales no pertenecen al Derecho (compuesto sólo de normas), sino a la Ciencia del Derecho. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 73).

9 FREGE, Gottlob. *Escritos lógicos-semánticos*. Tecnos: Madrid, 1974.

10 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 55

Por otro lado, los criterios de validez varían según cada teoría. Así, hay criterios sociológicos (introducen el sentimiento social de obediencia a la obligatoriedad de la norma); criterios jurídicos (defienden la tesis de la imposición normativa autorizada por otra norma de grado superior); y criterios éticos (arguyen la necesidad de una fundamentación moral), siendo que el concepto semántico de la norma no presupone ni excluye ninguna de esas teorías.

Son esas cuestiones que llevaron a Alexy¹¹ a considerar como criterio de identificación de la norma el contexto del uso del enunciado, lo que implica indagar por las circunstancias, reglas de uso y conexión de ese enunciado con otros. Sin embargo, el uso de esos criterios pragmáticos no cambia el hecho de que lo que debe ser identificado es una identidad semántica, es decir, el contenido de una modalidad deóntica.

Con esa finalidad, se analizan seguidamente la teoría semántica y la teoría estructural de las normas de derecho fundamental de Alexy.

2.1 La teoría semántica de la norma de derecho fundamental

Los derechos fundamentales se encuentran enunciados en disposiciones de derecho fundamental, es decir, en disposiciones constitucionales. Alexy sugiere inicialmente que se haga una distinción entre una disposición o enunciado constitucional de derecho fundamental y una norma de derecho fundamental. De ese modo, identifica las disposiciones de derecho fundamental con los artículos constitucionales que confieren derechos subjetivos, en cuanto las normas de derecho fundamental corresponden al contenido directamente expresado en esas disposiciones. A partir de eso, surgen dos importantes cuestiones:

a) Enunciados de derecho fundamental que expresan derechos fundamentales:

Carl Schmitt¹² identifica un derecho fundamental con base en dos criterios:

- **Material:** son derechos fundamentales sólo los que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por tanto, son reconocidos así en la constitución. En el caso del Estado liberal, por ejemplo, Schmitt considera como fundamentales únicamente los derechos

11 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 53.

12 SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Alianza, 1996.

individuales de libertad. El inconveniente de este criterio está en vincular un derecho fundamental a una determinada concepción de Estado¹³;

- Estructural: son derechos fundamentales solamente los que presentan una determinada estructura, la cual, siguiendo lo expuesto líneas arriba, debe corresponder a la de un derecho individual de libertad. Este criterio también presenta inconvenientes, pues restringe la lista de derechos fundamentales.

Frente a los inconvenientes de los criterios propuestos por Schmitt, Alexy propone una alternativa. Así, defiende utilizar un criterio estructural que admita identificar como derecho fundamental sólo aquel que derive de una norma de derecho fundamental que otorgue un derecho subjetivo, independientemente de su contenido¹⁴.

Sin embargo, este criterio tiene el inconveniente de que ciertos enunciados, con estrecha relación con un derecho fundamental, estarían excluidos de la categoría de fundamentales por no conferir un derecho subjetivo, creándose el riesgo de limitar indirectamente un derecho fundamental.

Otro posible criterio sería el estrictamente formal, es decir, identificar como derecho fundamental sólo aquel que está comprendido en el capítulo de la constitución relativo a los derechos fundamentales, independientemente de su contenido o de su estructura normativa¹⁵.

Este criterio es también muy restrictivo, ya que pueden existir derechos fundamentales derivados de enunciados fundamentales que no se encuentren previstos en el capítulo específico de los derechos fundamentales o que no se encuentren previstos expresamente en la constitución, como es el caso brasileño. Así, en el § 2° del art. 5° de la Constitución Federal brasileña de 1988, se establece que se reconocen como derechos y garantías fundamentales no sólo los que se encuentran expresos en todo el texto constitucional, sino también los derivados de los principios constitucionales, del régimen adoptado por el Estado y los que se encuentren en tratados internacionales en los cuales Brasil sea parte, mostrando la inviabilidad de la adopción de ese criterio, por lo menos en el ordenamiento jurídico brasileño;

13 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 64

14 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 64-65.

15 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 65.

b) Las consecuencias de la imprecisión semántica y estructural de los derechos fundamentales

Líneas arriba, se concluyó provisoriamente que las normas de derecho fundamental son las que se encuentran expresadas en enunciados de derecho fundamental. El problema surge con la imprecisión de algunas disposiciones constitucionales, que son tanto semántica como estructuralmente abiertas.

Una disposición de derecho constitucional es semánticamente abierta cuando utiliza términos generales susceptibles de diversas interpretaciones, exigiendo, consecuentemente, su delimitación semántica con el fin de garantizar su correcta aplicación. Es estructuralmente abierta cuando no especifica si es el Estado, por medio de una acción o de una omisión, quien debe satisfacer la exigencia establecida en la disposición o si no deja claro si otorga un derecho subjetivo.¹⁶

De esa imprecisión derivan otros dos problemas:

- Toda disposición constitucional abierta necesita ser conceptualmente delimitada para ser aplicada a un caso concreto. Esa delimitación es realizada por medio de disposiciones de jerarquía infraconstitucional. La cuestión es si esas disposiciones también son enunciados de derecho fundamental. La doctrina es unánime al afirmar que un derecho fundamental contenido en un enunciado constitucional abierto, sin disposiciones infraconstitucionales que especifiquen su contenido, se vuelve peligrosamente ineficaz, lo que demuestra una estrecha relación entre esos dos tipos de enunciados (constitucional e infraconstitucional). Alexy¹⁷ llama este tipo de relación *relación de precisión*, porque son las disposiciones infraconstitucionales las que irán precisar lo que está siendo ordenado, prohibido o permitido.

De ese modo, estaría justificado considerar como normas de derecho fundamental no sólo las que se encuentran expresadas en enunciados constitucionales, sino también las contenidas en enunciados de jerarquía infraconstitucional, que se encuentren adscriptas a las disposiciones de derecho fundamental y que ayuden a precisar el contenido y el alcance de las normas constitucionales. En ese sentido, las normas de derecho fundamental, según Alexy¹⁸

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 67-68.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 69

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 70.

se clasificarían en: a) normas de derecho fundamental directamente establecidas en la constitución; b) normas de derecho fundamental adscriptas a las anteriores y contenidas en disposiciones de jerarquía infraconstitucional.

La cuestión es establecer cuando una disposición infraconstitucional puede ser considerada adscripta a un enunciado constitucional, es decir, cuando puede ser suficiente su relación con una norma de derecho fundamental o cuando es necesario que desarrolle o especifique directamente el contenido normativo fundamental. Son dos alternativas que, en determinadas circunstancias, pueden ser muy difíciles de distinguir, dificultando aún más su delimitación conceptual.

El criterio utilizado para considerar la adscripción de un enunciado infraconstitucional a uno constitucional no puede ser empírico, por su imprecisión. Lo correcto es buscar la validez de la adscripción en su fundamentación, lo que depende de la argumentación jusfundamental que de ella se haga¹⁹. A pesar de que pueden surgir argumentaciones diferentes, y hasta contrarias, se debe buscar la solución que mejor resuelva el caso concreto y la que presente una mayor coincidencia con la propia fundamentación de la norma de derecho fundamental a la que está adscripta.

El segundo problema derivado de la imprecisión de las disposiciones de derecho fundamental es que, muchas veces, en un único enunciado constitucional pueden ser encontrados diferentes tipos de normas, algunas de carácter fundamental y otras no²⁰. El criterio utilizado por Alexy para identificar las normas de derecho fundamental, como antes mencionado, es considerar como tales únicamente las normas que otorguen derechos subjetivos, es decir, las que creen derechos fundamentales. Las restantes, a pesar de contenidas en un enunciado de derecho fundamental, no deben ser consideradas como normas fundamentales.

De esa manera, para conceptualizar la norma de derecho fundamental es necesario llevar en consideración que:

a) El concepto semántico parte de la distinción entre disposición o enunciado normativo y norma. Disposición o enunciado de derecho fundamental es el que por medio del cual una norma de derecho

19 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 71.

20 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 68.

fundamental se expresa. Una norma es de derecho fundamental si otorga un derecho subjetivo;

b) Se reconoce la existencia de normas de derecho fundamental contenidas en enunciados que no tienen jerarquía constitucional, pero que se encuentran a ellos adscriptas, siendo identificadas como tales con base en la comparación realizada entre la argumentación jusfundamental que justifica la adscripción y la argumentación de la propia norma de derecho fundamental.

2.2 La teoría estructural de la norma de derecho fundamental

Tradicionalmente, la doctrina ha presentado los principios como contrapuestos a las normas y éstas como sinónimos de reglas. Contrariamente, Alexy defiende una teoría en la cual “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser”²¹.

Por otro lado, es posible observar que comúnmente los derechos fundamentales son asociados a dos conceptos muy diferentes y, muchas veces, contrapuestos. Esos conceptos son los principios (cuando, por ejemplo, los derechos fundamentales son llamados “valores”) y las reglas (cuando se afirma que los derechos fundamentales son “normas positivas obligatorias”), lo que demuestra la necesidad de una delimitación y precisión conceptual.

Según Alexy²², el criterio decisivo utilizado para distinguir los principios de las reglas es que los primeros son normas que mandan que algo sea realizado de la mejor manera posible, siendo, por tanto, *mandatos de optimización*, caracterizados por poder ser cumplidos en diferentes grados, según las condiciones fácticas y jurídicas²³, estando estas últimas determinadas por las reglas y principios opuestos.

Las reglas, por otro lado, son normas que o son cumplidas o no lo son. Si una regla es válida, se debe hacer exactamente lo que exige, ni más ni menos. Así, “las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”²⁴

21 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 83.

22 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

23 Las condiciones jurídicas determinan la máxima de proporcionalidad de los principios, los que a su vez determinarán la solución del conflicto entre ellos. Ya las posibilidades fácticas se refieren a las máximas de adecuación y necesidad que los principios deberán seguir en cada caso concreto.

24 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87.

Esa diferencia entre principios y reglas propuesta por Alexy²⁵ innova en relación a la tradicional posición que defiende que la distinción entre ambos es sólo de grado, es decir, que afirma que el principio es general y la regla específica.

Otra importante diferencia entre los principios y las reglas es la forma como se solucionan los conflictos entre cada uno de esos tipos de norma. Así, un conflicto entre reglas, y en la medida en que el sistema jurídico no se aceptan contradicciones, se resuelve declarando la invalidez de una de las reglas o introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que admita el presupuesto de la otra²⁶. Ya en el caso de conflictos entre principios, uno de ellos debe ceder frente al otro, pero sin la necesidad ni el riesgo de tener que declarar la invalidez de alguno de los dos, pues ambos pueden coexistir en el sistema. A eso Alexy²⁷ llama “ley de colisión”. La discusión, en todo caso, se centra en saber cuáles criterios deben ser utilizados para determinar la precedencia de un principio sobre el otro, lo que depende de cada caso concreto, ya que, siendo mandatos de optimización, no es posible hablar de una precedencia absoluta o abstracta²⁸, sino de una precedencia condicionada a las circunstancias del caso concreto²⁹³⁰.

De ese modo, puede observarse que la solución del conflicto entre reglas se encuentra en el ámbito de la validez, mientras que el

25 CF. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos*, p. 85.

26 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 88.

27 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 90.

28 Aparentemente, el principio de la dignidad humana constituiría una excepción a la fijación de precedencias absolutas o abstractas, ya que tendría siempre precedencia sobre los otros principios, desconociendo límites jurídicos, aunque no fácticos. Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p.105-109) difiere de esa posición, afirmando que existe tanto una regla como un principio de dignidad humana, conforme será expuesto líneas abajo en este texto.

29 Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.) cuestiona la ponderación y la ley de colisión propuestas por Alexy, en la medida en que aceptar que un juez puede “preferir” un principio en relación a otro, implica retirar su carácter deontológico, pasando a conferirles una naturaleza axiológica.

30 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 95.

conflicto entre principios se encuentra en el ámbito de la ponderación, es decir, de la búsqueda por el principio con mayor peso^{31,32}.

Sin embargo, no todos los principios tienen siempre igual carácter *prima facie* ni todas las reglas tienen el mismo carácter definitivo, como lo propone Dworkin³³. Aceptar eso implicaría ignorar lo complejo de la realidad. Por eso, Alexy propone un modelo diferenciado tanto en el caso de las reglas (fundado en la creación de cláusulas de excepción que permitan la coexistencia de las reglas en conflicto³⁴), como de los principios (basado en la atribución de pesos diferentes a cada principio, de acuerdo con el caso concreto).

Otra diferencia entre los principios y las reglas es que los primeros son razones para las segundas, lo que no significa que no puedan ser también razones inmediatas para juicios concretos de “deber ser”, ni que las reglas no puedan ser razones para otras reglas. La distinción reside en que las reglas establecen razones definitivas (otorgan derechos definitivos), mientras que los principios son sólo razones *prima facie*, nunca llegando a ser razones definitivas, sino criterios o justificaciones para aplicaciones concretas (indicando cual derecho debe ser el preferido)³⁵.

Finalmente, otra diferencia es que los principios presentan un grado elevado de indeterminación en la medida en que no están referidos a posibilidades del mundo real o normativo. Contrariamente, cuando se refieren al mundo real o normativo configuran un sistema de reglas³⁶. Sin embargo, no se deben confundir principios con normas generales, cuyo presupuesto es suficientemente impreciso para crear

31 Cuando excepcionalmente un principio es contrario al ordenamiento jurídico, el conflicto se resuelve en el ámbito de la validez como en el caso de las reglas (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 105).

32 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 89.

33 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

34 Otro aspecto que resalta el carácter diferenciado de las reglas es la presencia de los principios formales, o sea, de los que establecen que las reglas instituidas por una autoridad legítima deben ser seguidas, confiriendo cierto carácter *prima facie* a esas reglas. Sin embargo, en esos casos, lo decisivo para caracterizar esas reglas es la fuerza de la autoridad que está por detrás de ellas, y no tanto la regla en sí (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 100).

35 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 99.

36 Günther (GÜNTHER, Klaus. *Application discourses in morality and law*. The sense of appropriateness. Albany: State University of New York, 1993), diferentemente de Alexy, entiende que el grado mayor de indeterminación de los principios, en relación a las reglas, deriva de la forma como son aplicados y no de su estructura.

problemas de interpretación. El principio se distingue claramente de la regla en la medida en que permite conocer su contenido valorativo más fácilmente³⁷³⁸En ese sentido, los principios no necesitan estar establecidos explícitamente, pues pueden ser derivados de la costumbre o de decisiones jurisprudenciales específicas, las cuales, en la mayoría de la veces, son la expresión de concepciones difundidas respecto de cómo debe ser el Derecho.

2.3 Modelos de enunciados o disposiciones fundamentales

Al analizar las disposiciones fundamentales, Alexy³⁹ presenta tres modelos:

a) Modelo puro de principios: es el modelo en que se reconoce la existencia de dos tipos de disposiciones fundamentales:

- Los principios: concebidos como normas directamente impuestas por el ordenamiento jusfundamental;
- Las reglas: derivadas de la determinación de las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro. Esas condiciones constituyen el presupuesto fáctico de la regla, la que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.

En este modelo, las reglas prácticamente son subsumidas por los principios, ya que dependen totalmente de ellos. Por eso es llamado de “modelo puro de principios”.

Las críticas a este modelo son muchas. La principal es que se corre el riesgo de no respetar la constitución escrita, en la medida en que se deja de lado el carácter definitivo de las reglas, suprimiendo, con eso, las limitaciones específicas de cada derecho fundamental, contradiciendo la teoría de que no existen principios absolutos ni abstractos. Por otro lado, es un modelo que provoca la desvinculación de los principios a la propia constitución ya que, al no existir cualquier tipo de delimitación específica, ocasiona la pérdida de la seguridad y efectiva concretización de los derechos fundamentales.

b) Modelo puro de reglas: es la alternativa más atractiva en la medida en que permite la aplicación de las normas de derecho

37 Es un contenido que tanto puede estar referido a un derecho individual como a un bien colectivo, ya Dworkin sólo reconoce como principios los que se presentan como razones para derechos individuales (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111).

38 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 104.

39 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 115-138.

fundamental sin necesidad de una ponderación. Cualquier discusión estará en el ámbito de la interpretación. La aceptación de este tipo de modelo puro implica la admisión de uno de los siguientes tres tipos de reglas:

- Reglas sin restricciones: reglas de este tipo admiten sólo límites lógico-jurídicos, es decir relativos a derechos de terceros (especialmente en el ámbito privado) o límites social y moralmente inmanentes, conocidos como de orden público y buenas costumbres. En esos casos, al igual de lo que sucede en un modelo puro de principios, se debe recurrir a la ponderación, provocando que las reglas adquieran carácter *prima facie*, perdiendo su definitividad;

- Reglas con restricciones simples: contrariamente a las anteriores que garanten “demasiado”, las reglas con restricciones garanten “muy poco”, por el hecho de que prácticamente no existen límites ni a la cualidad ni a la cantidad de restricciones a las que podrían estar sometidas, corriendo el riesgo de perder el contenido que las caracteriza como fundamentales. Se afirma que, si el legislador puede restringir arbitrariamente derechos fundamentales, no está, entonces, sujeto a tales normas. La solución se presenta por medio de la garantía del contenido esencial o introduciendo un criterio adicional que limite la competencia del legislador para imponer restricciones. El problema de este modelo surge en el momento en que se establecen límites al poder de legislar, ya que las restricciones dependerán, en el fondo, de la ponderación de los intereses existentes por detrás de las propias reglas, que pierden, nuevamente, su carácter definitivo;

- Reglas con restricciones cualificadas: es una alternativa que también consigue sustentar la existencia de un modelo puro de reglas, en la medida en que todo límite para ser impuesto, aunque sea cualificado, debe respetar las máximas constitucionales de la proporcionalidad y de la exigibilidad, necesiéndose para ello ponderar las reglas, lo que, nuevamente, implica la pérdida de su definitividad.

c) Modelo regla/principio: tanto el modelo puro de principios como el de reglas fracasaron en la tentativa de cualificar la normatividad de los derechos fundamentales. Surge, así, otra alternativa, que es el modelo que vincula los dos tipos de normas de derecho fundamental: los principios y las reglas.

De acuerdo con este modelo, las disposiciones de derecho fundamental no sólo pueden ser consideradas como positivizaciones de principios, sino también como expresiones de la tentativa

de establecer determinaciones (reglas) frente a las exigencias de principios contrapuestos. Es decir, según este modelo, las disposiciones de derecho fundamental presentan un carácter doble ya que mediante ellas, aparte de positivarse principios, se regulan tipos de garantías y cláusulas restrictivas diferenciadas, pero con carácter definitivo (reglas).

Este modelo de reglas/principios levanta la duda sobre la existencia de una posible jerarquía entre los principios y las reglas. Doctrinariamente, las segundas tienen precedencia sobre los principios, especialmente porque de esa forma se obedece al principio básico de la sujeción al texto constitucional, ya que el carácter *prima facie* de los principios no permite soluciones, en la mayoría de las veces, definitivas, como sucede en el caso de las reglas. Sin embargo, se puede admitir excepcionalmente la primacía de los principios y el abandono de la letra del texto constitucional según el caso concreto y la argumentación jufundamental utilizada.

De cualquier forma, aceptar el carácter doble de las disposiciones jufundamentales no necesariamente significa que las normas jufundamentales compartan también ese mismo carácter. Puede suceder si la cláusula restrictiva de la regla se refiere expresamente a principios y su ponderación.

3. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA TEORÍA NORMATIVA DE ALEXY

La propuesta de Alexy de la existencia de dos tipos de normas, las reglas y los principios, levanta una serie de cuestionamientos centrados básicamente en el carácter ambiguo de los segundos. El problema deriva de la propia naturaleza de los principios, pues se encuentran estrechamente vinculados a los valores, hasta el punto de que muchas veces son identificados con ellos por los jueces, lo cual, sin duda, constituye un error.

Para aclarar esa confusión, Alexy⁴⁰ cita Wright, quien enseña que, a pesar de las semejanzas, los valores y los principios constituyen conceptos claramente diferentes. Así, clasifica lo que llama “conceptos prácticos” en tres grupos: deontológicos (o normativos), axiológicos (o de valor) y antropológicos (o psicológicos):

40 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 139-140.

a) conceptos deontológicos: son conceptos que se identifican con el “deber ser”. Están comprendidos en esta categoría las prohibiciones, los permisos, los mandatos y los derechos a algo;

b) conceptos axiológicos: se caracterizan por referirse a lo bueno: “La variedad de conceptos axiológicos es consecuencia de la variedad de los criterios que pueden ser utilizados para determinar lo que es bueno”⁴¹;

c) conceptos antropológicos: se refieren a los conceptos de voluntad, interés, necesidad, decisión y acción.

Esa clasificación, aunque no acabe con las discusiones doctrinarias, tiene la ventaja de presentar una clara distinción entre principios y valores. En la teoría de Alexy, los principios, al igual que las reglas, son conceptos deontológicos en la medida en que determinan algo que “debe ser”⁴².

Considerando ese posicionamiento de Alexy, surge la duda en relación a la dignidad humana. ¿Es la dignidad humana un principio o una regla?

Al trabajar la diferencia entre esos dos tipos de normas, Alexy defiende que el conflicto entre principios no se resuelve haciendo que uno invalide el otro, como sucede en el caso de las reglas, sino que deben ser ponderados buscando, en el caso concreto, dar mayor peso a uno en relación al otro.

Eso es lo que Alexy llama Ley de Colisión, construida a partir de la concepción de los principios como mandatos de optimización, entre los cuales no hay precedencias absolutas o abstractas, sino precedencias condicionadas a las circunstancias del caso concreto.

El problema aparente que surge con la dignidad humana es que, si es tratada como un principio, debe admitirse la posibilidad de su ponderación con otro principio y, consecuentemente, la posibilidad de su relegación, ya que no hay principios absolutos. Pero si es tratada como regla, su contenido debería ser definitivo, lo que no es.

Ese dilema es enfrentado por Alexy⁴³ al referirse al art. 1.1. de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, en el cual se confiere carácter de intangibilidad a la dignidad humana.

41 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 139.

42 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 83.

43 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 106.

Para abordar esa cuestión, Alexy⁴⁴ afirma que no es el caso de que en esa disposición se establezca un principio absoluto, sino que la norma de la dignidad “es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio”.

Ese doble carácter de la dignidad provoca algunas controversias. Así, cuando es tratada como regla, la dificultad que se presenta es determinar cuándo es violada debido a su alta carga de indeterminación. Para ilustrar esa situación, Alexy cita una sentencia del Tribunal Constitucional [BVerfGE 30, 1 (25)], en la cual se afirmó que no era posible establecer de forma general las circunstancias en las cuales la dignidad humana es violada. La solución encontrada por Alexy es reconocer la excepcional posibilidad de ponderar reglas, aunque sin negar el carácter absoluto de la regla de la dignidad, sólo que “debido a su apertura semántica, no necesita una limitación respecto a ninguna relación de preferencia relevante”⁴⁵.

En relación a la dignidad como principio, defiende que afirmar que un principio precede a todos los demás no significa que sea absoluto, sino que “casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia a favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones”⁴⁶. De cualquier manera, aun no siendo un principio absoluto, no significa que “poderão ser justificadas violações da dignidade, de tal sorte a sacrificá-la”⁴⁷.

La defensa de Alexy del carácter duplo de la dignidad y de la necesidad de recurrir a la ponderación, con vistas a resolver los conflictos que surjan con otros principios o reglas, ha dado lugar a que en el Derecho brasileño la disposición constitucional de la dignidad de la persona humana, prevista en el art. 1º, III de la Constitución Federal de 1988, venga siendo ponderada indistintamente como principio o como regla sin ningún criterio ni justificación racional, provocando un peligroso decisionismo judicial, conforme observado por Sarmiento⁴⁸: “muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar seu dever de

44 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 106.

45 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 108.

46 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 109.

47 Cf. STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*.

48 SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 200.

fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta 'euforia' com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser".

Se olvida que la ponderación exige una argumentación jurídica racional. Alexy⁴⁹ reconoce que, si bien la ley de ponderación "no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos [...], el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio de vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional".

La precedencia de la dignidad en relación a otro principio debe ser racionalmente justificada. Si no se hace eso, se la está tratando como un principio absoluto, lo que contradice no sólo el sentido de la propia ponderación, sino toda la teoría de Alexy.

El fenómeno que viene sucediendo en Brasil es que algunos jueces no sólo no fundamentan racionalmente la precedencia del principio de la dignidad en la ponderación que realizan en el caso concreto, sino que, cuando lo hacen, le confieren siempre una primacía *a priori*, pasando a tratarla como regla, pero sin definir racionalmente su contenido, provocando el absurdo de la aplicación de una regla con contenido indeterminado.

Viene de Lenio Streck una crítica a ese procedimiento: "Este é o calcanhar de Aquiles das posturas positivistas, diante das insuficiências/limitações das regras dos casos difíceis, de pluralidade de regras ou sentidos da(s) regra(s) o positivismo permite que o juiz faça a 'melhor escolha'"⁵⁰.

Más que eso. Si, por un lado, está el problema de la comprensión y de la aplicación equivocadas de la teoría de Alexy por parte del Poder Judicial brasileño, por otro lado está también la propia teoría que, al proponer, por ejemplo, una "densificação valorativa das normas"⁵¹,

49 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 167.

50 STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, p. 223.

51 STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, p. 236.

ha dado lugar a esa abertura. Esta problemática no es nueva, sino que desde hace mucho viene siendo denunciada por Lenio Streck.

Es de esa manera cómo la disposición constitucional de la dignidad es transformada en una artimaña jurídica, en una disposición vacía de contenido y usada irracionalmente para atender sólo los valores personales de quien la aplica.

4. CONCLUSIÓN

La teoría normativa de Robert Alexy fue publicada en 1984 y, desde esa época, ha alcanzado gran repercusión en todo el mundo, aunque también ha sido objeto de diversas críticas formuladas tanto por autores extranjeros, como Jürgen Habermas (1994) y Klaus Günther (1993), cuanto por nacionales, como Lenio Streck (2012) y Humberto Ávila (2008).

Sin desconocer esas críticas, el objetivo del presente trabajo fue mostrar cómo la comprensión equivocada de la teoría normativa de Alexy ha hecho que algunos jueces brasileños hayan transformado la disposición constitucional de la dignidad humana en una artimaña jurídica.

Así, algunos jueces vienen ponderando la norma principio/regla de la dignidad con otra regla o con otro principio, sin delimitar racionalmente su contenido normalmente vago y ambiguo (lo cual es necesario para salvaguardar el carácter definitivo de la regla de la dignidad) y sin justificar racionalmente el motivo de su prevalencia (lo que es fundamental para preservar el carácter no absoluto del principio de la dignidad), demostrando, como hemos dicho, una comprensión equivocada de la teoría y provocando la banalización de la disposición constitucional de la dignidad.

Contra eso, en el presente texto, se ha buscado exponer algunos puntos claves de la teoría normativa de Alexy, con el objetivo de contribuir a su correcta comprensión y así restituir a la dignidad el papel de verdadero fundamento del Estado brasileño y de “fonte moral da qual se alimentam os conteúdos de todos os direitos fundamentais”⁵².

52 HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, p. 31.

REFERENCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- FREGE, Gottlob. *Escritos lógicos-semánticos*. Tecnos: Madrid, 1974.
- GÜNTHER, Klaus. *Application discourses in morality and law. The sense of appropriateness*. Albany: State University of New York, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 5ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1994.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Alianza, 1996.

DIGNIDAD HUMANA Y BIODERECHO

Ángela Aparisi Miralles

De la Universidad de Navarra.

1. DIGNIDAD HUMANA, DERECHO Y BIODERECHO

Desde una perspectiva filosófica y religiosa, el concepto de dignidad humana posee una larga trayectoria histórica. No obstante, desde un punto de vista jurídico, no fue reconocido hasta mediados del siglo XX¹. La Carta de las Naciones Unidas (1945), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), entre otros documentos, consagraron este principio², reconociéndolo como fundamento último de los derechos humanos³. Como es bien conocido, la Declaración de 1948 establece, en su Preámbulo, que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca*⁴ y de los derechos iguales e inalienables de todos los

1 Sobre este tema vid, entre otros, Häberle, P., “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en Fernández-Segado, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de Derecho público*, Dickinson, Madrid, 2008, pp. 177 y ss.

2 En relación a la distinción entre normas y principios no existe, en la actualidad, una postura unánime. Se podría afirmar que, en sentido estricto, los principios responden a exigencias de justicia, de equidad o, en general, morales. No tipifican comportamientos específicos, sino que, fundamentalmente, proporcionan razones objetivas para actuar en un determinado sentido. Por otro lado, a diferencia de las normas jurídicas, se identifican, no por su origen, sino por su contenido y su fuerza argumentativa (vid. Dworkin, R., “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, en Dworkin, R. (edit.), *La Filosofía del Derecho*, trad. J. Sáinz de los Terreros, México, FCE, 1980, pp. 85-86; Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. E. Valentí, Bosch, Barcelona, 1961). No obstante, hay autores que tienen a limar diferencias entre ambos conceptos. Así, por ejemplo, para Laporta un principio es “un enunciado normativo de carácter muy general o abstracto, pero que, dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene una estructura diferente de la norma concreta” (Laporta, F., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, julio, 1985, 67, p. 5).

3 Vid, entre otros, Glendon, M.A., “La soportable levedad de la dignidad”, en *Persona y Derecho*, núm. 67, 2, 2012, pp. 253-262; Franz Koeck, H., “A paradigmatic change: Religious Liberty from Alfredo Ottaviani to Dignitatis humanae”, *Persona y Derecho*, núm. 65, 2, 2011, p. 142.

4 La cursiva es propia.

miembros de la familia humana". Interesa hacer notar que, en este texto, y en el resto de las Declaraciones y Convenios internacionales que le siguieron, la dignidad se atribuye, expresamente, a todos los seres humanos. En realidad, y con independencia de posteriores, y diferentes, interpretaciones, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los textos aprobados posteriormente, responderán, al menos implícitamente, a una mentalidad humanista, en cuanto que asimilarán expresiones como "todos", "todo ser humano" y "persona"⁵.

La dignidad humana ha sido también reconocida, a nivel constitucional, como un principio fundamental⁶. En este sentido, la Constitución española, en su artículo 10.1, sostiene que "la *dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes...son fundamento del orden político y de la paz social". Nuestro Tribunal Constitucional la ha considerado un "valor jurídico fundamental"⁷, "pórtico de los demás valores o principios allí consagrados"⁸. Para

5 Vid. Ballesteros, J., "Exigencias de la dignidad humana en Biojurídica" en Ballesteros, J., Aparisi, A., *Biotecnología, dignidad y derecho, bases para un diálogo*, Instituto de Derechos Humanos, Eunsa, Pamplona, 2004. Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1963, afirma en su Preámbulo: "Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en el principio de *dignidad e igualdad de todos los seres humanos...*". Y en su artículo 1, este texto sostiene que: "La discriminación entre los *seres humanos* por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la *dignidad humana...*". En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, afirma en su Preámbulo: "Reconociendo que estos derechos se desprenden de la *dignidad inherente de la persona humana...*". En iguales términos se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al afirmar que "estos derechos se derivan de la *dignidad inherente a la persona humana*". Por su parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993) recoge, de nuevo, estas ideas en su Preámbulo: "Reconociendo y afirmando que todos los derechos humanos tienen su origen en la *dignidad y el valor de la persona humana (...)* Recordando el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en particular la determinación de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad y el valor de la persona humana*". En el párrafo primero de este texto también podemos leer que "los derechos humanos y las libertades fundamentales son *patrimonio innato de todos los seres humanos*; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos".

6 En especial, sobre este tema, vid. García Cuadrado, A.M., "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona", en *Persona y Derecho*, núm. 67, 2, 2012, pp.449 y ss.

7 STC 53/85, de 11 de abril, fundamento jurídico 2.

8 STC 337/94, fundamento jurídico 12.

Jiménez de Parga, se trata del principio fundamental último del ordenamiento jurídico español⁹.

En la misma línea, la Constitución Alemana otorga a la dignidad humana un lugar prioritario. En su artículo 1.1 mantiene que “la *dignidad del hombre* es inviolable. Respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder del Estado”. Del mismo modo se manifiestan otras Constituciones, como, por ejemplo, la portuguesa, italiana, griega, húngara, rusa... En concreto, este último texto¹⁰ establece, en su artículo 21.1, que “la *dignidad de la persona* es protegida por el Estado. Nada puede servir de fundamento para su menoscabo”. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea titula su Capítulo I “Dignidad”. El artículo 1 de dicho texto, bajo el rótulo de “Dignidad humana”, sostiene: “La *dignidad humana* es inviolable. Será respetada y protegida”.

Este reconocimiento ha tenido una influencia clara, y decisiva, en el ámbito de la Bioética y el Bioderecho. En concreto, todas las Declaraciones internacionales que, hasta la fecha, han versado sobre esta materia, han considerado a la dignidad humana como fundamento de los principios, normas y, en definitiva, derechos y deberes, allí contenidos. Así, por ejemplo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, del Consejo de Europa¹¹ establece que las partes se comprometen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1, a proteger *al ser humano en su dignidad* y su identidad. En realidad, el Convenio asume, explícitamente, el principio de la dignidad humana como presupuesto de todas sus disposiciones, ya que el punto 9 del Informe Aclaratorio del mismo afirma: “El concepto de *dignidad humana* (...) constituye el valor esencial que debe sostenerse. Se encuentra en la base de la mayoría de los valores prioritarios del Convenio”. Por ello, para

9 Jiménez de Parga, M., “La refundamentación del ordenamiento jurídico”, *Persona y Derecho*, 44, 2001, pp. 17 y ss.

10 Aprobado el 12 de diciembre de 1993.

11 *Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine* (ETS nº 164). El Convenio entró en vigor el 1 de diciembre de 1999, al ser ratificado por cinco de los Estados signatarios. En la actualidad vincula a quince Estados, entre ellos España, país para el que entró en vigor el 1 de enero de 2000.

D'Agostino, parece lícito elevar la dignidad humana "al papel de único, posible y auténtico fundamento de una bioética europea"¹².

En el mismo sentido se pronuncian todas las Declaraciones sobre Bioética y Bioderecho que, hasta la fecha, ha aprobado la Unesco. Así, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la XXIX Conferencia de la Unesco, el 11 de noviembre de 1997¹³, y ratificada por la Asamblea General de Naciones Unidas¹⁴, también comienza con un capítulo titulado "La dignidad humana y el genoma humano". Asimismo, sigue esta línea la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Este texto sostiene, en sus artículos 2 y 3:

Artículo 2. Objetivos

Los objetivos de la presente Declaración son:

c) promover el respeto de la *dignidad* humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos;

Principios

En el ámbito de la presente Declaración, tratándose de decisiones adoptadas o de prácticas ejecutadas por aquellos a quienes va dirigida, se habrán de respetar los principios siguientes._

Artículo 3 – *Dignidad humana* y derechos humanos

1. Se habrán de respetar plenamente la *dignidad humana*, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

Por su parte, la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, también de la UNESCO, se refiere a la dignidad en su Preámbulo. Además, apela a este principio en sus artículos 1 y 2:

12 D'Agostino, F., "La dignidad humana, tema bioético", en González, A.M.; Postigo, E.; Aulestiarte, S., (eds.), *Vivir y morir con dignidad*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 23.

13 Resolución nº 16.

14 La Declaración fue aprobada, por consenso, por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su 53 periodo de sesiones, el 9 de diciembre de 1998.

Artículo 1

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su *dignidad intrínseca* y su diversidad.

Artículo 2

(a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su *dignidad* y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

(b) Esta *dignidad* impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.

Por último, podemos mencionar también la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de la UNESCO. Este texto, en su artículo 1, sostiene:

Artículo 1:

a) Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la *dignidad humana* y la protección de los derechos humanos.

En definitiva, podría afirmarse que, en la actualidad, la dignidad humana se configura como una especie de “conciencia jurídica”¹⁵ global. Incluso, podría sostenerse que, de algún modo, este principio vendría a ocupar el papel que, tradicionalmente, ha desempeñado el Derecho natural, entendido como raíz ontológica y fundamento último del Derecho. Este enfoque es también aplicable al ámbito del Bioderecho. De hecho, y como hemos podido comprobar, así lo han entendido todos los textos legales aprobados hasta la fecha sobre esta materia.

No obstante, y a partir de esta realidad, puede resultar sorprendente constatar la siguiente paradoja: por un lado, como hemos señalado, parece existir un consenso firme en entender que la dignidad es el fundamento último del Derecho. Pero, por otro lado, se advierte la existencia de una gran discrepancia práctica en relación a las consecuencias éticas y jurídicas que se derivan de este principio.

15 Larenz utiliza esta expresión para referirse, en general, a los principios ético-jurídicos (Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 418). En mi opinión, esta idea remite, de un modo ciertamente paradigmático, al principio de la dignidad humana.

Ciertamente, resulta llamativo, e incluso contradictorio, comprobar que gran parte de la actual cultura jurídica occidental parece estar construida sobre una consideración ambigua del significado de la dignidad humana. Ello ha llevado a algunos autores a afirmar que nos encontramos ante una noción vacía de contenido o, al menos, con poca operatividad en el campo jurídico¹⁶.

Esta paradoja se muestra con especial claridad en el ámbito del Bioderecho. En concreto, los actuales debates sociales, políticos y jurídicos, existentes en muchos países occidentales, y en los organismos internacionales, en torno a los diversos temas bioéticos son, en gran medida, discusiones sobre el significado y consecuencias prácticas del principio de la dignidad humana. En general, la mayor parte de los interlocutores aceptan que el punto de partida debe ser la aceptación del principio de la dignidad humana, entendida como parámetro orientador de cualquier normativa jurídica en esta materia. Sin embargo, las consecuencias prácticas que se extraen de este principio pueden llegar a ser divergentes e, incluso, radicalmente contradictorias. Así lo constatamos, por ejemplo, en los debates sobre la legitimidad del uso de embriones humanos para la investigación, la legalización del suicidio asistido, el aborto, la fecundación *in vitro* y lo que esta técnica puede conllevar (reducción embrionaria, crioconservación de embriones sobrantes...), diagnósticos preimplantatorios y prenatales, etc.

Como ya se ha apuntado, ante esta situación, algunos abogan por la inviabilidad, e incluso el rechazo, teórico y práctico, del mismo principio de la dignidad humana. No faltan los autores que, a partir del uso parcial y retórico del concepto de dignidad humana, proponen la superación de este principio. En esta línea, afirma Norbert Hoerster: "Cuan vacía es necesariamente la fórmula del principio de dignidad humana: no es nada más y nada menos que el vehículo de una

16 Vid. González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 19 y 20; Melendo, T.; Millán-Puelles, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996; García Cuadrado, A.M., "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona", en *Persona y Derecho*, op. cit., pp. 456 y ss. En el ámbito del Derecho Constitucional también existe una gran indefinición sobre este tema. Von Münch pone de manifiesto que, de la redacción del art. 10.1 de la Constitución española no surgen tantas dudas como ocurre con los artículos de la Ley Fundamental alemana que hacen referencia a la dignidad; pero ello no significa que todo esté perfectamente claro ("La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982, pp. 9-33).

decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual¹⁷.

Frente a estas posturas, otros entienden que el principio de dignidad humana no es, en absoluto, un concepto vacío. Ciertamente, en la actualidad, se recurre frecuentemente a este término desde parámetros exclusivamente retóricos, ideológicos, utilitaristas o políticos. No obstante, consideramos que la cuestión de fondo no es si la expresión está siendo, o no, correctamente utilizada, sino si existe una cualidad *real* en el ser humano que requiera un término lingüístico para ser designada. Dicho término puede ser el de dignidad o cualquier otro; pero si existe tal realidad, no podemos prescindir de él. Por el contrario, si se rechazara el término (sin recurrir a otro equivalente o sinónimo) es cuando realmente nos encontraríamos con un vacío, con una realidad que carece de su correspondiente expresión lingüística.

Por ello, consideramos que la actual manipulación del concepto no priva, *per se*, a la dignidad humana de su trascendencia ontológico-jurídica. Además, no es, en absoluto, indiferente situar el principio de la dignidad humana como fundamento de un sistema jurídico, que no hacerlo. En realidad, ante la confusión existente, entendemos que lo más adecuado no es prescindir de la dignidad sino, por el contrario, continuar profundizando en su significado y en sus consecuencias prácticas. Precisamente, cuando se comprende que de la dignidad humana, y de su defensa, depende, en gran medida, el destino mismo del hombre, se puede vislumbrar la importancia de tener siempre viva y activa la reflexión en torno a la misma¹⁸.

17 Hoerster, N., "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", en *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J.M. Seña y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992, pp. 91 y ss.

18 Es interesante hacer notar que la referencia a la noción de dignidad humana, entendida como fundamento de los derechos humanos, ha sido una constante en la doctrina social de la Iglesia, especialmente a partir del pontificado de Juan Pablo II. En concreto, afirmó que: "la dignidad de la persona humana es un valor trascendente, reconocido siempre como tal por cuantos buscan sinceramente la verdad. En realidad, la historia entera de la humanidad se debe interpretar a la luz de esta convicción. Toda persona, creada a imagen y semejanza de Dios (Gn. 1, 26-28) y por tanto radicalmente orientada a su Creador, está en relación constante con los que tienen su misma dignidad. Por eso, allí donde los derechos y deberes se corresponden y refuerzan mutuamente la promoción del bien del individuo se armoniza con el servicio al bien común" (Mensaje Papal para la Jornada de la Paz, 15 de diciembre de 1998). En el mismo sentido, la Encíclica *Evangelium Vitae* mantiene que "toda sociedad debe respetar, defender y promover la dignidad de cada persona

2. EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA: APROXIMACIÓN A SU SIGNIFICADO

Referirnos a la dignidad humana supone abordar un tema sumamente complejo que, además, ha sido abundantemente tratado por la doctrina. Así lo muestra la rica bibliografía sobre el mismo¹⁹.

A ello se añade el hecho de que el término dignidad posee muchos significados. Ello es debido a que designa una realidad muy rica, que

humana, en todo momento y condición de su vida" (Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, p. 81, p. 135).

19 Vid., entre otros trabajos, Bristow, P., *The moral dignity of man*, Four Courts Press, Dublín, 1993; Arendt, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1992; Bartolomei, F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giapichelli, Torino, 1987; Gonzalez Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986; Millán Puelles, *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1978; Melendo, T., Millán, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996; Spaemann, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Persona y Derecho*, XIX, 1988, p. 13 y ss; Maihofer, W., "Die Würde des Menschen als Zweck des Staates", *Anales de la Cátedra de Francisco Suarez*, 12, 2, 1972, pp. 37-62; Von Münch, I., "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982, pp. 9-33; Pavía, M.L.; Revet, T., (eds.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, París, 1999; Ballesteros, J., "Exigencias de la dignidad humana en biojurídica", en G. Tomás (coord.), *Manual de Bioética*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 179-203; D'Agostino, F., "La dignidad humana, tema bioético", en González, A.M.; Postigo, E.; Aulestiarte, S., (eds.), *Vivir y morir con dignidad*, Eunsa, Pamplona, 2002; Andorno, R., *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, París, 1996; Andorno, R., *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, París, 1997; Bon, H., *La muerte y sus problemas*, Fax, Madrid, 1950; Sociedad Internacional pro-valores humanos E. Fromm y S. Zubirán (ed.), *El ser humano y su dignidad ante la muerte*, Instituto Nacional de la Nutrición Salvador Zubirán, México, 1989; Díaz de Terán Velasco, M.C. "Multiculturalismo e bioética. Riflessioni di Filosofia del diritto", en *Archivio Giuridico*, vol. CCXXVIII, fasc. 2 (2008), pp. 215-238; Díaz de Terán Velasco, M. C., "De 1968 a 2008: consecuencias en bioderecho de la revolución sexual", en *Persona y Derecho* 58 (2008), pp. 473-487; Díaz de Terán Velasco, M.C., "Bioética laica y bioética religiosa. Claves para una argumentación contemporánea", *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIII/1^a (2012), pp. 179-193; Gentles, I. (ed.), *A Time to Choose Life. Women, Abortion and Human Rights*, Stoddart, Toronto, 1990; Choza, J., "El descubrimiento de la dignidad humana", en Arechederra, J.J., Ayuso, P.P., Choza, J., Vicente, J. (eds.), *Bioética, psiquiatría y Derechos Humanos*, I.M. & C., Madrid, 1995; Gonzalez, A.M., *Naturaleza y dignidad*, Eunsa, Pamplona, 1996; Annas, G.J., "Death Without Dignity for Commercial Surrogacy. The Case of Baby-M", *Hasting Center Report*, 1988, Apr-May, 18; Freer, J.P., "Chronic vegetative States. Intrinsic Value of Biological Process", *Journal of Medicine and Philosophy*, 1984, 9; Gaylin, W., "In Defense of the Dignity of Being Human", *Hasting Center Report*, 1984, Aug. 14; Hendin, H., "Selling Death and Dignity", *Hasting Center Report*, 1995, 25 (3), etc.

puede ser contemplada desde diversos puntos de vista²⁰. Entre dichos significados, nos interesa destacar, para el objeto de este trabajo, el de la dignidad entendida como principio ético-jurídico²¹. En concreto, en las páginas que siguen, intentaremos aproximarnos – desde una perspectiva especialmente filosófico-jurídica–, al significado de la dignidad humana²², entendida como un principio biojurídico.

2.1. Presupuestos filosóficos de la dignidad

Al intentar aproximarnos al principio de la dignidad humana comprobamos que nunca podremos encontrar una definición neta, y completamente acabada, del mismo²³. Como señala Spaemann, “lo que la palabra dignidad quiere decir es difícil de comprender

20 Vid. García Cuadrado, A.M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”, op. cit., pp. 456 y ss.

21 Ibidem, pp. 476 y ss.

22 He abordado el significado del principio de la dignidad humana en los trabajos “Alcance de los derechos del hombre a la luz del pensamiento cristiano”, *Fidelium Iura*, 9, 1999; “Clonación “terapéutica” de embriones humanos. Aproximación ético-jurídica”, en *Libro homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, Vol. III, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2251-2271; “Manipulación genética, dignidad y derechos humanos”, *Persona y Derecho*, núm. 40, 1999; “Genoma humano, dignidad y derecho”, *Revista de Derecho y Salud*, Volumen 10, núm. 1, enero-junio 2002; “Clonación de embriones y dignidad humana”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, (Chile), número 9, 2002; *La píldora del “día siguiente”: aspectos científicos, éticos y jurídicos*, La Caja, Madrid, 2002; “El significado del principio de la dignidad humana: un análisis desde la ley 41/2002 sobre derechos de los pacientes” en *La ley 41/2002 y la implantación de los derechos del paciente*, Eunsa, Pamplona, 2003, *Bioteología, dignidad y derecho: bases para un diálogo* (editora), Eunsa, Pamplona, 2004; “Persona y dignidad ontológica”, en J.J. Megías Quirós (coord.), *Manual de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2006; “Human cloning and human dignity”, en Weisstub, David N.; Diaz Pintos, Guillermo (Eds.), *Autonomy and Human Rights in Health Care. An International Perspective*, Series International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, Vol. 36; “En torno al principio de la dignidad humana”, en *Vida humana y Aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*, Montoya Rivero, Víctor Manuel (coord.), edit. Porrúa, 2009; “La dignidad humana como fundamento del orden jurídico positivo”, *Auctoritas Prudentium*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo (Guatemala), núm. 1, 2008.

23 Para D’Agostino el tema de la dignidad “tendría que ser constantemente *re-semantizado*, para adaptarlo a la rápida mutación de los contextos culturales y de la experiencia” (D’Agostino, F., “La dignidad humana, tema bioético”, op. cit., p. 27). Por otro lado, conviene no olvidar que la misma posibilidad de aproximarnos al concepto de dignidad dependerá, estrechamente, de la teoría del conocimiento de la que partamos. Es evidente que, desde presupuestos estrictamente empiristas, la tarea está irremediabilmente abocada al fracaso.

conceptualmente, porque indica una cualidad indefinible y simple²⁴. Asimismo, si admitimos, como señalan las diversas Declaraciones ya citadas, que la dignidad es una dimensión intrínseca del ser humano, y posee un carácter ontológico, más que algo demostrable, sería, en buena lógica, el presupuesto de toda argumentación. Tendría, de este modo, un cierto carácter axiomático. Ello se advierte, precisamente, en las mismas raíces etimológicas del término dignidad. Las *dignitates* significaban, para los medievales, lo mismo que los axiomas para los griegos. Se trataba de proposiciones evidentes en sí mismas, principios de una demostración y, por consiguiente, indemostrables²⁵. En palabras de Millán Puelles²⁶, “*Axiomata, dignitates*, son, en el orden lógico...las verdades objetivamente irreductibles, las que valen en sí, sin posibilidad de mediación.”

Esta idea también se encuentra ya presente en Tomás de Aquino. Este autor sostenía, en el Libro I de la *Suma Teológica* que “el término dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia²⁷. Y, en otro fragmento de la misma obra, afirmaba que “es evidente por sí misma cualquier proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto²⁸ (esto es, la naturaleza, en su sentido dinámico, como principio de operaciones propias). En consecuencia, si la dignidad es algo propio de la naturaleza, y es evidente por sí misma cualquier proposición cuyo predicado pertenece a la misma, la dignidad del ser humano será no sólo una realidad ontológica, sino también autoevidente.

De cualquier modo, conviene señalar que el mismo Tomás de Aquino añadía que “hay axiomas o proposiciones que son evidentes por sí mismas para todos; y tales son aquellas cuyos términos son de todos conocidos, como “el todo es mayor que la parte” o “dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí”. Y hay proposiciones que son evidentes por sí mismas sólo para los sabios, que entienden

24 Spaemann, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Persona y Derecho*, 1988, núm. 19, p. 16.

25 González, A.M., “Dignidad humana” en Ballesteros, J., Aparisi, A., *Biotecnología, ética y derecho, bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004.

26 Millán Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976, p. 99.

27 Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I-I, Cuestión 42, artículo 4, edición de Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, p. 411.

28 Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I-II, Cuestión 94, artículo 2, op. cit., p. 731.

la significación de sus términos²⁹. Lo mismo podría aplicarse a la afirmación: “todo ser humano posee dignidad”.

El referido carácter ontológico, y evidente por sí mismo, de la dignidad humana no implica que no se pueda, de algún modo, acceder a su significado y consecuencias prácticas. Esto se debe a que, aunque se trata de un concepto metafísico, posee manifestaciones fenoménicas³⁰.

Como señala D’Agostino, “es un hecho que en nuestro tiempo actúa una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser *cosificada*, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que *no admite equivalentes funcionales*”³¹. En realidad, la apelación a la dignidad humana remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado³². En este sentido, para Kant, “aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”³³. Estamos, ciertamente, ante una distinción básica: la existente entre personas y cosas, sujetos y objetos. Esta separación permite, a rasgos muy generales, comprender el alcance del principio de dignidad, y extraer del mismo algunas consecuencias

29 Y continúa señalando: “por ejemplo, para el que sabe que el ángel no es corpóreo y entiende lo que esto significa, resulta evidente que el ángel no está circunscrito a un lugar; mas no así para el indocto, que desconoce el sentido estricto de estos términos” (Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I-II, Cuestión 94, artículo 2, op. cit., p. 732). Por ello, siguiendo a Tomás de Aquino, la evidencia puede entenderse en dos sentidos: absoluto y subjetivo. En sentido absoluto, son evidentes ciertas proposiciones cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto. Sin embargo, en sentido subjetivo, tales proposiciones pueden no ser evidentes para alguno, “porque ignora la definición de sujeto. Así, por ejemplo, la enunciación “el hombre es racional” es evidente por naturaleza, porque el que dice hombre dice racional; sin embargo, no es evidente para el que desconoce lo que es el hombre” (Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I-II, Cuestión 94, artículo 2, op. cit., pp. 731-732).

30 Vid. la aproximación analógica a la que recurre Spaemann para explicar el concepto de dignidad en “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, op. cit., pp. 16 y ss.

31 D’Agostino, F., “La dignidad humana, tema bioético”, en González, A.M.; Postigo, E.; Aulestiarte, S., (eds.), *Vivir y morir con dignidad*, op. cit., pp. 27, 23.

32 Vid. Spaemann, R., *Lo natural y lo racional: Ensayos de antropología*, trad. D. Innerarity y J. Olmo, Rialp, Madrid, 1989, p. 94; González, A.M., *Naturaleza y dignidad*, Eunsa, Pamplona, 1996, pp. 45 y ss.

33 Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa- Calpe, Madrid, 1983, 8ª edición, p. 92.

prácticas, al menos por vía negativa. Nos posibilita determinar, en cierta medida, que actuaciones deben considerarse, en todo caso, lesivas contra la dignidad humana, porque cosifican a la persona.

En este contexto, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse³⁴. Millán Puelles sostiene que “la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta”³⁵. Y, podríamos añadir, independiente también de los cargos que ocupe, de la posición que tenga en la sociedad, de su raza, de su sexo, o de su grado de desarrollo vital³⁶: “Todo hombre posee esa dignidad, ni más ni menos, que en tanto que es hombre, es decir, pura y simplemente por el hecho de ser persona humana, antecedentemente a toda opción en el uso efectivo de su libertad”³⁷.

En consecuencia, al referirnos a la dignidad de la persona, no admitimos, en ningún caso, superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todo ser humano sobre el resto de los seres que carecen de razón. En esta línea, Hervada mantiene que la dignidad implica, o

34 La dignidad referente al modo de actuar suele designarse como dignidad moral. Vid. García Cuadrado, A.M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”, op. cit., p. 460.

35 Millán Puelles, A., *Sobre el hombre y la sociedad*. Rialp, Madrid, 1976, p. 98. Para J. González Pérez “cualquiera que fuese su conducta conserva su dignidad. La conserva aunque se suma en el vicio, cometa los actos más indecorosos o delinca, fuera internado en un establecimiento penitenciario o psiquiátrico, esté o no en la plenitud de sus facultades mentales” (*La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 95). Y así, añade Millán Puelles, “cuando se habla, en general, de la dignidad de la persona humana, no se piensa tan solo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino en que todo hombre, por el hecho de ser una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional” (Millán Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, op. cit., p. 16).

36 En palabras de Millán Puelles, “Esta categoría o dignidad es independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las cualidades que posea. Entre dos hombres de distinta inteligencia no cabe duda de que, en igualdad de condiciones, es el mejor dotado el que puede obtener más ventajas; pero esto no le da ningún derecho a proceder como si el otro no fuera igualmente persona. Y lo mismo hay que decir si se comparan un hombre que obra moralmente bien y otro cuya conducta es reprochable. Tan persona es el uno como el otro, aunque el primero sea mejor persona” (Millán Puelles, A., *Persona humana y justicia social*, op. cit., p. 16). Y partiendo de aquí, no se puede atribuir exclusivamente el título de persona al individuo que es capaz de manifestar la racionalidad, sino a todo aquel ser que tiene naturaleza racional.

37 Millán Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, op. cit., p. 98.

significa, una excelencia o eminencia en el ser humano, que no sólo lo hace superior a los otros seres, sino que lo sitúa en *otro orden del ser*. El hombre no es sólo un animal de una especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente, en cuya virtud el hombre es persona³⁸. Para este autor, la dignidad podría definirse como “la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana”³⁹.

En definitiva, dignidad es un término que se aplica al hombre para señalar una peculiar *calidad de ser*, para sostener que es persona y no sólo individuo. Con otros términos, ser persona no es una propiedad añadida al modo de ser humano, sino la realidad misma del ser humano, su existencia concreta⁴⁰. Ello conlleva, en el trato, una exigencia de respeto y consideración que no puede ser equiparada a la que se otorga a otros seres u objetos. Estamos ante la misma “idea de Derecho” a la que se refería Karl Larenz⁴¹, el principio por excelencia y, en definitiva, el fundamento último del orden social, moral y jurídico⁴²; un absoluto axiológico que, en palabras de Robles, no puede ser ignorado bajo ningún concepto⁴³.

A lo largo de la historia, el principio de la dignidad ontológica tuvo que abrirse paso, no sin cierta dificultad, correspondiendo el mayor protagonismo al pensamiento cristiano⁴⁴. Sus precedentes

38 Hervada, J., “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Humana Iura*, 1, 1991, pp. 361-362.

39 Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1995, p. 449.

40 Spaemann, R., *Personas. Acerca de la distinción entre algo y alguien*, Eunsa, Pamplona, 2000.

41 Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 418.

42 Para Andorno “...la idea de dignidad no es un mero principio entre otros, sino que constituye el punto de referencia decisivo para entender...todas las instituciones sociales, jurídicas y políticas. El concepto de dignidad opera como el necesario telón de fondo...” (Andorno, R., “Una aproximación a la bioética”, en *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Civil y Penal*, Oscar Garay (dir.), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 425). Se distingue así de los principios técnico-jurídicos, que se apoyan en razones de oportunidad, utilidad o conveniencia.

43 Robles, G., “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la CE)”, en L. García San Miguel (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, p. 56.

44 “Es una idea –explica Spaemann- relativamente tardía, la de que el hombre como tal...tiene una dignidad que debe ser respetada y que no depende de determinadas funciones. Es una idea que surge con el estoicismo y con el cristianismo” (Spaemann, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Persona y Derecho*, op. cit., p. 13).

más remotos pueden encontrarse en el pensamiento griego y, más en concreto, en el estoicismo medio. La *humanitas*, o conciencia de la igual naturaleza de todos los hombres, y la necesidad de un idéntico respeto, aparece, por primera vez, en la obra de Panecio de Rodas (s. V. antes de C.)⁴⁵. Posteriormente, diversos autores insistirán en la igualdad esencial⁴⁶, en la naturaleza común⁴⁷ de los seres humanos, y en la consiguiente exigencia de igualdad de trato y no discriminación.

Especialmente, a partir de Kant, la dignidad también remite a la idea, ya mencionada, de que la persona es un fin en sí mismo, por lo que nunca debe ser tratada como un medio, mereciendo un respeto incondicionado. Como es bien conocido, Kant, en su

En relación a la influencia del cristianismo, Hegel, comparando la concepción griega y cristiana de persona, señalará: "Ciertamente, el sujeto era individuo libre, pero se sabía libre sólo como ateniense, y otro tanto el ciudadano romano como *ingenuus*. Pero que el hombre fuese libre en sí y por sí, según la propia subsistencia, que hubiese nacido libre como hombre, esto no lo supieron ni Platón ni Aristóteles ni Cicerón, y ni siquiera los juristas romanos, aunque sólo este concepto sea la fuente del derecho. En el cristianismo por vez primera el espíritu individual personal es esencialmente de valor infinito, absoluto..." (Hegel, G.W.F., *Geschichte der Philosophie*, ed. Michelet, Berlín, 1840, tomo I, p. 63, cit. en Melendo, T., *La dignidad del trabajo*, Rialp, Madrid, pp. 18-19). Al tema de la influencia del cristianismo en la noción de dignidad humana y de derechos humanos me he referido en Aparisi, A., "Alcance de los derechos del hombre a la luz del pensamiento cristiano", op. cit., pp. 137-160.

45 Vid. sobre este tema Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 112.

46 Ya Antifonte de Atenas (s. V a. de C.) mantenía: "A los que descienden de padres distinguidos los respetamos y honramos; en cambio, a los que no son de casas distinguidas no los respetamos ni honramos. En esto nos comportamos recíprocamente como bárbaros, pues por naturaleza hemos sido creados iguales en todos los aspectos, así bárbaros como helenos. Esto se infiere de una consideración de las cosas necesarias por naturaleza a todos los hombres. Todas éstas hay que conseguir las de la misma manera, y en ninguna de ellas nos diferenciamos ni como bárbaros ni como helenos". En la misma línea, Hipias de Elide (s. V a. de C.) sostenía: "Varones aquí presentes, os considero a todos parientes, íntimos y ciudadanos por naturaleza, si bien no por ley, pues por naturaleza lo semejante está enlazado con lo semejante" (en Platón, *Protágoras*, 337, c, cit. en Añón, M.J; Aparisi, A. y otros, *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos*, Tirant lo blanch, 1996, Valencia, p. 31).

47 Así, afirmará Cicerón (106-43 a. C.): "Nada hay tan semejante a otra cosa como un hombre a otro. Cualquier definición del hombre vale para otro. Ello sólo resulta oscurecido en la medida en que el hombre se deja llevar por la corrupción de costumbres y por la variabilidad del ánimo" (Cicerón, *De legibus*, I, 10, cit. en Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, op. cit., p. 112). También, en la misma línea, Séneca (4 a. C. - 65 d. C.) sostenía: "El alma recta, buena, grande, que es Dios mismo hospedado en un cuerpo humano, puede encontrarse tanto en un caballero romano como en un liberto, como en un esclavo".

Fundamentación de la metafísica de las costumbres, señaló que las personas “no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios... Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto limita en ese sentido todo capricho (y es objeto de respeto)”⁴⁸.

Pero conviene matizar que cualquier miembro de la especie humana, en razón de su dignidad ontológica, no es, en palabras de Spaemann, sólo “un fin en sí mismo para sí” (con un fundamento subjetivo) sino, un fin en sentido objetivo, o por antonomasia⁴⁹. Con ello se quiere significar que la dignidad no tiene su fundamento, en última instancia, en la autonomía personal o en el consenso social⁵⁰. El individuo no merece un respeto incondicionado porque así lo ha decidido él mismo, –mediante una decisión autónoma–, o porque la sociedad, o el poder político se la ha atribuido. La dignidad ontológica es algo superior a esa pura decisión individual o social, e implica la consideración del ser humano como fin en sí mismo en sentido objetivo e incondicionado. Por ello, su valor intrínseco está, incluso, por encima de las normas jurídicas que se establezcan en una

48 Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa- Calpe, Madrid, 1983, 8ª edición, p. 83.

49 Spaemann, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Persona y Derecho*, op. cit., p. 20.

50 Spaemann intenta explicar esta diferencia entre dignidad en sentido subjetivo y objetivo con el siguiente párrafo: “No necesita ninguna demostración el hecho de que algo es para sí mismo su propio y último fin y que no puede ser convertido por otro en un mero medio para un fin totalmente extraño. El ratón es también un fin último para sí mismo, pero esto no es así para el gato... Si el hombre es sólo un valor para sí mismo y no un “fin en sí mismo”, entonces sería válido para este caso el asesinato perfecto: si es eliminado un sujeto que considera su propia vida como algo valioso, no se puede hablar de una “pérdida de valor”. El carácter valioso de esa vida dependía del sujeto para el que dicha pérdida tenía valor. Y lo mismo puede decirse de la aniquilación de la humanidad por medio de una catástrofe atómica. Si todo valor es relativo al sujeto que valora, no se puede llamar crimen a la aniquilación completa de todos los sujetos que valoran... Sólo el valor del hombre “en sí” - no únicamente para los hombres- hace de su vida algo sagrado y confiere al concepto de dignidad esa dimensión ontológica sin la cual no puede pensarse siquiera lo que con ese concepto se quiere expresar” (Spaemann, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit, pp. 20-21).

sociedad⁵¹. En realidad, cuando el único fundamento que se encuentra para la dignidad es la autonomía del individuo o un mero consenso social o político, esta puede continuar siendo algo subjetivamente estimable, que no es poco, pero resulta insuficiente. El consenso social puede poner de manifiesto que, en un determinado momento histórico, la dignidad de un colectivo concreto de individuos es valiosa, pero también puede dejar de serlo. De hecho, esto es lo que ocurre en muchos países con la dignidad de los embriones, fetos con deficiencias, personas en estado vegetativo...

2.2. Dignidad ontológica, igualdad y unidad humana

Como hemos intentado mostrar, aceptar la dignidad humana implica admitir la existencia de una igualdad esencial –de naturaleza– entre los seres humanos. Como destaca Hervada, a pesar de las radicales desigualdades que separan a los seres humanos, “lo igual en todos –independiente de toda condición social o rasgos diferenciales– es justamente la naturaleza. En ella se asienta la dignidad que por ser *de naturaleza*⁵², es igual en todos”⁵³.

En realidad, para poder referirnos a la dignidad humana, es necesario admitir que la persona tiene una base ontológica, y no sólo fenomenológica. Por ello, la dignidad no puede fundamentarse solamente en algunas manifestaciones de la persona –como, por ejemplo, la racionalidad, la capacidad de sufrir, etc.–, sino en todo el organismo humano (unidad sustancial cuerpo-espíritu) y en sus expresiones somáticas⁵⁴. Se presupone así la consideración de la

51 Spaemann sostiene: “Desde esa posición que yo denominaría antiontológica (la que considera al individuo como un fin en sí mismo para sí), no se puede deducir ningún argumento concluyente contra el asesinato silencioso y sin dolor de un hombre que carezca de familia. Si ese hombre es sólo un valor para sí mismo (como un valor relativo al propio sujeto que valora) y no un “fin en sí mismo”, entonces sería válido para este caso el asesinato perfecto” (Spaemann, R., op. cit., p. 20).

52 Como señala Carpintero, a pesar de la experiencia del cambio, y de los distintos modos de alcanzar los fines humanos en el tiempo, queda en pie la evidencia primera: “que nos reconocemos como personas humanas a pesar de los cambios culturales porque queremos lo mismo. O dicho con otras palabras, que aquello a lo que los hombres han tendido y tienden determina una misma *naturaleza* a pesar de los cambios” (Carpintero, F., *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid, 1993, p. 153).

53 Hervada, J., op. cit., p. 357.

54 Para Millán Puelles, “La dignidad de la persona humana es la de ese mismo hecho radical en su alcance absoluto. Y, correlativamente, el respeto a ese *factum personale* es el que intrínseca y objetivamente se merece un verdadero *áxion* que,

persona como un *todo*, un ser que no es solamente espiritual ni exclusivamente corporal⁵⁵, sino que integra, en su naturaleza, ambas dimensiones.

Entender que el ser humano es digno por sí mismo, y no sólo en razón de su conciencia o racionalidad, puede parecer una diferencia muy sutil, pero tiene una gran trascendencia práctica: lo digno no es sólo su razón o su capacidad de autodeterminarse moralmente, sino también su naturaleza corporal, toda ella penetrada de racionalidad. Y ello, con independencia de que, a lo largo de su vida, un ser humano realmente desarrolle, o no, toda su potencialidad.

En consecuencia, y en la medida en que la subjetividad personal se manifiesta en una naturaleza corporal, no hay respeto a la persona sin respeto a su naturaleza física⁵⁶, a su dimensión corporal. En realidad, la misma dimensión material, el cuerpo, nos aporta, quizás mejor que otros elementos, un signo sensible y decisivo para el reconocimiento de la dignidad, ya que la existencia de éste es previa a la manifestación empírica de, por ejemplo, la racionalidad.

Los presupuestos filosóficos expuestos son negados por diversas corrientes actuales, dando lugar a concepciones reduccionistas de la dignidad humana. Entre ellas, podemos destacar, especialmente, la dualista –personista–, y la utilitarista⁵⁷.

3. EL DUALISMO O PERSONISMO

El rasgo más característico del dualismo, o personismo, es la separación de los conceptos de ser humano y persona. El ser humano, en sí mismo considerado, no es más que un mero miembro de la especie biológica humana. Sólo a la persona, el ser poseedor de vida autoconsciente y libre, de autonomía, independencia o racionalidad, merece el reconocimiento de su dignidad y de los correlativos

como tal, no está condicionado humanamente por factores de tipo individual ni de índole histórica" (Millán Puelles, A., op. cit., pp. 98-99).

55 Andorno, R., "Una aproximación a la bioética", en *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Civil y Penal*, op. cit., p. 437.

56 González, "La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica", op. cit.

57 Sobre las concepciones actuales reductivas de la dignidad humana vid. especialmente Ballesteros, J., "Exigencias de la dignidad humana en biojurídica", en G. Tomás (coord.), *Manual de Bioética*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 182-185.

derechos⁵⁸. En última instancia, la dignidad llegara a confundirse con la autonomía.

Como se ha indicado, el personismo niega la unidad de la especie humana. Nos encontramos, como ya se ha indicado, ante la reducción moderna de la dignidad a la racionalidad, independencia o autonomía de la voluntad. Como señala Ballesteros, determinadas cualidades que afectan al *tener* del hombre y no a su *ser*, se erigen en fundamento de la dignidad⁵⁹. En este sentido, son paradigmáticas las tesis defendidas por autores como Parfit, Singer o Engelhardt. En concreto, Parfit sostiene: "Most of us do not distinguish persons from human beings. But some of us, following Locke, make a distinction... If we draw this distinction, we may think that, while it is bad to kill a human being, it is worse to kill a person. We may even think that only the killing of persons is wrong"⁶⁰.

Consecuencia de estos planteamientos es, en general, la negación de derechos a los seres no racionales, o no autónomos, de la especie *homo sapiens*, como los embriones, fetos, niños pequeños, deficientes, personas en coma o descerebrados. Desde presupuestos utilitaristas, Singer afirmará: "Ni todos los miembros de la especie "homo sapiens" son personas ni todas las personas son miembros de la especie "homo sapiens"... Los recién nacidos humanos no nacen con conciencia de sí mismos, ni son capaces de comprender que existen en el tiempo. No son personas"⁶¹. Por su parte, Engelhardt clasifica a los seres humanos en función de su alejamiento frente al ideal de autonomía. Los cigotos, embriones, fetos, anencefálicos y comatosos persistentes se llegan a considerar inferiores a ciertos

58 Ballesteros, J., "Exigencias de la dignidad humana en biojurídica", op. cit., p. 180.

59 Marcel, C., *Être et Avoir*, Aubier, París, 1938, p. 86, cit. en Ballesteros, J., "Exigencias de la dignidad humana en biojurídica", op. cit., p. 195.

60 Parfit, D., *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 322.

61 Para Singer: "...puesto que la actitud de la nueva ética que he estado defendiendo rechaza incluso la idea de que toda vida humana tiene el mismo valor, no voy a defender que toda vida tiene el mismo valor, sin tener en cuenta su calidad o características...Y desde el punto de vista de la ética revisada... El derecho a la vida no es un derecho exclusivo de los miembros de la especie "homo sapiens"...un derecho que poseen, apropiadamente, las personas (Singer, P., *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional* (trad. Yolanda Fontal, Barcelona, 1997, pp. 199, 202, 206). Y en otro lugar: "No hay razón para matar chimpancés antes que a niños anencefálicos" (p. 182).

mamíferos superiores, ya que podría admitirse que éstos últimos poseen mayor racionalidad⁶².

Estas concepciones que, en definitiva, niegan la vinculación necesaria entre ser humano y dignidad, hunden sus raíces en los orígenes de la modernidad. Como es bien conocido, el pensamiento de Descartes (1596-1690), con su famosa distinción entre *res extensa* y *res cogitans*, sentó las bases del dualismo, al sostener que todo cuanto existe, a excepción de la mente humana, puede ser reducido a la consideración de objeto. En sus palabras:

Yo soy una cosa que piensa o una sustancia, cuya esencia es el pensar y carece de extensión. Tengo un cuerpo, que es una cosa extensa que no piensa. De ahí que mi alma, por lo que yo soy, es completamente distinta a mi cuerpo y puede existir sin él⁶³.

El ser humano aparece drásticamente dividido en dos: el cuerpo, entendido como un objeto de dominio, y el pensamiento o racionalidad. Ya Locke (1632-1704), influido por la división cartesiana, llegará a distinguir, en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*, entre persona y ser humano⁶⁴.

Por otro lado, y desde presupuestos empiristas, la noción de naturaleza pierde su sentido clásico. Si lo natural es lo externo, la noción de naturaleza remitirá a un objeto, a una máquina, de la que está ausente cualquier consideración finalista⁶⁵. Se produce así un gran “desgarramiento y dilaceración interna”⁶⁶. El hombre, en

62 Engelhardt, H.T., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 358. En la misma línea, Dworkin afirma que nada que carezca de intereses puede tener un derecho y nada puede tener un interés si carece de conciencia. En consecuencia, como los fetos (al menos en las primeras fases del embarazo) no tienen conciencia, no pueden tener intereses ni derechos (Dworkin, R., *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, Random House, 2011).

63 Descartes, R., “Meditaciones de prima philosophia. Meditatio sexta”, en *Oeuvres philosophiques*, Tomo II, Garnier Frères, París, 1967, p. 226. Vid. Ballesteros, J., “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, op. cit., p. 180; López Guzman, J., Aparisi, A., “Justicia y Ecología”, en Ballesteros, J., Fernández-Ruiz Galvez, E., Martínez, A.L. (coord.), *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Volumen I, Quiles, Valencia, 1995, p. 232.

64 Locke, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, tomo I, Editora Nacional, Madrid, 1980.

65 González, A.M., “Dignidad humana”, en Aparisi, A., Ballesteros, J., *Biotecnología, dignidad y Derecho, bases para un diálogo*, op. cit.

66 Ballesteros, J., *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 22.

cuanto sujeto pensante y autónomo, llega a reconocerse como algo “distinto” a la naturaleza⁶⁷. Se mantiene, incluso, “la ausencia” de un lugar para él en la misma⁶⁸. De este modo, el ser humano ya no se ve a sí mismo como un ser natural, sino como “algo diferente”. Por ello, Spaemann señala que la visión que el hombre moderno tiene de la realidad y de sí mismo ha convertido a la naturaleza en el “reino de lo que ya es”⁶⁹. La naturaleza se vuelve exterioridad, objeto, sin ser algo propio al sujeto. Conocer a un ente por naturaleza significa enajenarlo como objeto. Se trata de una visión puramente naturalista o mecanicista de la misma⁷⁰. En definitiva, el ser humano toma conciencia de sí como libertad y racionalidad, por oposición a la naturaleza: es, exclusivamente, la *res cogitans* de Descartes⁷¹.

Como ya se ha apuntado, estos presupuestos conducen, en última instancia, a un doble rechazo: a) de la unidad del mismo ser humano, al quedar dividido en dos dimensiones (dualismo); b) de la unidad de la especie humana, al separarse los conceptos de ser humano y persona.

A su vez, esta doble negación tiene múltiples consecuencias en el ámbito ético y jurídico. Entre ellas, podemos señalar el no respeto incondicionado a todo ser humano –a su carácter de fin en sí mismo–, y la negación de la igualdad –y la no–, entre los seres humanos.

En relación a este último aspecto, cabe insistir en que el personismo es una concepción con un marcado carácter excluyente, ya que deja al margen de toda protección jurídica precisamente a aquellos que más la necesitan: los que, por su carencia de racionalidad o de autonomía moral o física, no son capaces de defender su dignidad. En

67 Se rompe así el principio de la unidad de todo lo creado y se justifica un modelo de hombre entendido como dueño y señor absoluto de una naturaleza que puede manejar a su antojo. El mismo Descartes se referirá a los hombres como “señores y poseedores de la naturaleza” -*maîtres et possesseurs de la nature*-. (Descartes, R., “Discours de la méthode”, en *Oeuvres philosophiques*, op. cit., p. 634). Es claro que, por influencia de este modelo, hasta hace pocos años se consideraba a la naturaleza como un objeto privado de valor en sí, del cual el hombre podía disponer sin límites y sin barreras (vid. Bartolommei, S., *Ética e Ambiente*, Guerini e Associati, Milano, 1989, p. 11).

68 Llano, A., “Subjetividad moderna y acción trascendental”, en Alvira, R., (coord.), *Razón y libertad: Homenaje a Antonio Millán Puelles*, Rialp, Madrid, 1990, p. 63.

69 Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989.

70 Spaemann, R., “La naturaleza como instancia de apelación moral”, en Massini, C.I. (edit.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 352.

71 Vid González, A.M., “Naturaleza y dignidad personal desde el pensamiento de Robert Spaemann”, en VVAA., *El primado de la persona en la moral contemporánea*, Pamplona, 1997, pp. 215-217.

este sentido, puede interpretarse, por ejemplo, la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional español, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley de despenalización parcial del aborto. En el fundamento noveno de la misma se afirma:

La vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer⁷².

Como se puede advertir, en esta Sentencia no se reconoce dignidad al *nasciturus*, sino sólo a la mujer, ya que sólo ella es, de hecho, poseedora de una vida autónoma y racional. Ciertamente, se reconoce que el *nasciturus* es un ser humano; la misma Sentencia afirma, en su Fundamento Jurídico 5, que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación”. Sin embargo, a dicho ser humano no se le atribuye la dignidad, la condición de persona y los correlativos derechos. En la misma línea se pronunció la Sentencia 116/1999, del Tribunal Constitucional español, al rechazar la dignidad, y negar protección jurídica alguna, a los embriones humanos concebidos *in vitro*⁷³.

Frente a la concepción personista, y rechazando el dualismo cartesiano, hemos defendido, anteriormente, la unidad esencial de la persona, la inescindibilidad entre *res extensa* y *res cogitans*, entre corporeidad y racionalidad. La dignidad radica en un ser que posee una naturaleza⁷⁴ racional⁷⁵. Por ello, el fundamento, e incluso

72 STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 9.

73 Vid. García Cuadrado, A.M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”, op. cit., pp. 508-509.

74 Sobre la concepción teleológica de naturaleza vid. Gonzalez, A.M., *Moral, razón y naturaleza*, Eunsa, Pamplona, 1998. Sobre la el debate actual sobre la viabilidad de recurrir al concepto de naturaleza como guía moral vid. Callahan, D., “Can Nature Serve as a Moral Guide?”, en *Hasting Center Report*, November-December 1996, 26 (6), pp. 21-22. En el mismo número pueden consultarse también Kass, L.R., “The Trouble Dream of Nature as a Moral Guide” y Norton, B. G., “Moral Naturalism and Adaptive Management”.

75 Este punto diferencia al ser humano del resto de seres vivos, en el sentido de que lo propio de la naturaleza irracional es tender a un fin como impulsada o dirigida. El animal carece de toda capacidad de elección, y responde de manera automática ante la presencia de un bien o un mal que su instinto le presenta. Sin embargo, los seres humanos poseen inclinaciones, y son capaces de descubrir, en cada circunstancia concreta, la llamada al bien. Podríamos recordar aquí a Aristóteles: “El hombre es entre los animales el único que tiene palabra... la palabra está para hacer patente lo

el mismo contenido de la dignidad, no pueden limitarse solamente a una de estas dimensiones. El ser humano, antes que una pura libertad o autonomía en el vacío, es un *ser*, con una naturaleza y una ontología determinada. La autonomía o racionalidad son capacidades propias de la persona, pero el *ser* es previo. En otras palabras, quien es libre es un *ser* dotado de un estatuto ontológico concreto, de una naturaleza y una dignidad que le viene dada y que, por lo tanto, no es creada por él⁷⁶.

4. LA CONCEPCIÓN UTILITARISTA DE LA DIGNIDAD

Esta segunda concepción tiene un origen más reciente y se apoya, en gran medida, en el auge actual, especialmente en el campo sanitario, de la noción de "calidad de vida"⁷⁷. En los últimos años, esta visión se ha extendido al ámbito moral y jurídico a raíz, especialmente, de determinados debates sociales, como, por ejemplo, el relativo a la despenalización del aborto eugenésico o la eutanasia. De este modo, en ocasiones se ha pretendido que un concepto que es, básicamente, un parámetro descriptivo o estadístico, pase, incluso, a remplazar al principio de la dignidad intrínseca de la vida⁷⁸.

provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto; y lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto..." (Aristóteles, *Política*, Libro I, c. 1).

76 Como señala A.M. González, "lo que constituye al vegetal en vegetal y lo distingue del animal es un fin que el vegetal no puede trascender...Análogamente, lo que constituye al animal en animal y lo distingue del hombre es un fin que el animal no puede disponer...En la misma línea, lo que constituye al ser humano en ser humano -su naturaleza- y lo distingue de Dios es otro fin que el hombre no puede trascender...Ello excluye la posibilidad de atribuir al hombre una absoluta autonomía. No sólo en su ser, sino también en su operar, el hombre tiene algo dado: los primeros principios; ellos son los que definen su naturaleza específica" (González, A.M., *Naturaleza y dignidad*, op. cit., pp. 97-99)

77 Ello no significa que, antes de las dos últimas décadas, fuera un concepto desconocido o no utilizado. Así, por ejemplo, en 1949 Karnofski propuso un método de evaluación de los efectos clínicos de la terapia, el "Karnofski Performance Index", utilizado ampliamente como modelo (Meran, J.G., "Quality and value of life", *CMQ*, 1997, 4, p. 14).

78 Se ha llegado a señalar que, en el final del siglo XX, la calidad de vida "no sólo es un criterio más entre los varios reconocidos (el orden natural, el amor al prójimo, etc.), sino que en las sociedades occidentales está llegando a convertirse en el criterio por antonomasia de la moral civil" (Gracia, D., *Ética de la calidad de vida*, Madrid, Fundación Santa María, 1984, p. 19).

En el contexto de la filosofía utilitarista, –para la que el bien supremo es el placer–, el sufrimiento priva de sentido a la vida del hombre. En realidad, una vida sufriente no merece ser vivida y, en consecuencia, puede llegar a carecer de dignidad. En este marco conceptual, la calidad de vida llega a convertirse en una especie de parámetro que mide los “grados de humanidad”⁷⁹ y, en definitiva, la dignidad.

Un ejemplo de este enfoque podemos encontrarlo en el texto de la Proposición de Ley Orgánica de despenalización de la eutanasia, presentada por Izquierda Unida⁸⁰. En su Preámbulo establece:

El derecho del hombre a una muerte digna está directamente relacionado con el derecho a una vida digna, por ello, cuando causas de naturaleza médica impiden al ser humano desarrollar su propia vida, o le pongan en una situación de fuerte menoscabo de su dignidad como persona, o le supongan padecimientos físicos permanentes e irreversibles, hacen que se deba dar la oportunidad de poner fin a una vida no digna desde el punto de vista de quien decida.

En la misma línea, actualmente se suele justificar, ética y jurídicamente, por ejemplo, el aborto eugenésico, la eliminación de niños con síndrome de Down, o la eutanasia de enfermos terminales, o discapacitados físicos o mentales. También merece destacarse la creciente admisión judicial de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*⁸¹. En este sentido, por ejemplo, Gracia se plantea si sería adecuada

79 Es claro que, con estos parámetros, se pueden llegar a justificar excepciones al absoluto moral “no matarás al inocente”. Ello es un claro síntoma de la desvalorización actual de un bien, la vida humana, y de la existencia de una menor exigencia en la protección del mismo (Vid. Serrano, J.M., *Bioética, poder y derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 1993, pp. 79-97).

80 Boletín del Congreso de los Diputados, de 9 de febrero de 1998.

81 El inicio de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* reside en EEUU. En el caso *Gleitman vs. Cosgrove* (1967) se negó la indemnización por *wrongful birth* y *wrongful life* en el supuesto de un niño afectado de diversas malformaciones producidas a consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo, enfermedad respecto de la cual se había informado a la progenitora de que no tendría consecuencias sobre el feto. La Corte de Nueva Jersey rechazó la demanda en base a argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño frente al carácter sagrado de la vida. Pero, posteriormente, este criterio cambió. En 1975, en el caso *Jacobs vs. Theimer*, se admitió la indemnización por *wrongful birth* basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos, debido a que la madre contrajo la rubéola en el primer mes de embarazo, y el médico no lo diagnosticó correctamente. A raíz de este reconocimiento se han sucedido muchos más.

moralmente la acción abortiva conducente a interrumpir la vida de aquellos embriones y fetos que, por diagnóstico prenatal, se conociera que van a sufrir trastornos de salud. Señala que la eliminación de estos sujetos puede realizarse teniendo en cuenta que, en un futuro, tendrían mermadas sus facultades, la familia los tendría que mantener, y ello supondría un coste económico a la sociedad. Asimismo, habría que tener en cuenta el hecho de que “el bienestar general no sólo queda afectado por el hecho de tener que hacerse cargo de individuos defectuosos, sino también porque, permitiendo su reproducción, se actúa en contra del principio de selección natural y, por tanto, se produce una merma de lo que podría entenderse por bienestar biológico o genético.”⁸²

En realidad, siguiendo a Cohen⁸³ estas ideas nos sitúan ante ciertos interrogantes fundamentales. Entre ellos, ¿existen vidas que no merecen ser vividas? ¿deben, por ello, dejar de estar protegidas jurídicamente? Son muchos los problemas, y no sólo jurídicos, que plantea la reducción del valor de la vida –su dignidad– a la calidad de la misma. En primer lugar, podríamos señalar que esta concepción vuelve a partir de un modelo dualista de persona. El cuerpo humano es considerado como objeto (*res extensa*), al que se aplican parámetros de calidad adecuados para valorar objetos materiales, pero no seres humanos. Asimismo, el cuerpo se concibe como un objeto de dominio, susceptible de propiedad y libre disposición. Por su parte, la racionalidad y libertad humanas (*res cogitans*) se entienden desvinculadas de la naturaleza biológica, de la propia vida humana⁸⁴.

A ello hay que añadir otra grave objeción: la misma noción de calidad de vida es un concepto muy difuso⁸⁵, impreciso y difícil de

82 Gracia, D., *Ética de la calidad de vida*, op. cit., p. 67.

83 Cohen, C.B., “Quality of life” and the analogy with the nazis”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1983, 8, p. 114.

84 A este respecto, Juan Pablo II señala que es de “suma importancia redescubrir el nexo inseparable entre vida y libertad. Son bienes inseparables: donde se viola uno, el otro acaba también por ser violado. No hay libertad verdadera donde no se acoge y ama la vida; y no hay vida plena sino en la libertad” (Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, 96).

85 En la actualidad, para algunos se trata de un parámetro totalmente cuantificable y objetivo. Para otros, conlleva una apreciación subjetiva. Desde los años cuarenta hasta nuestros días se ha pasado de una etapa presidida por un alejamiento de los aspectos subjetivos, a otra en la que éstos han adquirido una gran relevancia (Vid. Häyry, M., “Measuring the quality of life: Why, How and What?”, *Theoretical Medicine*, 1991, 12, pp. 97-116). Por otro lado, la calidad de vida no se determina sólo a partir de la realidad o percepción del sujeto ante, por ejemplo, un tratamiento

delimitar⁸⁶. Desde un punto de vista biomédico, Hepler lo ha calificado como “borroso”⁸⁷. Para Sánchez González “el problema radica en que la idea de la calidad de vida no es primariamente un concepto intelectual. Es más bien una aspiración ideal que sólo puede llenarse de contenido en un determinado contexto histórico, social y personal”⁸⁸.

En principio, podríamos diferenciar entre calidad de vida, en un sentido amplio, y calidad de vida relacionada con la salud. En este sentido, Permanyer⁸⁹ mantiene que el término calidad de vida “se refiere no solo a la salud sino también a factores tales como la vida familiar, el nivel económico, el medio ambiente y la satisfacción profesional”. Para Brugarolas la “calidad de vida es vivir con dignidad personal, trabajo bien hecho, salario justo, protección y educación familiar, solidaridad con el prójimo, participación en la construcción social, goce de los bienes y desarrollo de un estilo de vida orientado hacia la verdad, la belleza y el bien”⁹⁰. Desde este punto de vista, la calidad de vida, entendida en sentido amplio, será realmente

farmacológico, quirúrgico o asistencial. Actualmente es, también, uno de los parámetros a tener en cuenta en la política científica y tecnológica. En este sentido, Muñoz afirma que “el concepto de calidad de vida supone una revolución respecto a las ideas tradicionales de la política científica y tecnológica, y contradice, hasta cierto punto, los planteamientos liberales que dominan en el mundo desarrollado”. Vid. Muñoz, E., “Calidad de vida, un nuevo elemento y un desafío para la política científica y tecnológica”, *Quark*, 1996, 3, p. 74.

86 Horan, M. “Treating and feeding the debilitated elderly”, en Gormally, L., *The dependent elderly. Autonomy, justice and quality of care*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 16-7.

87 Hepler, C.D., “Philosophical Issues Raised by Pharmaceutical Care”, en Haddad, A.M., Buerki, R.D., (ed.), *Ethical Dimensions of Pharmaceutical Care*, New York, Pharmaceutical Products Press, 1996, p. 39.

88 Sánchez, M., “Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia”, en Urraca, S., (ed.) *Eutanasia hoy: un debate abierto*, Madrid, Noesis, 1996, 356. Por otro lado, es importante tener en cuenta que la noción de calidad de vida admite distintas perspectivas de estudio: a) Descriptiva: cuando se estudian o detallan aquellas propiedades que determinan que la vida de un sujeto sea mejor que la de otro. En este sentido, se puede entender que la posesión de riqueza, cultura, belleza o salud son signos de una buena calidad de vida; b) Evaluativa: se introducen aspectos cuantificables, normalmente de tipo estadístico. Tiene su origen en el control de calidad introducido en los procesos industriales; c) Normativa: cuando, como hemos señalado, la noción de calidad de vida se adopta como guía de decisiones morales (Gracia, D., *Ética de la calidad de vida*, op. cit., pp. 7-19).

89 Permanyer, G., y otros, “Valoración de la calidad de vida relacionada con la salud a los dos años de la cirugía coronaria”, *Med Clin*, 1997, 108, p. 12.

90 Brugarolas, A., “Calidad de vida: concepto y definición”, *Revista Médica de la Universidad de Navarra*, 1995, 39, p. 56.

difícil de definir. Dependerá, en gran medida, “de la escala de valores por la que cada individuo ha optado más o menos libremente y de los recursos emocionales y personales de cada uno. Además, está sometida a determinantes económicos, sociales y culturales y se modifica, con el paso de los años, para un mismo individuo”⁹¹. En definitiva, desde esta perspectiva, la calidad de vida, más que un parámetro para reconocer o no dignidad a un ser humano, es una meta, o ideal, acorde con la misma dignidad.

Por su parte, la calidad de vida relacionada con la salud, o salud percibida, hace referencia a aquellos aspectos de nuestra vida influenciados por el funcionamiento físico o mental, y nuestro bienestar⁹². La evaluación de la calidad de vida asociada a la salud se ha realizado en una gran variedad de contextos: práctica clínica, investigación de los servicios sanitarios, evaluación de nuevos medicamentos en ensayos clínicos, seguimiento de la salud de poblaciones y subgrupos de población, y asignación de los recursos sanitarios⁹³. Por esta razón, lo más frecuente es encontrar definiciones

91 Esteve, M., Roca, J., “Calidad de vida relacionada con la salud: un nuevo parámetro a tener en cuenta”, *Med Clin*, 1997, 108, p. 458.

92 Para aproximarnos a la noción de calidad de vida relacionada con la salud es necesario ahondar en los conceptos de *salud y enfermedad*. Durante mucho tiempo, estas nociones se han abordado desde una perspectiva puramente organicista. Posteriormente, la OMS amplió esta visión, al afirmar que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, no consistiendo, solo, en la ausencia de enfermedades o de malestar. En definitiva, la noción de salud no puede quedar limitada a los factores clínicos tradicionales, basados en variables anatómicas, biológicas y/o psicológicas. Por su parte, Sgreccia añade que esta definición supone un avance, pero hay que completarla incluyendo, no sólo las dimensiones orgánica, psíquica y mental, sino también ecológico-social y ética. Es fundamental considerar que la dimensión ética de la salud está enraizada “en el espíritu del hombre y en su libertad”. En este sentido, hay enfermedades que derivan de opciones éticas equivocadas, como la drogadicción, o de la imposibilidad de acceso a los servicios de salud. Pero, “incluso allí donde la enfermedad tiene un origen independiente del “ethos” de la persona y de sus responsabilidades, la prevención, la terapia y la rehabilitación implican la voluntad y la libertad del sujeto, así como la responsabilidad de la comunidad; y cuando se habla de responsabilidad se está implicando la dimensión ética” (Sgreccia, E., *Manual de Bioética*, México, Diana, 1996, p. 1128).

93 Badia X, “Carné X. La evaluación de la calidad de vida en el contexto del ensayo clínico”, *Med Clin* 1998, 110, p. 550. En la actualidad, en el ámbito sanitario, la calidad de vida se evalúa a través de una combinación de descripciones, medidas y juicios de valor. Se añan los aspectos más objetivos de estado de funcionalidad e interacción del sujeto con su entorno, con aquellos más subjetivos, aportados por la propia percepción del paciente. Se han desarrollado numerosos instrumentos para medir la calidad de vida. Así, por ejemplo el *Nottingham Health Profile*, el cuestionario

de calidad de vida aplicada a una determinada patología⁹⁴, ensayo, etc. En este sentido, Vega⁹⁵ señala que existen tablas de calidad de vida “que conceden a la ausencia de dolor físico, alimentación, sueño y defecación un valor del mismo rango que a la ausencia de sufrimiento moral, a la comunicación con los otros, al trabajo y a la autonomía en los actos de la vida cotidiana”. El concepto de calidad de vida se complica todavía más cuando se le otorga un mayor peso a las apreciaciones subjetivas del paciente⁹⁶.

De acuerdo con lo señalado, parece evidente que no cabe una comprobación empírica y objetiva de la calidad de vida. Los mismos parámetros usados para determinar la calidad de vida son, como se ha intentado mostrar, muy subjetivos, variables e imprecisos. A partir de esta conclusión, ¿puede la calidad de vida ser un criterio válido para decidir los “grados de humanidad” y, en definitiva, la dignidad de la vida humana? ¿puede hablarse, con un mínimo de rigor, de la existencia de “vidas humanas indignas”, porque carecen de calidad de vida? Ciertamente, existen ciertos parámetros que pueden ayudar en la toma de decisiones, especialmente en el ámbito sanitario. Pero el problema se plantea cuando dichos parámetros se convierten en el criterio para determinar la dignidad de la vida, para discernir entre a quien debe amparar el Derecho, y quien debe ser dejado al margen de toda protección legal. En realidad, el utilitarismo, con su reducción de la dignidad a la “calidad de vida”, conduce a una nueva modalidad de discriminación que destruye los cimientos de la misma idea de dignidad humana y de derechos humanos. Estos sólo

de salud de Goldberg y Williams, el *Sickness Impact Profile*, el *EuroQol*, el *SF-36*, o la matriz de Rosser. Con esta matriz se construyen los *QALYS*, que es la unidad más difundida para realizar análisis de utilidad. Estos procesos se desarrollan por una autoevaluación, por lo que son bastante susceptibles de conducir a interpretaciones erróneas. Ello se debe a que las preguntas que se formulan a los pacientes pueden ser tan claras y concretas como lo que duerme o la hora a la que se ha levantado, o tan ambiguas como la apreciación de su estado en comparación con otros pacientes. 94 Así, la Organización Mundial de la Salud definió la calidad de vida en el contexto de la demencia como “la integración del funcionamiento cognitivo, actividades de la vida cotidiana, integración social y bienestar psicológico” (Vid Walker, M.D., Salek S.S., Bayer A.J., “A Review of Quality of Life in Alzheimer’s disease”, *Pharmacoeconomics*, 1998, 14 (5), p. 502).

95 Vega, J., y otros, “Aspectos bioéticos de la calidad de vida”, *Cuadernos de Bioética*, 1994, 19, p. 156.

96 Este puede tener una percepción subjetiva de su estado de salud y del que desea tener. Dicha percepción puede ser o no acorde con la valoración del profesional que le atiende.

tienen sentido si se reconoce a todo ser biológicamente humano, sin discriminaciones posibles, una dignidad igual e inherente.

5. LA CONCEPCIÓN ONTOLÓGICA DE LA DIGNIDAD

Frente al personismo y al utilitarismo, la concepción ontológica de la dignidad intenta garantizar el respeto incondicionado, sin discriminación alguna, de todo ser humano y, en definitiva, la igualdad y la universalidad de los derechos humanos. Para ello, como hemos señalado, parte de dos presupuestos: a) una visión unitaria del ser humano; b) tal y como reconocen las Declaraciones internacionales ya mencionadas, el carácter inherente, a cualquier ser perteneciente a la especie *homo sapiens*, de la dignidad. Partiendo de dichos presupuestos, podríamos concretar los siguientes criterios:

1. Para el reconocimiento de la dignidad humana sería título suficiente, como señala la Declaración Universal de 1948, *la pertenencia a la familia humana*⁹⁷. En consecuencia, no sería necesario ningún requisito adicional⁹⁸ –como, por ejemplo, la independencia del seno materno, la racionalidad, la autonomía moral o la calidad de vida–. En realidad, sólo si se acepta como premisa el reconocimiento de la universalidad y la exigencia de no exclusión, es posible hablar, en rigor, de dignidad humana⁹⁹.

⁹⁷ Por otro lado, es suficiente con que un ser vivo posea un genoma humano para ser considerado miembro de la familia humana. Ello, sin embargo, no implica la reducción de la persona al genoma. En este aspecto es especialmente clara la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, ya citada, al resaltar que la dignidad de los individuos es independiente de sus características genéticas. En el mismo sentido, el artículo 2, apartado a) mantiene que “Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas”. Y en su punto b) afirma que “Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad”. Como destacó Juan Pablo II, en su Discurso a la Academia Pontificia de la Vida, de 24 de febrero de 1998: “el genoma humano no sólo tiene un significado biológico; el portador de una dignidad antropológica, que tiene su fundamento en el alma espiritual que lo impregna y vivifica”.

⁹⁸ Robles, G., “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la CE)”, en L. García San Miguel (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, p. 56.

⁹⁹ En esta línea, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa establece “la necesidad de respetar al ser humano, no sólo como individuo sino también en su pertenencia a la especie humana”, reconociendo la importancia de garantizar su dignidad. Y en su artículo primero se refiere, también, a la protección de la dignidad de todo ser humano.

En contradicción con este criterio, el Tribunal Constitucional español ha seguido una línea jurisprudencial que, en la práctica, niega el carácter inherente de la dignidad. En este sentido, resulta suficientemente ilustrativa la ya mencionada Sentencia 53/85, en la que el criterio determinante para atribuir, o denegar, la dignidad es una regla jurídica (artículo 29 del Código Civil) cuyos orígenes, como es bien conocido, guardan estrecha relación con el Derecho sucesorio. Esta línea argumentativa ha sido seguida en posteriores Sentencias, como la STC 212/96 y la STC 116/99.

2. La dignidad no puede ser considerada como un derecho humano o fundamental. Más bien, constituye la misma fundamentación de los derechos humanos¹⁰⁰. Estos son, precisamente, los bienes que exige la estructura ontológica de la persona, su dignidad, siendo un requisito inexcusable para su adecuada realización y desarrollo. O, lo que es lo mismo, se trataría de las exigencias que se derivan de su misma naturaleza, de acuerdo con su ser personal¹⁰¹.

Por ello, para Spaemann, los derechos humanos “se deben reconocer para todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier criterio adicional”¹⁰². En la misma línea, para González “precisamente

100 En relación al ordenamiento jurídico español, ello determinaría que la expresión “dignidad de la persona”, a la que se refiere el artículo 10.1 de nuestra Constitución, debería ser entendida como dignidad del ser humano. La noción de persona que emplea la Constitución no puede remitirse al sentido técnico-jurídico que rige en el ámbito iusprivatista. , ya que, como señala Robles, tendríamos entonces que incluir a las personas jurídicas y, por tanto, también al Estado: “dignidad de la persona no puede querer decir otra cosa que dignidad del ser humano. Persona, pues, no es aquí un concepto jurídico, sino un concepto moral que hay que identificar con el ser humano, independientemente de sus condiciones concretas de existencia biológica, social y política; por lo tanto, independientemente también del momento de su formación biológica...” Sobre esta problemática y la posibilidad de elaborar un concepto constitucional de persona, vid. Gabaldón, J., “Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida”, *Persona y Derecho*, 44, 2001, p. 152.

101 Vid. Sánchez Agesta, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1980, p. 74.

102 Spaemann R., *Lo natural y lo racional: Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp 1989, p. 50. Para este autor: “si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara al juicio de la mayoría, habríamos de definir en virtud de que propiedades se posee dignidad humana y se pueden exigir los derechos correspondientes. Pero esto sería suprimir absolutamente la idea misma de los derechos humanos. Estos presuponen que todo ser humano, en tanto que miembro de la humanidad, puede hacer valer sus derechos frente a otros, lo cual significa a su vez que la pertenencia a la especie *homo sapiens* sólo puede basarse en aquella dignidad mínima que

esa dignidad se pone en juego cuando cualquiera se arroga el derecho de decidir que seres merecen el nombre de personas y cuáles no. Porque entonces fácilmente se pasa a considerarlos como un puro medio, y se les somete a cálculos utilitaristas. Los débiles, los improductivos, los lisiados, los niños, los enfermos, podrían irse excluyendo progresivamente de la definición de persona, y la exclusión podría fácilmente justificarse atendiendo a razones de Estado y en última instancia de conveniencia. Frente a esto, no está de más recordar que la dignidad, a diferencia del valor, no es commensurable¹⁰³.

3. Defender la dignidad humana implica, también, aceptar la igualdad esencial entre los miembros de la especie humana. Esta afirmación no refleja un dato fenomenológico, sino una legítima aspiración de justicia: remite a la exigencia de un idéntico respeto a todos los seres humanos, que se concreta, también, en el igual reconocimiento de los derechos humanos. En realidad, definiendo quien tiene dignidad (y es merecedor de respeto) y quien no, se elimina, radicalmente, la operatividad del mismo principio, así como la garantía de igualdad, no discriminación, y no exclusión, que, en definitiva supone el reconocimiento de la dignidad¹⁰⁴.

hemos llamado dignidad humana" (Spaemann, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", *Persona y Derecho*, 1988, XIX, 1988, p. 25). En esta línea, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, de 1948, afirma que: "Los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen por fundamento al ser humano".

103 González, AM., *Naturaleza y dignidad*, Pamplona, Eunsa, 1996, pp. 54-55. Por ello, para esta autora, "precisamente esa dignidad se pone en juego cuando cualquiera se arroga el derecho de decidir que seres merecen el nombre de personas y cuáles no. Porque entonces fácilmente se pasa a considerarlos como un puro medio, y se les somete a cálculos utilitaristas. Los débiles, los improductivos, los lisiados, los niños, los enfermos, podrían irse excluyendo progresivamente de la definición de persona, y la exclusión podría fácilmente justificarse atendiendo a razones de Estado y en última instancia de conveniencia. Frente a esto, no está de más recordar que la dignidad, a diferencia del valor, no es commensurable" (González, A.M., *Naturaleza y dignidad*, Pamplona, Eunsa, 1996, pp. 54-55).

104 C. De Diego Lora mantiene que el Tribunal Constitucional realiza una aportación "inédita" hasta ese momento, ya que "mediante tal postura...niega que la Constitución Española proteja toda vida humana por sí misma, sino sólo a partir de encontrarse en el útero de la mujer, distinción que, desde luego, no está en la Constitución (De Diego Lora, C., "Observaciones críticas a la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio sobre técnicas de reproducción asistida", Publicación *on line*, Instituto Martín de Azpilicueta, Universidad de Navarra).

Esta dimensión de la dignidad fue, por ejemplo, ha sido conculcada por la doctrina del Tribunal Constitucional español, entre otras, en su referida Sentencia 116/1999, de 17 de junio. En ella estableció una distinción, a efectos de tratamiento legal, entre los embriones implantados y los embriones “in vitro”. Con respecto a estos últimos afirmó que “no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno”.

4. Del reconocimiento de la dignidad se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalización del ser humano y de no comercialización con sus partes. Ello implica la necesidad de defender la primacía del ser humano frente a cualquier tipo de interés social o económico. Sólo de este modo el ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo. Esto es precisamente lo que significa “dignidad”: “cualidad de ser fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional”¹⁰⁵. En este sentido, merece destacarse que el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina afirma que “El interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia”.

5. La dignidad humana también conlleva la necesaria protección del derecho humano a la vida¹⁰⁶. En efecto, existe una estrecha

105 Robles, G., “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la CE)”, en L. García San Miguel (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, p. 47.

106 El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sostiene que “toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad”. Por su parte, el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene también que “toda persona tiene el derecho a que su vida sea respetada. Este derecho está protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado arbitrariamente de su propia vida”. El artículo 6 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por la Asamblea de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, sostiene que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Asimismo, el artículo 2.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, afirma que “el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente...”. Por último, la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos, aprobada en 1981, declara, en su artículo 4 que “los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado arbitrariamente de este derecho”.

relación entre dignidad y derecho a la vida (principio y consecuencia), ya que la lesión de éste derecho implica la extinción radical de la dignidad inherente al ser. La agresión a cualquier otro derecho no supone, como en el caso de la vida, la eliminación de un ser que es digno. Además, el derecho a la vida es presupuesto y condición de posibilidad de cualquier otro derecho¹⁰⁷, por lo que, en consecuencia, habría que reconocerle una posición jerárquicamente superior, de tal modo que no cabría admitir su ponderación con otros derechos. El Tribunal Constitucional español, en la citada Sentencia 53/1985, de 11 de abril, reconoció la estrecha relación existente entre la dignidad y el derecho a la vida:

Dicho derecho a la vida (...) constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos "que le son inherentes". La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

Sin embargo, como ya se ha indicado, el propio Tribunal rechazó, posteriormente, la consecuencia lógica de sus presupuestos, al subordinar la vida del *nasciturus* a la dignidad (autonomía) de la mujer¹⁰⁸.

Frente a ello cabría señalar que el reconocimiento de la dignidad humana implica, en relación al derecho a la vida, un límite a la

107 (Robles, G., "El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10 CE)", en García San Miguel, L., (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, p. 48).

108 En realidad, y casi inadvertidamente, -aunque con consecuencias decisivas en el fallo-, el Tribunal varió el significado del principio de la dignidad humana -el ser humano es un fin en sí mismo-, para sustituirlo por el principio de autonomía de la voluntad, entendido en un contexto claramente individualista, sin correlación con los deberes.

libertad de actuación de los demás. Como apunta Robles, “parece que debe estar fuera de toda discusión que los principios constitucionales de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad no sólo expresan ámbitos de libertad para el individuo, sino también, y relevantemente, la obligación, por parte de todos, de respetarlos en las personas ajenas...implica reconocer que los demás son fines en sí mismos...”.

En definitiva, y en relación a la vida humana, defender la dignidad de todo ser humano supone admitir que el derecho a la vida es el único inviolable, en sentido absoluto, en la medida en que nunca estaría justificada la acción directamente encaminada a producir la muerte de un ser humano inocente.

6. El principio de la dignidad aparece también estrechamente conectado con el principio del libre desarrollo de la personalidad. El artículo 10.1 de la Constitución española vincula la dignidad de la persona a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad, entendidos como “fundamento del orden político y de la paz social”.

Podría entenderse que el libre desarrollo de la personalidad constituye el aspecto dinámico de la dignidad. Remite a la exigencia de garantizar aquellas condiciones que permiten la realización integral del ser humano. En consecuencia, en un sentido integral y no reduccionista, debe entenderse el libre desarrollo de la personalidad, no sólo como una exigencia de respeto a la autonomía moral, libertad o racionalidad de la persona, sino también como una garantía de protección del desarrollo corporal del ser humano, lógica condición necesaria para poder llevar a cabo un proyecto vital.

Por ello, en nuestro caso, el calificativo de “libre” no se traduciría sólo como posibilidad de ejercicio de la propia autonomía, sino también como obligación de garantizar que el desarrollo biológico de un ser humano esté libre de toda intervención que lo obstaculice gravemente. Ello es especialmente relevante en los primeros estadios de la vida, cuando el individuo humano se encuentra más desprotegido. En este sentido, por ejemplo, en lo que al embrión humano se refiere, implicaría “la garantía de que ninguna acción se lleve a efecto en contra de su desarrollo biológico...del progreso de su gestación desde el primer momento y por tanto sin impedir que se complete; es decir, el principio esencial de conservación del desarrollo vital de un sujeto

nuevo al que afecta aquél principio antes de que, según la ley positiva, adquiera la vestidura formal de la personalidad jurídica¹⁰⁹.

6. CONCLUSIÓN

La distinción entre lo justo y lo injusto, función principal del Derecho¹¹⁰ y, en consecuencia, también del Bioderecho, implica la indagación dialéctica de lo que a cada uno corresponde según su propio estatuto ontológico. Por ello, se presupone que existen ciertas verdades sobre el ser humano y el orden social que deben ser buscadas en común a través del debate y del diálogo. En realidad, se podría afirmar que la existencia de estas ciertas verdades previas es lo que da verdadero sentido al diálogo, entendido como algo más que una búsqueda de un mero consenso fáctico¹¹¹.

Entre esas verdades se encontraría la dignidad humana, considerada como el principio biojurídico fundamental. En realidad, el principio de la dignidad humana constituye la referencia de toda la actividad biomédica, hasta el punto de que le revela su sentido último. Tomarse en serio la dignidad humana implica un compromiso social, político y jurídico, que va más allá de una mera fórmula retórica o política.

En la actualidad encontramos una fuerte tendencia a hacer depender la dignidad y el valor de la vida humana de un determinado grado de desarrollo, de unas perfectas condiciones psico-físicas, del pleno ejercicio de la autonomía de los progenitores, de la "calidad de vida"... Frente a estas visiones, reduccionistas y excluyentes, la concepción ontológica de la dignidad sostiene que todo ser humano es valioso por lo que es, no por las capacidades o cualidades que tiene. La dignidad humana sólo se puede basar en la idea de que todo ser humano merece un respeto incondicionado. Se presupone su valor inconmensurable que lo eleva (cuerpo y espíritu) por encima de los objetos.

109 Gabaldón, J., "Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida", *Persona y Derecho*, 44, 2001, p. 135.

110 Vid. Cotta, S., *El derecho en la existencia humana*, Eunsa, Pamplona, 1987, pp. 235 y ss.

111 En este sentido, señala González que "si el derecho no es otra cosa que el resultado de una convención en la que se ha logrado un precario equilibrio de intereses particulares, con el único fin de lograr una convivencia más o menos pacífica, entonces...cualquier diálogo acerca de lo racional está de más" (González, A.M., *En busca de la naturaleza perdida*, op. cit., pp. 174 y 175).

En el contexto actual parece necesario, hoy más que nunca, demandar el carácter inherente de la dignidad. Ello debe ir unido a una revalorización de la reflexión sobre la dependencia y la vulnerabilidad humanas, como elementos intrínsecos a nuestra existencia. El desafío consiste en descubrir en la misma fragilidad la dignidad de la persona y el sentido profundo de toda vida humana, en admitir “la inseparabilidad entre desvalimiento biológico y excelencia espiritual”¹¹². Como señala Gabriel Marcel, la calidad sagrada del ser humano “aparecerá más claramente cuando nos acerquemos al ser humano en su desnudez y en su debilidad, al ser humano desarmado, tal como lo encontramos en el niño, el anciano, el pobre”¹¹³. Por más deteriorado que esté un ser humano, nunca será una cosa, sino una persona, con un valor imponderable e insustituible, no sólo para él, sino también para todos los demás. Considero que en esto consiste, en esencia, el significado de la dignidad humana.

REFERENCIAS

Andorno, R., *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l' épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, París, 1996.

Andorno, R., *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, París, 1997.

Andorno, R., “Una aproximación a la bioética”, en *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Civil y Penal*, Oscar Garay (dir.), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.

Annas, G.J., “Death Without Dignity for Commercial Surrogacy. The Case of Baby-M”, *Hasting Center Report*, 1988, Apr-May, 18.

Añón, M.J; Aparisi, A. y otros, *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

Aparisi, A., “Manipulación genética, dignidad y derechos humanos”, *Persona y Derecho*, núm. 40, 1999; “Genoma humano, dignidad y derecho”, *Revista de Derecho y Salud*, Volumen 10, núm. 1, enero-junio 2002;

Aparisi, A., “El significado del principio de la dignidad humana: un análisis desde la ley 41/2002 sobre derechos de los pacientes” en *La*

112 Ballesteros, J., “Dignidad humana y biojurídica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2002 (en prensa).

113 Marcel, G., *La dignité humaine*, Aubier Montaigne, Paris, 1961, p. 168.

ley 41/2002 y la implantación de los derechos del paciente, Eunsa, Pamplona, 2003.

Aparisi, A., *Bioteología, dignidad y derecho: bases para un diálogo* (editora), Eunsa, Pamplona, 2004.

Aparisi, A., "Persona y dignidad ontológica", en J.J. Megías Quirós (coord.), *Manual de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

Aparisi, A., "Human cloning and human dignity", en Weisstub, David N.; Diaz Pintos, Guillermo (Eds.), *Autonomy and Human Rights in Health Care. An International Perspective*, Series International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, Vol. 36.

Aparisi, A., "En torno al principio de la dignidad humana", en *Vida humana y Aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*, Montoya Rivero, Victor Manuel (coord.), edit. Porrúa, 2009.

Ballesteros, J., "Exigencias de la dignidad humana en Biojurídica" en Ballesteros, J., Aparisi, A., *Bioteología, dignidad y derecho, bases para un diálogo*, Instituto de Derechos Humanos, Eunsa, Pamplona, 2004.

Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 112.

Ballesteros, J., *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989.

Bartolommei, S., *Etica e Ambiente*, Guerini e Associati, Milano, 1989.

Bartolomei, F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giapichelli, Torino, 1987.

Bon, H., *La muerte y sus problemas*, Fax, Madrid, 1950.

Bristow, P., *The moral dignity of man*, Four Courts Press, Dublín, 1993; Arendt, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1992.

Brugarolas, A., "Calidad de vida: concepto y definición", *Revista Medica de la Universidad de Navarra*, 1995, 39.

Callahan, D., "¿Can Nature Serve as a Moral Guide?", en *Hasting Center Report*, November-December 1996, 26 (6).

Carpintero, F., *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid, 1993.

Choza, J., "El descubrimiento de la dignidad humana", en Arechederra, J.J., Ayuso, P.P., Choza, J., Vicente, J. (eds.), *Bioética, psiquiatría y Derechos Humanos*, I.M. & C., Madrid, 1995

- Cotta, S., *El derecho en la existencia humana*, Eunsa, Pamplona, 1987.
- D'Agostino, F., "La dignidad humana, tema bioético", en González, A.M.; Postigo, E.; Aulestiarte, S., (eds.), *Vivir y morir con dignidad*, Eunsa, Pamplona, 2002.
- Díaz de Terán Velasco, M.C., "Multiculturalismo e bioética. Riflessioni di Filosofia del diritto", en *Archivio Giuridico*, vol. CCXXVIII, fasc. 2 (2008).
- Díaz de Terán Velasco, M. C., "De 1968 a 2008: consecuencias en bioderecho de la revolución sexual", en *Persona y Derecho* 58 (2008).
- Díaz de Terán Velasco, M.C., "Bioética laica y bioética religiosa. Claves para una argumentación contemporánea", *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIII/1ª (2012).
- Dworkin, R., "¿Es el Derecho un sistema de normas?", en Dworkin, R. (edit.), *La Filosofía del Derecho*, trad. J. Sáinz de los Terreros, México, FCE, 1980.
- Dworkin, R., *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, Random House, 2011.
- Engelhardt, H.T., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. E. Valentí, Bosch, Barcelona, 1961.
- Franz Koeck, H., "A paradigmatic change: Religious Liberty from Alfredo Ottaviani to Dignitatis humanae", *Persona y Derecho*, núm. 65, 2, 2011.
- Gabaldón, J., "Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida", *Persona y Derecho*, 44, 2001.
- García Cuadrado, A.M., "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona", en *Persona y Derecho*, núm. 67, 2, 2012.
- Gaylin, W., "In Defense of the Dignity of Being Human", *Hasting Center Report*, 1984, Aug., 14.
- Gentles, I. (ed.), *A Time to Choose Life. Women, Abortion and Human Rights*, Stoddart, Toronto, 1990.
- Glendon, M.A., "La soportable levedad de la dignidad", en *Persona y Derecho*, núm. 67, 2, 2012.
- González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986.

- González, A.M., *Naturaleza y dignidad*, Eunsa, Pamplona, 1996.
- González, A.M., "Dignidad humana" en Ballesteros, J., Aparisi, A., *Bioteología, ética y derecho, bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004.
- González, A.M., "Naturaleza y dignidad personal desde el pensamiento de Robert Spaemann", en VVAA., *El primado de la persona en la moral contemporánea*, Pamplona, 1997.
- González, A.M., *Moral, razón y naturaleza*, Eunsa, Pamplona, 1998.
- Häberle, P., "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", en Fernández-Segado, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de Derecho público*, Dickinson, Madrid, 2008.
- Hendin, H., "Selling Death and Dignity", *Hasting Center Report*, 1995, 25 (3).
- Hervada, J., "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", en *Humana Iura*, 1, 1991.
- Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1995.
- Hoerster, N., "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", en *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J.M. Seña y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992.
- Horan, M., "Treating and feeding the debilitated elderly", en Gormally, L., *The dependent elderly. Autonomy, justice and quality of care*, Cambridge University Press, 1992.
- Jiménez de Parga, M., "La refundamentación del ordenamiento jurídico", *Persona y Derecho*, 44, 2001.
- Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, 8ª edición.
- Laporta, F., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, julio, 1985, 67.
- Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966.
- Llano, A., "Subjetividad moderna y acción trascendental", en Alvira, R., (coord.), *Razón y libertad: Homenaje a Antonio Millán Puelles*, Rialp, Madrid, 1990.

- Locke, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, tomo I, Editora Nacional, Madrid, 1980.
- López Guzmán, J., Aparisi, A., "Justicia y Ecología", en Ballesteros, J., Fernández-Ruiz Galvez, E., Martínez, A.L. (coord.), *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Volumen I, Quiles, Valencia, 1995.
- Marcel, G., *La dignité humaine*, Aubier Montaigne, Paris, 1961.
- Melendo, T.; Millán-Puelles, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996.
- Millán Puelles, *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1978.
- Millán Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976.
- Parfit, D., *Reasons and Persons*, Claredon Press, Oxford, 1984.
- Pavía, M.L.; Revet, T., (eds.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, París, 1999.
- Robles, G., "El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la CE)", en L. García San Miguel (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá.
- Sánchez, M., "Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia", en Urraca, S., (ed.) *Eutanasia hoy: un debate abierto*, Madrid, Noesis, 1996.
- Serrano, J.M., *Bioética, poder y derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 1993.
- Sgreccia, E., *Manual de Bioética*, México, Diana, 1996.
- Singer, P., *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, trad. Yolanda Fontal, Barcelona, 1997.
- Spaemann, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Persona y Derecho*, XIX, 1988.
- Spaemann, R., *Lo natural y lo racional: Ensayos de antropología*, trad. D. Innerarity y J. Olmo, Rialp, Madrid, 1989.
- Spaemann, R., *Personas. Acerca de la distinción entre algo y alguien*, Eunsa, Pamplona, 2000.
- Spaemann, R., "La naturaleza como instancia de apelación moral", en Massini, C.I. (edit.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 352.

Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I-I, Cuestión 42, artículo 4, edición de Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993.

Vega, J., y otros, "Aspectos bioéticos de la calidad de vida", *Cuadernos de Bioética*, 1994, 19.

Von Münch, H., "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982.

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

César Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Doctor en Derecho (UNAM); Posdoctor en Estudios Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM); Posdoctor en Derecho (Universidad Federal de Santa Catarina); Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Miembro de la Asamblea General y de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Muchos son los principios de la Justicia Restaurativa y algunos se confunden entre sí y con los de la mediación, su *instrumento privilegiado*. La observancia de esos principios – entre los cuales sobresale el de la dignidad humana – resulta fundamental como salvaguardia contra desviaciones que puedan comprometer la esencia del proceso y ponerlo en riesgo. Los identifico a continuación:

1. ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El ofensor debe admitir su responsabilidad en la ofensa cometida, algo considerado imprescindible en las prácticas restaurativas, incluso en la mediación.

Consta en el preámbulo del Anexo (Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal) a la Resolución n. 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que el enfoque restaurativo permite al delincuente entender mejor las causas y los efectos de su conducta y asumir una *genuina responsabilidad*.

Esa postura de parte del ofensor (adolescente o adulto) es la premisa básica para solventar el conflicto y reconstruir los lazos rotos, especialmente entre éste y la víctima.

2. BUENA FE

El proceso restaurativo no tiene condiciones de avanzar sin que sus participantes demuestren ser movidos por la buena fe y así merecer la confianza de los demás.

Es vital que los actores del proceso actúen con honestidad de intenciones, sean movidos por la sinceridad y no utilicen, por ejemplo, estrategias retardatorias que favorezcan a una de las partes.

Cabe al facilitador estar atento a gestos o conductas que puedan traducir mala fe, dando, si fuera el caso, por concluido el encuentro.

Recurro a una bella lección sobre *bona fide*: “La buena fe (tal y como la mala fe) tiene la edad del hombre. Es como la ‘verdad’ y la ‘mentira’. Actuándose con ‘buena fe’ los propios actos identificarán el propósito. Diciéndose la ‘verdad’, será ella repetida tantas veces cuantas sea necesario, de formas diversas, aun en otras palabras. Actuándose con ‘mala fe’, temprano o tarde, será descubierto el vicio y el autor responderá a las consecuencias. Diciéndose una ‘mentira’, deberá el autor decirla noventa y nueve otras veces para sustentarla. Actuar con buena fe es actuar con rectitud, sin ofensa a la ley, sin dolo; es ser honesto.”¹

3. CELERIDAD/DURACIÓN RAZONABLE

Sin las trabas de la justicia tradicional (muy criticada por su notoria morosidad), los trámites restaurativos son rápidos y eficaces, porque el procedimiento es sencillo y oral y su duración, que depende de las características de cada caso, de su naturaleza y complejidad, es dictada por las partes.

Tómese en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que establece en su artículo 25: (1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y *rápido* o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

¹ PEDROTTI, Irineu Antonio, PEDROTTI, William Antonio y CARLETTI, Amilcare, *Máximas Latinas no Direito Comentadas*, Servanda Editorial, Campinas, SP, 2010, p. 155.

Según la Convención Europea para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y *dentro de un plazo razonable*, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. En esta misma línea de ideas se ha elaborado la Enmienda Constitucional n° 45/2004 (Reforma del Poder Judicial), que incluyó una nueva fracción (LXXVIII) al artículo 5° de la CF brasileña, según el cual se debe garantizar a todos, en sede judicial y administrativa, la razonable duración del proceso y los medios aseguradores de la celeridad de su tramitación.

En su voto razonado, en el Caso Mack Chang (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2003), demanda en contra de Guatemala, por violación de los artículos 4, 8 y 25 (derecho a la vida, derecho a las garantías judiciales y derecho a la protección judicial, respectivamente) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de la antropóloga ejecutada extrajudicialmente el 11 de septiembre de 1990, afirmó el juez Sergio García Ramírez:

La excesiva demora en la impartición de justicia constituye, de alguna manera, denegación de justicia. “Justicia retrasada es justicia denegada”, señala una antigua máxima, invocada con frecuencia. La exigencia de observar un plazo razonable para la solución de las controversias vinculadas al tema de los derechos humanos tiene varias proyecciones dentro de este mismo marco. En una primera hipótesis, se aplica al tiempo para el desarrollo de un proceso contra cualquier persona. Es así que la Corte ha indicado que el “principio de plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente.

Debe tenerse el cuidado de no confundir celeridad con una composición apresurada, de la cual resulte un acuerdo inadecuado o insatisfactorio.

4. COMPLEMENTARIEDAD

La JR no pretende sustituir a la justicia común. Ya se dijo que las dos justicias se complementan, aplicándose, siempre que resulte posible, prácticas restaurativas que sean capaces, por ejemplo, de ofrecer sanciones más blandas y/o alternas, esto es, presentar ventajas para los implicados en el delito.

Nada estorba la posibilidad de que se amalgamen los beneficios de la Justicia Restaurativa con los requisitos del sistema penal clásico. A manera de ejemplo: “en lugar de una pena efectiva de veinticinco años de prisión, el acusado puede recibir una de quince, desde que se haya retractado ante las víctimas, se haya esforzado por repararlas o se haya predispuesto a prestar trabajo voluntario en favor de la comunidad, de aquellas o de las respectivas familias, en la prisión, o, cuando sea posible, fuera de la misma.” En los casos menos graves, sobre todo en segmentos “criminales particulares o semipúblicos”, tampoco nada impide “la complementación entre vías judiciales e informales en la resolución de los problemas concretos generados por la ofensa. Las partes pueden, por ejemplo, llegar a un acuerdo en determinados puntos, desistiendo o renunciando a la demanda penal, pero necesitando una tutela civil o arbitral para dirimir los restantes puntos. Para situaciones de procesos penales pendientes, debe ser legalmente prevista la posibilidad de que las partes puedan requerir a la autoridad judicial competente, hasta la publicación de la sentencia de la primera instancia, la suspensión de la instancia y, concomitantemente, de los plazos de prescripción, mientras las iniciativas de mediación tengan lugar. Se podrá hablar, por lo tanto, de una doble complementariedad entre el sistema de Justicia ‘oficial’ y los mecanismos de Justicia Restaurativa.” Si en términos generales –concluye– deben ambos coexistir como instrumentos de profilaxis y gestión de conflictos, en el caso concreto, a su vez, nada impide que se muevan al mismo tiempo y en *satisfacción de los intereses públicos y privados* que resulten de una misma ofensa.²

5. CONFIDENCIALIDAD

Lo que es objeto de los encuentros, tras las puertas, debe ser sigiloso, confidencial (hechos, afirmaciones, sugerencias, documentos presentados), exigiéndose, en algunos lugares y casos,

² AMADO FERREIRA, Francisco, *op. cit.*, pp. 39-40.

que se firme un pacto de confidencialidad para asegurar el sigilo (*pacta sunt servanda*). Eso permite un diálogo más fluido, natural, sincero, favorecido por la oralidad del proceso restaurativo. En caso de desistimiento o malogramiento, no se transmite nada a la justicia común, no pudiendo ser usada la participación del ofensor como prueba de admisión de culpa en un procedimiento judicial futuro, civil o criminal.

Está previsto en el párrafo único del artículo 9º del Proyecto de Ley n° 7.006/2006, que el principio de la confidencialidad busca la protección de la intimidad y de la vida privada de las partes.

Dispone asimismo el artículo 10 de la Ley de Justicia Penal Restaurativa del Estado de Durango, México, del 18 de febrero de 2009, que entre las obligaciones del personal especializado está la de conservar la confidencialidad, en carácter de secreto profesional, de los asuntos respecto a los cuales tengan conocimiento en virtud y en el ejercicio de su función.

¿Qué es necesario para que una mediación sea exitosa? Eso depende en una gran proporción “de la seguridad que tengan las partes sobre la privacidad con la que habrá de conducirse el proceso. El mediador está obligado a guardar secreto acerca de las manifestaciones, documentación e informes que se utilicen durante el desarrollo de la mediación. Este deber de confidencialidad les es debido a las partes entre sí y también respecto de terceros.”³ En este sentido: “En cualquier caso, esa idea de confidencialidad no sólo debe entenderse exigible al mediador, a la víctima y al victimario, sino, en su caso y cuando así fuere posible, respecto de cuantas personas hayan podido tener participación alguna en el procedimiento de mediación, mediante la correspondiente exigencia de responsabilidad en caso de quebranto de la misma por cualesquiera de ellos”, debiendo subrayarse la necesidad “de exigir esta confidencialidad a los letrados de las partes que puedan haber tenido conocimiento de lo acontecido

3 CAVALLI, María Cristina y QUINTEROS AVELLANEDA, Liliana Graciela, *Introducción a la Gestión no Adversarial de Conflictos*, Editorial Reus, Madrid, 2010, p. 139. Cf. MAGRO, Vicente, HERNÁNDEZ, Carmelo y CUÉLLAR, J. Pablo: “El proceso de mediación es confidencial, pues se concreta en un acuerdo que firman los mediados, donde se establecen las reglas que deben satisfacer conjuntamente, garantizándose que nada de lo que allí se concrete pueda ser extrapolado, en ningún sentido, fuera del exclusivo ámbito que determina intrínsecamente el propio proceso de mediación. Tampoco el mediador podrá reproducir nada de lo que en el proceso se diga, ni ser citado como testigo, pues lo ampara el secreto profesional.” (*op. cit.*, p. 11)

en mediación." Así, dicho principio se convierte en uno de los puntos nodales de *viabilidad y eficiencia* de la mediación.⁴

Por supuesto, entienden algunos, podrá haber excepciones cuando, por ejemplo, se trate de información que represente una futura amenaza para los participantes u otras personas.

6. CONSENSUALIDAD

Las partes acuerdan realizar un encuentro restaurativo, respetando sus reglas, como la confidencialidad, y se proponen cumplir el acuerdo celebrado.

Los procesos restitutivos sólo deben ser usados cuando exista suficiencia de pruebas para inculpar al delincuente y no pueden prescindir de su consentimiento, así como de la víctima. Ambos podrán retirar su anuencia en cualquier momento del proceso.

El Consejo de Europa (Recomendación n° R [9] del Comité de Ministros a los Estados Miembros respecto de la mediación en materia penal) recomienda que ésta sólo deberá realizarse si la víctima y el ofensor consienten de modo enteramente libre (*freely consent*).

Según Damásio Evangelista de Jesus, las prácticas restaurativas presuponen un *Acuerdo libre y plenamente consciente entre las partes involucradas*, puesto que, sin tal consenso, no habrá otra alternativa que no sea el procedimiento tradicional.⁵

7. COOPERACIÓN

La cooperación es indispensable para la calidad del abordaje restaurativo. A los implicados les corresponde colaborar en la medida de sus posibilidades, consciente de las ventajas de arribar a un acuerdo provechoso *erga omnes*.

4 BARONA VILAR, Silvia, *Mediación Penal: Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 276. La confidencialidad es uno de los principios fundamentales que deben regir la conducta de los mediadores, junto con la competencia, imparcialidad, neutralidad, independencia y autonomía, respeto al orden público y a las leyes vigentes, de conformidad con la Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil.

5 JESÚS, Damásio de, "Justiça Restaurativa no Brasil", en *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, vol. 1, n° 21, CNPCP, Brasília, 2008, p. 18.

El ofensor, consciente de los perjuicios derivados de su delito, buscará repararlos o compensarlos, contando con la ayuda de la víctima y de los demás.

En realidad, estamos delante de un proceso de pura cooperación, precisamente porque en él se observa una convergencia de intereses que permite alcanzar un resultado favorable a todos los que participan en el encuentro de restauración.

8. DIGNIDAD HUMANA O HUMANIDAD

En el ámbito de la Justicia Restaurativa se debe respetar y preservar, de cada uno de los involucrados en sus procedimientos, la dignidad humana, “una cualidad inseparablemente unida al ser mismo de la persona”⁶, un principio absoluto, central e inviolable, del que dimanan otros principios como la imagen, el derecho a la privacidad e intimidad, el honor, la integridad moral y la libertad.

Definida como el *piso erguido* por el filósofo alemán Ernst Bloch, la *dignitatis humanae* de todos los principios el más universal, fue erigida como fundamento de la República por el artículo 1º de la Carta Magna, según el cual la República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, constituye un Estado Democrático de Derecho y tiene entre sus fundamentos, además de la soberanía, la ciudadanía, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo jurídico, *la dignidad de la persona humana*.

Para Lúcia Barros Freitas de Alvarenga, es concebida como una “referencia constitucional unificadora de todos los derechos fundamentales”⁷ y, para Rizzato Nunes, se trata de un supra-principio constitucional que “alumbra todos los demás principios y normas constitucionales.”⁸ La Constitución española de 1978, en

6 BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *La Dignidad de las Macrovíctimas Transforma la Justicia y la Convivencia (In Tenebris, Lux)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, p. 44.

7 BARROS FREITAS DE ALVARENGA, Lúcia, *Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza: Uma Dimensão Hermenêutica para a Realização Constitucional*, Editorial Brasilia Jurídica, 1998, p. 223.

8 NUNES, Rizzato, *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, Editorial Saraiva, São Paulo, 2002, p. 50. Rogério Greco, Fiscal del Ministerio Público del Estado de Minas Gerais (Brasil), nos habla del Derecho Penal del Equilibrio, “que procura resolver los conflictos sociales con seriedad, buscando solamente proteger los bienes más importantes y necesarios a la convivencia en sociedad. Preserva, por lo tanto, el principio constitucional de la dignidad de la persona humana, una vez

el artículo 10.1, refiere lo siguiente: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social. La afirmación de que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana está en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Humanitas o la dignidad del ser humano, su centralidad como persona, el respeto que se debe a su esencia, “es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre *humanitas*, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas.”⁹

Este pensamiento es compartido por el profesor Ignacio José Subijana Zunzunegui, de la Universidad del País Vasco (UPV), para quien el paradigma de humanidad “debe impregnar la justicia tanto cuando responde a una estructura heterocompositiva –en la que el juez resuelve una contienda entre partes confrontadas– como cuando descansa en un modelo autocompositivo –en la que el juez homologa la solución conferida al conflicto por las partes originariamente en disputa–. En la fórmula heterocompositiva destaca la potenciación del juicio como un espacio en el que los individuos emiten los relatos en los que plasman sus vivencias, y lo relevante del traslado a los mismos de una respuesta que, al estar fundada en razones

que solamente interviene en el derecho de libertad de sus ciudadanos en los casos estrictamente necesarios, pues sin esa intervención sobrevendría el caos social.” (En *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*, Editorial Impetus, Niterói, RJ, 2014, p. 177)

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Humanismo en el Derecho Penal*, Editorial Ubijus/Instituto de Formación Profesional, México, 2009, p. 7. Vid: “...toda esa histórica y formal proclamación de ser la persona humana portadora de una dignidad “innata” es el propio Derecho a reconocer lo siguiente: la humanidad que *reside* en cada uno de nosotros es en sí misma el fundamento lógico o el título de legitimación de tal dignidad. No cabiendo a él, Derecho, otro papel que no sea el de declararla.” (AYRES BRITTO, Carlos, *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Editorial Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 25)

atendibles y comprensibles, ofrece un mensaje dotado de una elevada calidad comunicativa. En el modelo autocompositivo se prioriza la construcción de un marco de diálogo que se alimenta del respeto, la escucha, la comprensión y la recreación conjunta de lo dañado.”¹⁰

Desde esta perspectiva, los mediadores internalizan la percepción de que deben tratar a las partes con decoro absoluto y se supone que éstas actúen de igual modo, esforzándose para enfrentar el conflicto de la mejor forma.

Al aludir a la participación de un facilitador en el proceso restaurativo, el Manual de Prácticas Restaurativas para Conciliadores en Equidad, en el marco del Proyecto de Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad¹¹ en Colombia, aclara que el facilitador contribuirá a que, de ningún modo, cualquiera de las partes pueda ser tratada, en algún instante, de forma deshonrosa,

10 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El Paradigma de Humanidad en la Justicia Restaurativa*, artículo extraído de la web.

11 Sobre la impunidad: “...tiene efectos devastadores para las víctimas de las violaciones. La impunidad no sólo genera un enorme sentimiento de frustración y desencanto entre las víctimas y sus allegados, sino que también supone un obstáculo a la reparación, ya que, en parte, la reparación también tiene que ver con el enjuiciamiento y castigo de los responsables. Las reflexiones de Theo van Boven son muy ilustrativas de esta íntima relación entre justicia y reparación cuando señala que ‘en algunos países la inacción en lo relativo a la investigación y al castigo va de la mano con la inacción en lo concerniente a la reparación a las víctimas. Las víctimas pueden verse privadas de importantes evidencias que son necesarias para apoyar sus demandas de reparación.’” (GÓMEZ ISA, Felipe. El texto, extraído de una versión actualizada de la introducción [p. 34] que figura en el libro coordinado por el autor [*El Derecho a la Memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Zarauz, España, 2006], está disponible en el sitio de ILSA – Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia) Ver: Conjunto de Principios actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, Informe de Diane Orentlicher, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social (8 de febrero de 2005): Principio 33: Los procedimientos especiales que permiten a las víctimas ejercer su derecho a una reparación serán objeto de la más amplia publicidad posible, incluso por los medios de comunicación privados. Se deberá asegurar esa difusión tanto en el interior del país como en el extranjero, incluso por la vía consular, especialmente en los países a los que hayan debido exiliarse muchas víctimas. Principio 34: El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas; comprenderá medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, según lo establece el derecho internacional.

respetándose, al revés, la dignidad paritaria y la igualdad de todos los implicados, a fin de facilitar el entendimiento y la armonía social.¹²

9. DISCIPLINA

El respeto a la disciplina es importante para todos los que se involucran en el proceso con miras a la costura de un acuerdo y a su continuidad. Y por supuesto no hablamos solamente del ofensor y de la víctima, sino también de los representantes de la sociedad civil y sobre todo de quien esté ejerciendo la función de mediador del conflicto.

Sin disciplina, sin sujeción a las reglas que norlean los procedimientos restaurativos, no hay manera de encaminarse hacia un cierre satisfactorio y obtener los resultados perseguidos.

10. AHORRO DE COSTOS

Entre las innumerables ventajas de la JR se menciona el acortamiento de costos, intrínseco a prácticas que dispensan el formalismo y una pesada estructura material y personal.¹³ Esa reducción vale para el Estado y las partes involucradas.

En cuanto a la mediación, es indudable que “el mediador, como profesional que es, tiene derecho a ver retribuidos sus servicios a las partes. Ésta es la partida económica de mayor impacto en una mediación, dentro, eso sí, de la contención y moderación que en cuanto a gastos implica esta posibilidad de resolución de conflictos. Puede no ser la única, cuando se produzca la participación de terceros (peritos) que también hayan de ser retribuidos... Pueden producirse otra serie de gastos relativos a notificaciones (postales), citaciones, utilización de locales, despachos u oficinas para las reuniones, etc... En todo caso, la mediación se caracteriza por una contención del gasto y por una importante moderación económica en su ‘cuenta final’ frente a los desembolsos que requiere un proceso jurisdiccional.”¹⁴

12 VALLEJO ALMEIDA, German y ARGUELLO CASTILLO, Maribel, *Manual de Prácticas Restaurativas para Conciliadores en Equidad*, Ministerio del Interior y de Justicia de la República de Colombia y Unión Europea, Bogotá, 2008, p. 21.

13 Se trata de un proceso “sin el peso y el ritual solemne de la arquitectura del escenario judicial”. (GOMES DA SILVA, Eliezer y GONÇALVES SALIBA, Marcelo, *Justiça Restaurativa, Sistema Penal, Direito e Democracia - Intercessões Ético-Discursivas*, *Anais do Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado en Brasilia, en el periodo del 20 al 28 de noviembre de 2008. Accesible en la web).

14 MARTÍN DIZ, Fernando, *La Mediación: Sistema Complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp.

En síntesis, independientemente del volumen de gastos que puedan resultar incluso de casos más complejos, siempre será inferior al modelo punitivo, selectivo, excluyente, y favorecerá en ese sentido a la administración de justicia y a las partes.

Respecto al ahorro en los costos judiciales, es pertinente la lección de Elías Neuman, de que un simple delito de menor gravedad “mueve a la policía, a la justicia, a la administración carcelaria, en un gasto asombroso y sin sentido ulterior.. En los tribunales se emplean fortísimas sumas de dinero a fin de investigar conflictos, cuando mediante modelos consensuales, como la mediación penal previa al juicio o dentro de éste, se reduciría profundamente el encarnizado quebranto económico del sistema.”¹⁵

Tierra de Hombres hizo un balance sobre el costo de la Justicia juvenil restaurativa en Perú. El programa cuesta 115 dólares mensuales por adolescente, mientras la privación de libertad, en los centros correccionales, sale por 417 dólares al mes.

Significativo también es el ahorro social resultante de un modelo que exhibe tasas menores de reincidencia, lo que implica necesariamente la disminución de los costos del enfrentamiento del crimen.

11. EQUIDAD

Fundador y ex presidente del Observatorio de Prisiones de Arequipa (Perú), el belga Bruno Van der Maat, al exponer en el I Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa (Lima, 2009), mencionó un texto encontrado en la tumba de un juez faraónico de la XI Dinastía (Totnakht-ânkh): He juzgado un caso de acuerdo a la equidad, de tal forma que ambas partes han salido con un corazón apaciguado.

En el caso que nos ocupa, el término *equidad* (*aequitas*) consiste en tratar a cada uno (las partes del encuentro) con imparcialidad, de modo que reciba lo que le corresponde por sus méritos o condiciones, lo que es justo y adecuado en cada caso o circunstancia, sin beneficiar a uno en perjuicio del otro.

153-154. El autor agrega que el menor coste económico es una de las principales *paradigmáticas ventajas* de la mediación.

15 NEUMAN, Elías, *Mediación y Conciliación Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 31.

Lo importante es evitar la toma de decisiones que sean inequitativas y rompan el equilibrio que debe ser preservado en el proceso.

Al tratar de medios alternos para la solución de controversias (técnicas de mediación, conciliación, juntas de facilitación, Justicia Restaurativa y demás formas de negociación) ante el Centro de Justicia Penal Alternativa, la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua, México, señala que esos medios se rigen por diversos principios, entre los cuales el de la equidad, pues proporcionan condiciones de equilibrio entre las partes, permitiendo la composición de acuerdos recíprocamente satisfactorios y perdurables.

De los principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal (Resolución n° 2002/12) se extrae lo siguiente: (13) En los programas de justicia restitutiva, y en particular en los procesos restitutivos, deben aplicarse salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la *equidad* para con el delincuente y la víctima: a) A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la víctima y el delincuente deben tener derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso restitutivo y, en caso necesario, a servicios de traducción o interpretación. Los menores, además, tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor; b) Antes de dar su acuerdo para participar en procesos restitutivos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión; c) No se debe coaccionar a la víctima ni al delincuente para que participen en procesos restitutivos o acepten resultados restitutivos, ni se los debe inducir a hacerlo por medios desleales.

Es de Luigi Ferrajoli el apunte siguiente, al referirse a la contraposición corriente entre legalidad y equidad: “Según una definición escolástica que se suele remontar a Aristóteles, la equidad es ‘la justicia del caso concreto’. Más precisamente, Aristóteles, al analizar en la *Ética Nicomáquea* las relaciones de la *legalidad* y de la *equidad* con la justicia, escribió que ‘lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error.’ La equidad serviría, pues, para colmar la distancia entre la abstracción del supuesto tipo legal y

la concreción del caso juzgado; ‘tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta.’ En efecto, añade Aristóteles, ‘cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto.’¹⁶

12. INFORMALIDAD

Ninguna definición previa de formas o procedimientos (excepto pautas y parámetros de carácter general) amordaza a las prácticas restaurativas, exentas de los rituales presentes en la justicia ordinaria.

La falta de formalismo (ritualístico) de la Justicia Restaurativa, vista como valioso instrumento al servicio de la presteza y la eficacia, no puede ser identificada como falta o moderación de cuidado, de garantías y de compromiso con la seriedad y la busca responsable de justicia.

Los países donde la JR exhibe los mejores resultados (en algunos más del 90% de los casos concluyen con acuerdos de reparación), como Australia, Nueva Zelanda y Canadá, están entre los que más preservan el principio de la informalidad.

13. MUTUO RESPETO

En el proceso restaurativo se exige la reciprocidad de respeto entre todos sus participantes, inexcusable para garantizar la confianza y la toma posterior de decisiones consensuales.

En la mencionada Resolución n° 2.002/12 está dicho que a los facilitadores les corresponde desempeñar sus funciones imparcialmente, con el debido respeto a la DIGNIDAD de las partes y

16 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 156. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya autoriza el empleo del principio *ex aequo et bono* (porque es equitativo y bueno) en la decisión de un litigio interestatal desde que haya consenso entre las partes.

por ello velarán para que actúen con *mutuo respeto*, debiendo hacer lo posible para que encuentren una solución pertinente entre sí.

En el artículo 2º de la Declaración de Costa Rica, se afirma que los postulados restaurativos son basados en principios y valores que no sólo garantizan el pleno ejercicio de los derechos humanos y la observancia de la DIGNIDAD de todos los involucrados, sino también favorecen el mutuo respeto entre los participantes de los procedimientos.

14. VOLUNTARIEDAD

Las partes deben demostrar su voluntad de participar en el proceso (lo cual es también destacado por el Consejo de Europa, comprometido con la Justicia Restaurativa), sin imposiciones, conscientes de sus derechos y deberes, de las particularidades de los procedimientos adoptados y de las consecuencias de una posible avenencia mutuamente aceptable. El ofensor buscará suavizar los efectos de su acto vergonzoso y se espera que asuma el compromiso de no reincidencia.

En esta línea de pensamiento, cabe considerar que “La devaluación de la voluntariedad en la participación es uno de los riesgos de la mediación. Por ello, para intervenir en el proceso de mediación se debe garantizar la manifestación de la voluntad. Ni la víctima, ni el acusado pueden verse obligados a iniciar una mediación, o a mantenerse en ella, o a adoptar acuerdos que les sean perjudiciales para sus intereses. A estos efectos, el mediador debe informar a las partes de los derechos, obligaciones y consecuencias de su participación, así como de su libertad para iniciar o abandonar el proceso en cualquier momento, sin que ello tenga consecuencias jurídicas... Por otro lado, la libertad de participación guarda relación directa con las garantías procesales. Ni la víctima, ni la persona acusada pueden sufrir consecuencias jurídicas restrictivas de derechos por el inicio o abandono del proceso de mediación. Respecto de la primera, no existe especial perjuicio jurídico en caso de que decida no comenzar el proceso de mediación o abandonarlo, pues el proceso penal está orientado a la determinación formal de los hechos sufridos, a la imposición de una pena para el acusado y a la satisfacción de sus intereses económicos afectados por el perjuicio causado. Únicamente el abandono del proceso por parte de la víctima puede tener consecuencia en el plano emocional. En

cambio, respecto del acusado, la cuestión es diferente, no sólo por las consecuencias jurídicas que se pueden generar, sino por la afectación a derechos fundamentales.¹⁷

A despecho de la relevancia de la voluntariedad, en el modelo de Justicia Restaurativa tradicional, hay, sin embargo, quienes afirman, como Nils Christie, que los ofensores pueden ser obligados a tomar parte en esas prácticas; o sea, habrá ocasiones (según el sistema maximalista de Justicia Restaurativa) en las que dicha justicia sólo podrá ser alcanzada mediante coerción, una postura inadmisibles para quienes entienden, como McCold, que eso significaría el regreso al modelo punitivo.

No se confunda la coacción con la invitación o el estímulo a la participación en un abordaje restaurativo (no importa que provenga de instituciones o individuos). Por ello se habla de voluntariedad y no espontaneidad.

15. OTROS PRINCIPIOS

Los principios presentados no constituyen *numerus clausus*. Evidentemente, otros pueden ser citados (algunos también coincidentes con la mediación) como bilateralidad, credibilidad, diligencia, gratuidad, flexibilidad, honestidad o probidad, igualdad entre las partes, imparcialidad o neutralidad, interdisciplinariedad, oralidad, proporcionalidad, protagonismo, razonabilidad y seguridad de los involucrados, además de aquellos presentes en el derecho penal, que deben ser igualmente tomados en cuenta, como culpabilidad, legalidad, intervención mínima y presunción de inocencia.¹⁸

17 RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, GALLEGU DÍAZ, Manuel, CABRERA, Pedro y JIMÉNEZ ARBELO, Montserrat, *op. cit.*, pp. 43-44. Disponible en Internet.

18 Fragmento del voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez, que acompañó a la Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones en el Caso Tibi vs. Ecuador, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 7 de septiembre de 2004: La idea de una "presunción de inocencia" –o acaso, mejor en beneficio de quienes objetan el carácter "presuncional" de este concepto, de un "principio de inocencia o inculpabilidad"– tiene dos siglos de vida azarosa. Difícilmente habría un principio que guardase mayor congruencia con la justicia penal democrática que pone a cargo del Estado acusador la comprobación de las imputaciones y del Estado juzgador la decisión sobre éstas. Nuestra Convención Americana acoge el principio: "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad." (Artículo 8.2) La Corte Interamericana ha afirmado en la sentencia del caso *Suárez*

En junio de 2005, los participantes de la Conferencia Internacional “Acceso a la Justicia por Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”, en la ciudad de Brasilia, tomando como base la Carta redactada en Araçatuba – SP, en abril del mismo año, en el I Simposio Brasileño de Justicia Restaurativa, concluyeron que las prácticas restaurativas deben nortearse por principios y valores entre los cuales: autonomía y voluntariedad en la participación en prácticas restaurativas, en todas sus fases; respeto mutuo entre los participantes del encuentro; involucramiento de la comunidad, pautada por los principios de la solidaridad y cooperación; garantía irrestricta de los derechos humanos y del derecho a la DIGNIDAD de los participantes; y promoción de relaciones equánimes y no jerárquicas.

Rosero, del 12 de noviembre de 1987, y lo reitera en la sentencia del presente caso, que el principio de presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales. En efecto, éstas se organizan en torno a la idea de la inocencia, que no bloquea la persecución penal, pero la racionaliza y encauza. La experiencia histórica milita en este sentido. Es más: en dictamen presentado por el autor, en carácter de miembro del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia sobre proyecto de ley que trataba de crímenes horrendos, entonces en trámite en el Congreso Nacional, afirmé: Zambullida en una espiral de violencia y manipulada por los medios de comunicación social y los movimientos de *law and order*, la sociedad, atemorizada, en pánico, sin saber qué hacer, es inducida a no pensar en las raíces del problema, en la posibilidad de enfrentarlo en sus orígenes, y simplemente demandar más represión, más tipos penales, más cárceles (y en ese caso poco importa si existe o no una sentencia formal condenatoria, aun porque la *presunción de inocencia* es un concepto vulnerado a toda hora por los órganos policiales y por la media, bajo el aplauso generalizado de los que ven en acciones ostentosas o en titulares sin compromiso con la busca de la verdad, el asomo de una respuesta efectiva) y con ello asegura la permanencia de un círculo vicioso, propugnando, en lugar de medidas de cuño preventivo (de corto, medio y largo plazo), la venganza, el castigo, particularmente el aprisionamiento, en la ingenua ilusión de que, de esa forma, se pueda refrenar la ascensión de la criminalidad. (BARROS LEAL, César, *Parceres Reunidos*, Editorial Expressão Gráfica, Fortaleza, 2006, pp. 44-45)

- Fragmento del libro “Justicia Restaurativa: Amanecer de una Era: Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores”, publicado por el Editorial Porrúa, México, 2015.

DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA^{1*}

César Landa

Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos;
Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

*“Ser digno es no tener miedo
de hacer lo que es correcto.”*

1. PRESENTACIÓN

El artículo 1º, del Capítulo I Derechos fundamentales de la persona, del Título I, De la persona y de la sociedad, de la Constitución del Perú de 1993, señala que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social.

En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.

Por su estructura, el artículo primero puede ser analizado desde diferentes teorías de los derechos fundamentales y de los métodos de interpretación constitucional². Desde una concepción liberal clásica de los derechos del hombre, la defensa de la persona humana está

1 Versión revisada y actualizada del artículo que apareció en *Cuestiones Constitucionales* N° 7, julio – diciembre, 2002. Revista Mexicana de Derecho Constitucional.

2 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 13-66; Antonio Perez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 132-184 y 295-310, y desde una perspectiva histórica, Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, editorial Trotta, Universidad Carlos III de Madrid, 1996, pp. 25-53.

inserta en un *status* negativo de la persona humana, frente a las posibles violaciones del Estado y de los agentes de la sociedad.

Por ello, éstos deben abstenerse de intervenir en el libre desarrollo de la persona humana. Esta posición estática de los poderes públicos es propia de la primera hora del constitucionalismo abstencionista del Estado. En virtud de ella se asume que la persona humana autónomamente y en el seno de la sociedad civil cuenta con las capacidades y potencialidades por sí misma para el ejercicio de sus derechos fundamentales³.

Bajo esta concepción aparecen los derechos de primera generación, que son aquellos derechos de defensa de los clásicos derechos a la vida y a las libertades personales frente a las autoridades del Estado, a quienes se les exige que se autolimiten y no intervengan en la esfera de los derechos individuales. Por ello, en esta fase se consagra el principio de la autonomía de la voluntad de la persona, según el cual: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni está impedido de hacer lo que ella no prohíbe”⁴, según reza el artículo 2º inciso 24-a de la Constitución.

Actualmente, sin embargo, esta clásica concepción de la persona humana sólo se puede entender a cabalidad en el marco de la segunda parte del mencionado artículo primero; es decir, integrándola a la dignidad de la persona humana, desde una perspectiva de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional propia de la teoría institucional⁵.

En ese entendido, el respeto a la dignidad humana se incardina, más bien, en la perspectiva contemporánea de los derechos fundamentales del constitucionalismo social que partiendo de un *status* positivo de la libertad; reconoce que todas las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente y ello cuentan con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados⁶.

3 Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, LGDJ, Paris, 1972, pp. 129 y ss.; asimismo, Jean Rivero, *Les libertés publiques*, tomo 1, Presses Universitaires de France, Paris, 1981, pp. 145-152; asimismo, Teresa Freixes Sanjuán, *Constitución y derechos fundamentales*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 64-76.

4 Giorgio del Vecchio, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française*, édition Fondation Européenne Dragan, Rome, 1968, p. 39.

5 César Landa, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, pp. 320-354.

6 Jörg Paul Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel - Frankfurt, 1981, pp. 152 y ss., Friedrich Müller, *Essais zur*

En esta perspectiva humanista, la dignidad tiene como sujeto a la persona humana tanto en su dimensión corporal como en su dimensión racional, que aseguran su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia⁷. Desde la dimensión racional, la dignidad adquiere una perspectiva individual y social, vinculada indisolublemente a la libertad de la persona, con lo cual la dignidad se funda e inserta en la esfera de lo jurídico-político.

En ese sentido, la dignidad se convierte en “un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva; que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía”⁸.

La dignidad no sólo es un valor y principio constitucional; como derecho objetivo también es una dínamo de los derechos fundamentales; por ello, sirve de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad y también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta forma, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de la teoría institucional.

Theorie von Recht und Verfassung, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 172 ss. y 197 ss.; Peter Badura, *Das Prinzip der sozialen Grundrechten und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, en *Der Staat*, tomo 14, 1975, pp. 17 y ss; asimismo, José Luis Cascajo, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, en *Cuadernos y Debates* N^o 5, CEC, Madrid, 1988, pp. 67 y ss.

7 Miguel Ángel Alegre Martínez, *La dignidad de la persona, como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996, p. 17. Sin embargo, en la perspectiva de un mundo que no reduce la fuente de los derechos a las relaciones que configura al hombre entre la sociedad y el Estado, sino también que incorpora a la naturaleza, se puede señalar que la dignidad y en particular el trato digno no es un atributo exclusivo de la persona humana, sino que también, puede alcanzar a los otros seres vivientes, como así lo dispone implícitamente la normatividad internacional de protección a los animales, ver Council of Europe, *Explanatory report on the European Convention for the Protection of Pet Animals, Convention opened for signature on 13 November 1987*, Strasbourg, 1988, p. 31.

8 Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, C.F. Müller, 1987, p. 822.

En esa perspectiva institucional no abstencionista sino promotora de la persona humana, lo que se busca ya no es limitar y controlar al Estado y a la sociedad sino, por el contrario, que promuevan o creen las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que permitan el desarrollo de la persona humana. Por ello, “no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además, estos valores serían indignos si no redundasen a favor de la dignidad del ser humano”⁹.

De ese modo, la dignidad humana encuentra en la clásica teoría institucional un entronque ineludible, en tanto constituye una manifestación del valor de la persona humana y de su libre desarrollo social¹⁰. En este marco de la teoría institucional del derecho se analiza el origen y desarrollo de la dignidad de la persona humana.

2. ORIGEN DE LA DIGNIDAD

La dignidad de la persona humana se asienta en un sistema de valores democráticos propios de la posición humanista que adoptó la cultura universal luego del Holocausto de la Segunda Guerra Mundial. Inicialmente se habló de un renacer del iusnaturalismo frente a una concepción positivista del hombre y del Estado de Derecho; sin embargo, fue la renovada teoría institucional la que logró darle el perfil de un principio constitucional y de un derecho fundamental¹¹.

9 Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 163; asimismo., revisar del autor el artículo *Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español*, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 65, enero-junio, 1995, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, pp. 505-539.

10 Maurice Hauriou, *Science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896, pp. 43 ss., donde postula una teoría del progreso social, a partir de reconocer la materia y el tejido social, que expresa la vieja tensión entre autoridad y libertad; pero, donde queda configurado su pensamiento jurídico es en *Teoría de la Institución y de la fundación*, (1925), editorial Surco, 1947, pp. 102; asimismo, revisar *Die Theorie der Institution, und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou*, (Roman Schnur, editor), Duncker & Humblot, Berlin, 1965, pp. 27 ss. y 67 ss.; Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanserischer Verlagsanstalt, Hamburg, 1934, pp. 17 y ss.; asimismo, Peter Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, en *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980, pp. 1-43.

11 Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft...*, op. cit., pp. 815-861; Ernst Benda, *Gefährdungen der Menschenwürde*. Vorträge G 18, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag,

Después de la guerra, la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del Estado y de la comunidad internacional; así quedó expresado en la Carta de Naciones Unidas de 1945, que consagró en su preámbulo la voluntad de las naciones de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...” y, sobretodo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que dispuso en su artículo 1º: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”¹².

Estos preceptos universales también serían incorporados por los demás tratados internacionales de las organizaciones regionales de Europa, América y África. En particular, cabe señalar a la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* de 1948 que estableció: “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y de conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”; así también a la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969, que estableció en su artículo 11.1º: “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

La universalización de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales en el orden político nacional no fue sólo un acto redentor sino que encontró también viejas raíces en la doctrina de la Iglesia católica, en las encíclicas *Rerum Novarum* y *Laborem exercens* del Papa León XIII de 1891, y se expresarían en las encíclicas *Pacen in terris* del Papa Juan XXIII de 1963, *Populorum progressio* o la Constitución del *Gaudium et spes* del Papa Pablo VI de 1965, que titula su primer capítulo “la dignidad de la persona humana”¹³.

1975, pp. 45; asimismo, Johannes Messner, *Die Idee der Menschenwürde im Rechtsstaat der pluralistischen Gesellschaft*, en G. Leibholz, H. Faller, P. Mikat, H. Reis (editores), *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1974, pp. 221- 241.

12 Madjid Benchikh, *La dignité de la personne humaine en droit international*, en Marie-Luise Pavia y Thierry Revet (editores), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999, pp. 37-52.

13 Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 40 y ss.; asimismo, Miguel Ángel Alegre Martínez, *La dignidad de la persona, como fundamento del ordenamiento constitucional español...*, op. cit., pp. 22-25.

En este nuevo marco de internacionalización de los derechos humanos¹⁴, durante la etapa de la reconstrucción del Estado nacional de la postguerra, se reabrió el debate en torno a la crisis del relativismo político y del derecho positivo establecido en el período de entreguerras. En ese ambiente de reflexión jurídico-política se generó un consenso sobre el hecho que “la Constitución como norma jurídica fundamental del Estado se encuentra hoy en los Estados occidentales en una crisis radical... Es más bien una crisis del pensamiento constitucional. Ahí radica nuestra inquietante situación: la idea de la Constitución está cuestionada y su finalidad es una pregunta planteada”¹⁵.

Se partió entonces de reconocer el peligroso carácter neutral y avalorativo que había jugado el Estado de Derecho –liberal o social– frente a las dictaduras emergentes, en la medida que subordinó los derechos del hombre al poder y a la economía predominante; lo cual significó dar el paso previo por donde se abrió camino el Estado totalitario, que utilizó arteramente el relativismo moral y la neutralidad ética del Estado de Derecho positivista. No obstante, para Kelsen, “desde el punto de vista de la Ciencia jurídica, el Derecho bajo el dominio nazi fue *Derecho*. Podemos lamentarlo, pero no podemos negar que fue Derecho. El derecho de la Unión Soviética también es Derecho”¹⁶.

Si bien, por un lado, reconocer una realidad no significa aceptarla, más aún Kelsen como muchos otros demócratas tuvieron que refugiarse en Estados Unidos, durante la dictadura nazi; por otro lado, tampoco se puede desconocer que las fuerzas totalitarias para llegar al poder usaron primero las asépticas reglas del positivismo jurídico del Estado de Derecho, para luego desmontar los valores liberales implícitos de libertad e igualdad del hombre y de la limitación al poder. Lo cual no

14 Alice Henkin (editora), *Human dignity. The internationalization of human rights*, Aspen Institute for Humanistic Studies, USA, 1979, pp. 203.

15 Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Polygraphischer Verlag AG, Zürich, p. 9; asimismo, Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1977, pp. 264 y ss, para quien la crisis del moderno iusnaturalismo encuentra su raíz en el propio pensamiento ilustrado del siglo XVIII.

16 Franz-Martin Schmölz (editor), *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Springer-Verlag, Wien, 1963, p. 148; en este trabajo se reúnen las ponencias y el debate que sobre el Derecho natural sostuvieron máximos representantes del positivismo como Kelsen o Verdross con iusnaturalistas como Del Vecchio, Voegelin o Marcic.

hizo al positivismo responsable directo del uso de su doctrina; quedó sí manifiesto su *neutral* e involuntaria colaboración con el nazismo, “porque el intelectual al operar en el orden social con ideas es de ellas de quienes debe responder en el orden social”¹⁷.

De este modo, quedó establecido en la conciencia jurídica de la postguerra que asumir una postura “científica” del derecho fue la mejor manera de soslayar el compromiso con la política democrática concreta, que desde entonces se expresa en la defensa de la persona y en el respeto a su dignidad; esa ciencia pura termina convirtiendo la técnica del Derecho en una ideología al servicio del poder de turno¹⁸.

Por eso, en países con una democracia relativista y sin valores, un desintegrado sistema de partidos y una Constitución indecisa – que es distinto a una Constitución abierta¹⁹–, como ocurrió en la Alemania nazi, se crearon las condiciones necesarias para que, en el período de crisis política, social y económica de la República de Weimar, mediante el uso de la legalidad de las medidas de emergencia, la voluntad autoritaria nazi se abrió paso fácilmente hacia un sistema dictatorial, utilizando flexiblemente la Constitución de Weimar como un instrumento más del poder total²⁰.

Sobre la base de estas críticas, en el período de la reconstrucción europea del Estado democrático y en particular en Alemania, quedará consabido en el pensamiento democrático, como señaló Radbruch, que: “el positivismo en los hechos, con su convicción de que *la ley es la ley*, hizo que los juristas alemanes perdiesen valor contra las leyes arbitrarias y violadoras. Por eso, el positivismo no cuenta en absoluto con una posición apropiada, para fundar la fuerza de su autoridad en la ley. El positivismo cree que la validez de las leyes se tiene resuelta con la obsesión de la imposición del poder”²¹.

17 Pedro de Vega, *Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual*, en el compendio de ensayos del autor *Escritos políticos constitucionales*, UNAM, México, 1987, p. 93.

18 Jürgen Habermas, *Technik und Wissenschaft als «Ideologie»*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1971, pp. 48 ss. y 120 ss.

19 Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en JZ 1975, pp. 121 ss. y 151 ss.; Roland Geitmann, *Bundesverfassungsgericht und «offene» Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, pp. 47 y ss.

20 Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 244 y ss.

21 Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Verlag der Süddeutschen Juriszeitung, Heidelberg, 1946, p. 14; asimismo, del autor,

En consecuencia, el restablecimiento del Estado de Derecho en la postguerra quedó impregnado mecánicamente de un aura iusnaturalista²², caracterizado por dos elementos: Por un lado, otorgar a la persona humana y a su dignidad una posición central en la Constitución, asignándole a ésta un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder; lo cual significó fortalecer el proceso político libre y vivo, interpretando la Constitución como una ordenación jurídica fundamental del Estado al servicio de la persona humana y de su dignidad²³. Por otro lado, el Estado se refunda no sólo en el principio de la legalidad o en el principio social, sino también en el principio democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de Derecho²⁴.

Frente a un positivismo desvinculado de los valores democráticos, como ante un neoiusnaturalismo desprovisto de seguridad jurídica, se abrió paso al establecimiento de una renovada concepción institucional del derecho y en particular de la dogmática y de la jurisprudencia del Derecho Constitucional²⁵. La Constitución y el sistema legal en adelante serán los instrumentos para la protección de la dignidad humana, base de los derechos fundamentales de las personas, así como los medios para limitar y controlar al poder.

La revalorización de la persona humana y de sus derechos fundamentales supuso en consecuencia la subordinación de la ley

Erneuerung. Des Rechts, en *Rechtsphilosophie III*, compilado por W. Hassemer, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, pp. 80-82; asimismo, Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates...*, op. cit., pp. 18 y ss.

22 René Marcic, *Das naturrecht als Grundnorm der Verfassung*, en René Marcic e Ilmar Tammelo, *Naturrecht und Gerechtigkeit. Eine Einführung und die Grundprobleme*, Verlag Peter Lang, Frankfurt, 1989, pp. 219-243.

23 Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, (1953), en el compendio del autor *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik* (editor P. Häberle), Athenäum Verlag, Germany, 1981, pp. 91 y ss.

24 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 20ª edición, 1995, pp. 58 ss. y 83 ss. Por ejemplo, así quedó consagrado en los paradigmáticos artículos 1º "La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes públicos han de respetarla y protegerla" y, en el 20º "La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social", de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

25 Peter Häberle, *Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Müller Verlag, Karlsruhe, 1962, pp. 254; hay versión al castellano: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 253 ss.

a los principios y valores del nuevo Estado de Derecho, expresados en el constitucionalismo de la segunda postguerra mundial. En tal sentido, Krüger señalaría con acierto, en 1950, que hasta ese entonces los derechos fundamentales eran válidos sólo en el marco de la ley, mientras que en adelante la ley sólo era válida en el marco de los derechos fundamentales²⁶.

De este modo, el origen del concepto dignidad humana encuentra sus raíces actuales en la necesidad universal de establecer el respeto de la persona humana, hundiendo bases más profundas a fin de asegurar una cultura de vida civilizada, a partir del eterno retorno a los derechos naturales del hombre imprescriptibles e inalienables²⁷. Por ello, se puede señalar con Häberle que la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del *status quo* democrático y, en consecuencia, es un punto de no retorno en el estadio de desarrollo de la civilización humana²⁸.

3. CONCEPTO DE LA DIGNIDAD

La Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona humana como un concepto jurídico abierto; es decir, su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia, sobre la base de ciertos patrones sustantivos e instrumentales de interpretación. Esto quiere decir que la dignidad no es un concepto que tiene un contenido absoluto²⁹.

Lo cual es una virtud para la dogmática y, a su vez, una dificultad para la jurisprudencia; por cuanto, un mismo acto o decisión gubernamental puede ser considerado digno para unos ciudadanos e indigno para otros. Por ello, la cuestión de la interpretación constitucional de un caso sobre la violación o la afectación o no de

26 Herbert Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, Göttingen, 1950, p. 12.

27 Felice Battaglia, *Teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, Madrid, 1966, pp. 175 y ss.; asimismo, Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 65 ss. y 125 ss.

28 Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, op. cit., pp. 849-854.

29 Ingo von Münch, *La dignidad del hombre en el Derecho constitucional*, en REDC, Año 2. Núm. 5, Mayo-agosto, 1982, CEC, Madrid, p. 18.

la dignidad de la persona es constitutiva no sólo del concepto, sino también del ejercicio legítimo del mismo.

Por ello, si bien *a priori* se puede partir de una idea general de la dignidad humana, como concepción del hombre autónomo y libre en tanto persona, en la cual se corporeizan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y comunitarias, constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y del Estado, resulta más comprensible encontrar un concepto de dignidad de la persona humana, cuando se la viola, por la actuación consciente o inconsciente del Estado, la sociedad y de los particulares. Eso produce positiva u omisivamente daño a la dignidad de la persona humana, codificados en la conciencia jurídica y social³⁰.

Este concepto circular de la dignidad humana se concretiza cuando se vincula con los derechos fundamentales, lo cual no significa que la tutela de la dignidad sólo se pueda visualizar en relación a la afectación de un derecho constitucional concreto. Por cuanto, si bien la dignidad opera como una cláusula interpretativa, también es protegible por sí misma, en tanto constituye un principio constitucional y un derecho fundamental justiciable³¹.

Más aún, siguiendo las tesis de Dworkin³², se podría señalar que la cláusula de la dignidad opera también como un principio de fusión de los derechos humanos positivos y los derechos humanos morales –iusnaturales–, por cuanto la enumeración de los derechos fundamentales del artículo 3º, Capítulo I del Título I de la Constitución peruana de 1993, no excluye los demás que la Constitución garantiza –vgr. incorporados en los tratados internacionales de derechos humanos y demás artículos constitucionales–, ni otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Norma de clara inspiración neoiusnaturalista³³.

30 Robert Spaemann, Über den Begriff der Menschenwürde, en Ernst-Wolfgang Böckenförde y Robert Spaemann editores, *Menschenrechte und Menschenwürde*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1987, pp. 295 y ss.

31 Francisco Fernández Segado, *Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español...*, op. cit., pp. 517 ss.

32 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, pp. 276-303.

33 Antonio E. Perez Luño, *Derechos humanos, estado y constitución...*, op. cit., pp. 52 y ss; Antonio Trindade Cançado, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, en *El juez y la defensa*

Como es de entender, la interpretación de conceptos como dignidad de la persona humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, Estado social, bien común, bienestar, entre otros, son conceptos jurídicos abiertos; en tanto permiten una escala de interpretación diferenciada. Lo que no quiere decir que objetivamente todos sean válidos a la vez, sino que tienen una validez funcional, en la medida que el juez constitucional debe asumir una interpretación de las posibles como válida constitucionalmente, la misma que podrá ir mutando en función de su tarea pacificadora de los conflictos jurídico sociales³⁴.

Claro está que esa función pacificadora sólo se logrará cuando sus resoluciones sean acatadas por el legislador y la opinión pública asiente sus decisiones, en base al principio de confianza –*Vertrauensgrundsatz*–, que se funda en el consenso social de valores intersubjetivos³⁵. Ello es factible siempre que la judicatura ejerza un método jurídico de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable³⁶.

De modo que la Constitución peruana, a través de esa cláusula de los derechos implícitos –*numerus apertus*– del artículo 3° y de la incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional en el artículo 55° y Cuarta Disposición Final y Transitoria, reconoce que la dignidad humana abarca bienes jurídicos más allá de lo que positivamente se haya consagrado en el texto político.

Por ello, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales también hay que encontrarlos en los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación *indubio pro homine* correcta, como viene desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el marco de los tratados internacionales de los derechos humanos. El Perú se ha comprometido internacional y

de la democracia, *Un enfoque a partir de los derechos humanos*, IIDH, San José, 1993, pp. 235-241.

34 Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 314.

35 Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado y constitución...* op. cit., pp. 132 ss.

36 Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., p. 37; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 30 y ss.; asimismo, Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, CEC, Madrid, 1984, pp. 277 ss. y 302 ss.

nacionalmente a cumplirlos³⁷, sin perjuicio de su inválido retiro de la instancia jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos³⁸.

Si bien la dignidad de la persona humana es intangible, se plantea la espinosa cuestión de la autonomía de la voluntad de la persona para delimitar si se ha producido su violación o no. Al respecto, von Munch afirma que “si el propio afectado es de la opinión de que su dignidad no ha sido violada, mientras que otras personas piensan que sí se ha producido una violación de la dignidad del afectado, por regla general debe ser determinante la opinión de la persona afectada, pues a ésta no es dable imponerle las concepciones morales de terceros”³⁹.

De ahí que se procedería a examinar la dignidad o no del trato por parte de los padres o tutores sobre los menores de edad o tutelados, cuando estos últimos considerasen que se les ha violado de forma alguna su dignidad, en la medida que hay bienes jurídicos superiores que la Constitución tutela más allá de la patria potestad o incluso la voluntad de la parte interesada. Así, la tutela de la integridad personal, tanto corporal, sexual, psíquica y espiritual del niño y adolescente, es un caso típico de protección estatal supletoria y en última instancia en aras de la dignidad humana.

Una situación límite se presentó en el caso de “cambio de sexo” de un menor colombiano que le practicaron los médicos por decisión de sus padres, a raíz de un accidente que le mutiló parcialmente los genitales. Desde entonces sus padres le dieron una educación, trato y vestimenta de niña. Esto dio lugar a que la Corte Constitucional de Colombia concediese la acción de tutela al derecho del menor a mantener su identidad sexual en base a la dignidad personal, cuando éste a través de un defensor del menor demandó por la violación de su identidad sexual⁴⁰.

37 Carlos Ayala, *El derecho de los derechos humanos. La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, 1994, pp. 19-22; asimismo, Tom Campbell, David Goldgerb, Sheila McLean, Tom Mullen, *Human rights. From rhetoric to reality*, Blackwell, London, 1986, pp. 15 y ss.; asimismo, Paul Reuter, *Introduction au droit des traites*, PUF, 1995, Paris, pp. 87 y ss.

38 César Landa, *Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Revista Peruana de Derecho Público*, N°1, Lima, 2000, pp. 17.

39 Ingo von Munch, *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 22.

40 Corte Constitucional de Colombia (Sala Séptima de Revisión), *Sentencia del 23-10-95 en Iudicium et Vita*, en *Investigaciones* N° 3, Secretaría de Investigación

En esa lógica argumentativa, la tutela de la dignidad de la identidad sexual de cualquier persona, mediante una operación de “cambio de sexo”, también sería justiciable en función de su consentimiento para “readecuar su género”; pero, siempre que sea mayor de edad y de acuerdo con la legislación sobre la materia, en honor a la intangibilidad de la dignidad del ser humano⁴¹.

La dignidad humana opera como una cláusula pétrea, es decir, aquella norma constitucional que de forma expresa o tácita prohíbe su violación o incluso una reforma constitucional; también puede ser entendida como una cláusula constitucional intangible, en tanto constituye el cimiento del edificio de valores y principios históricos y sociales compartidos por la sociedad, que sostiene la legitimidad constitucional; eso plantea el problema no sólo de los límites materiales al ejercicio de los derechos de los particulares, sino también a la propia función constituyente⁴².

En efecto, la concepción y la defensa de la dignidad humana nos sumergen en un debate iusfilosófico, ético y político, sobre la existencia de posibles ejercicios de derechos o de normas constitucionales inconstitucionales –*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*–⁴³; ello hasta el punto de estimar no sólo si una norma constitucional que colisione con la dignidad puede ser inconstitucional, sino también que el ejercicio legítimo de un derecho constitucional puede ser inconstitucional por violar la dignidad.

Ello sería posible por contradecir el sentido valorativo fundamental de la dignidad, como sería, por ejemplo, el caso de ejercer legalmente el derecho al trabajo, pero desprotegiendo o violando la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; es cierto que constituyen “principios jerárquicamente superiores

de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina, Buenos Aires 1998, pp. 522-526.

41 Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala Primera), *Decisión del 23-10-1997. Theodor(dora) Roetzheim V. Germany*, en *Investigaciones* N° 3..., op. cit., pp. 596-597.

42 Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larcier, Bruxelles, 1985, pp. 45-51; asimismo, Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 244-291.

43 Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, en *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Athenäum, Königstein, 1979, pp. 19 ss.; asimismo, Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, op. cit., p. 202.

para presidir la interpretación de todo el ordenamiento comenzando por la Constitución misma⁴⁴.

Más allá de cualquier duda sobre el concepto de la dignidad humana, el Estado tiene el derecho y deber de garantizarla, por grave que sea la eventual afectación al orden jurídico y a la seguridad nacional. Por ello, no cabe admitir que el gobierno pueda ejercer su poder sin límite alguno o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral; porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana⁴⁵. Por el contrario, todos están obligados a actuar en función de la dignidad de la persona humana y con mayor responsabilidad pública las autoridades; en virtud de eso es relevante elaborar las funciones constitucionales que se deben cumplir a través de la dignidad.

4. FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LA DIGNIDAD

La dignidad humana es un principio rector de la política constitucional *-indirizzo politico-*, en la medida que dirige y orienta positiva y negativamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. Positivamente, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar el desarrollo de la dignidad humana en los ámbitos del proceso legislativo, judicial y administrativo. Negativamente, en cuanto deben evitar afectar la dignidad humana a través de las leyes, resoluciones y actos administrativos que emitan, ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la Constitución en un sentido formal y material.

Por ello, la omisión legislativa, judicial o administrativa del mandato de respetar la dignidad humana también debería ser

44 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1994, p. 115. El caso del lanzamiento de enanos sobre un colchón neumático, no obstante ser un trabajo para ellos, fue prohibida en Francia por ser atentatoria contra la dignidad humana y perturbadora del orden público, según el Consejo de Estado francés y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comunicación N° 854/1999, 26 de julio de 1992.

45 Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, op. cit., pp. 848 y ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 43, Oñati, 1995, pp. 49-54.

considerada como una infracción constitucional, en la medida que vacía de contenido sustantivo al quehacer del Estado; eso no sólo implica la defensa del hombre, sino también el desarrollo de la persona humana, los mismos que pueden materializarse a través de las funciones de la dignidad humana, que se derivan de las propias funciones de la Constitución⁴⁶

a. Función legitimadora

La dignidad humana tiene un sentido y una función constitucional material e instrumental. Material en la medida que establece la base de todo el orden fundamental de una comunidad democrática y libertaria, motivo por el cual ocupa la posición vertebral del Derecho Constitucional. La dignidad es, pues, el punto gravitante que vincula a todos y que otorga legitimidad constitucional al Estado⁴⁷.

La función constitucional instrumental también cumple una finalidad legitimadora, a partir de la conexión entre dignidad y Constitución, en la medida que constituye un instrumento de cambio social. Sólo así se puede comprender y valorar la inmensa fuerza transformadora de la dignidad humana en el desarrollo político, económico, social y cultural de una sociedad⁴⁸.

b. Función ordenadora

La dignidad cumple una función de ordenar la actuación general, evitando las infracciones directas o indirectas contra la persona humana. Por eso, la dignidad establece un orden fundamental que va delimitando la actividad de los poderes públicos y privados, comprendiéndose de ese modo que sea vinculante para todos. La dignidad yace en la base de cualquier conflicto o relación jurídica pública o privada. El poder y las relaciones sociales sólo son válidas en tanto se apoyen en la dignidad de la persona humana.

46 Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung*, Verlag C.H. Beck, München, 1977, pp. 61-78; asimismo, Tatjana Gedert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 136 ss.

47 Pedro de Vega García, *En torno a la legitimidad constitucional*, en UNAM, México, 1988, pp. 803-825.

48 Giugelman Ferrero, *El Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 28 ss.

Sin embargo, ello no supone que la dignidad sea un concepto cerrado o absoluto; por el contrario, los nuevos desafíos tecnológicos y científicos genéticos de la reproducción humana o los viejos dilemas del aborto o la eutanasia alcanzan respuestas provisionales en base a la dignidad; empero, “el intento de dominar el problema con una casuística técnica y conceptualmente precisa también tiene necesariamente que contener lagunas”⁴⁹.

Como se puede apreciar, la dignidad de la persona humana por su carácter abierto y omnicomprendivo permite su delimitación en gran medida al ser concretizadas; pero, la fijación de los límites constituye uno de los desafíos fundamentales de la justicia constitucional, en la medida que el orden-marco de la dignidad humana debería construir parámetros fijos y otros que queden abiertos. En el primer caso, para el control de los poderes públicos y, en el segundo caso, para el control de los poderes privados.

c. Función temporal

La dignidad humana tiene una función temporal, propia de su carácter inviolable, en la medida que no es producto de una voluntad ocasional, sino la expresión unitaria de la voluntad política del pueblo de dar forma y modo a los principios y valores de la comunidad⁵⁰. Por ello, la dignidad contiene una fuerza de duración que otorga estabilidad a la Constitución.

Eso no supone obviamente la inamovilidad sino, por el contrario, un dinamismo que debe estar acorde al espíritu de la época –*Zeitgeist*– y que debe responder a las expectativas culturales de cada comunidad. De allí que la dignidad se inserte en un proceso social dinámico y abierto, con un futuro amplio dentro del marco del Estado democrático y constitucional⁵¹.

Para asegurar la estabilidad y la flexibilidad de la dignidad humana se debe realizar un proceso que evite el juego revolucionario

49 Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung...*, op. cit., p. 65.

50 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1982, pp. 164-185.

51 Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus, studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum, Germany, 1980, pp. 79-105; Pablo Lucas Verdú, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Ediciones Beramar, Madrid, 1993, pp. 67 y ss.

del todo o nada –*Entweder oder*–, o del dentro o fuera –*aut*– donde perdería su vocación de principio constitucional, dispuesto a integrar a las distintas fuerzas sociales y políticas hacia el futuro, lo que supone una permanente adecuación del concepto de dignidad con la realidad social.

Convirtiéndose en un proceso de mutación constitucional, en virtud del cual el texto literal de la norma se mantiene, sus contenidos se van transformando de acuerdo a las necesidades y aspiraciones de la persona humana⁵². Postulados propios de cierto renacimiento de la concepción neo-iusnaturalista de los derechos humanos y de una interpretación constitucional abierta y pluralista, esta última siempre abierta a la dinámica e integración política de los diferentes intereses sociales⁵³.

En la medida que la dignidad humana se inserta en una época, está expuesta a la dinámica de las ideas y fuerzas sociales, políticas y culturales, que la desarrollan y perfeccionan. Es aquí donde aparece en toda su magnitud el problema de sus límites, lo cual está directamente vinculado al tema de la función esencial de la dignidad.

d. Función esencial

La función del contenido esencial de la dignidad se asienta en los principios y valores de libertad y autonomía que dan sentido de unidad a un pueblo; de ahí que cada proceso político consagre un conjunto de valores en la forma de una constitución material⁵⁴. Pero, no de cualquier constitución material, que podría estar contaminada de valores que subordinan a la persona humana al Estado, sino de una constitución material democrática, fundada en una concepción humanista del orden constitucional. De allí que el orden y la estabilidad, si bien aseguran el contenido esencial de la dignidad humana, para ser válidos plenamente, deben estar basados en la propia dignidad humana, en tanto aseguren la libertad y la autonomía personal.

52 Hsü Dau Lin, *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932, pp. 182.

53 Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel*, Verlag Stämpfli & Cie Ag, Bern, 1975, pp. 430 y ss; asimismo, Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus...*, op. cit., pp. 45 y ss.

54 Costantino Mortati, *La Costituzione in senso Materiale*, reedición con un prefacio de Gustavo Zagrebelsky, Giuffrè editore, Milano, 1998, pp. 211.

La forma de revelar los elementos del contenido esencial de la dignidad está directamente vinculada a los bienes jurídicos consagrados como inmutables en una Constitución. Es decir, aquellos principios y derechos que son inmodificables no obstante el poder reformador de una constituyente. Nos referimos, por ejemplo, a los derechos fundamentales de la persona que operen como cláusulas pétreas y a la propia norma que dispone el mecanismo de la reforma constitucional que opera como cláusula de intangibilidad⁵⁵.

e. Función integradora

La dignidad humana, en tanto expresión de la libertad y autonomía, promueve la unidad del pueblo y, a su vez, representa la unificación del mismo. Como la unidad o pacto social es un proceso dinámico, tomando las tesis de Smend, se puede señalar que la dignidad de la persona constituye ese motor transformador de la propia realidad, que permite el consenso y por ende la integración social⁵⁶. Éste es un proceso vital de constante renovación que hace posible garantizar mediante la dignidad de la persona humana el fundamento de la vida social.

La dignidad humana, en tanto valor y principio, no sólo dirige global y específicamente a las fuerzas y agentes político-sociales, sino también afirma los escenarios y factores generadores de unidad y de paz que emanan de los procesos espirituales, éticos y culturales de la comunidad. Y es precisamente aquí en donde radican las posibilidades de gestar un consenso democrático sobre la base de la dignidad humana, en un sentido material e instrumental: material, en tanto se incorporen los valores y principios que dan sentido de unidad al pueblo; instrumental, en tanto se reconozca al pluralismo, la tolerancia, la participación como una fórmula dual de resolver el conflicto social⁵⁷.

La positivización de la dignidad a través de los derechos naturales del hombre les otorgó obligatoriedad al incorporarlos en

55 Pedro de Vega García, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...*, op. cit., pp. 274 ss.

56 Rudolf Smend, *Integrationslehre e Integration*, en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, pp. 475-486.

57 César Landa, *Apuntes para una teoría democrática en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial – Maestría en Derecho Constitucional, Lima, 1994, pp. 35-98.

las constituciones⁵⁸; sin embargo, la Constitución no es una garantía por sí sola de su cumplimiento, sino en la medida que a través de ella fluyan los órdenes concretos o instituciones que radican en el sistema social previamente⁵⁹.

f. Función limitadora

La dignidad humana afirma la función constitucional de la limitación y control del poder⁶⁰, en la medida que simboliza la incorporación de los valores constitucionales de la libertad, los derechos humanos, la democracia, la división de poderes, del propio Estado de Derecho, la descentralización y la economía social de mercado, en la fórmula del Estado social de Derecho, que es el escenario propio de la aparición y desarrollo de la dignidad humana.

La clásica función limitadora de la dignidad humana debe adecuarse a una concepción del poder limitado y por tanto controlado, ya sea este público o privado; la dignidad es vinculante a todos los que participan en la comunidad y en la medida que “el constitucionalismo tiene una esencial cualidad, implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario”⁶¹.

Sin embargo, hay que reconocer que la dignidad aparece con diferentes grados de intensidad, dependiendo de la entidad, grupo social o persona jurídica o natural a limitar. En este sentido, la dignidad debe operar gradualmente sobre la base de la regla democrática: quien tiene más poder está sujeto a mayor control; es lo mismo que decir: las personas o entidades que gozan de mayor poder están obligadas

58 Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates...*, op. cit., pp. 39 y ss.; asimismo, Wolfgang Schluchter, *Individuelle Freiheit und soziale Bindung. Vom Nutzen und Nachteil der Institutionen für den Menschen*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 1994, pp. 1-26.

59 Maurice Hauriou, *Science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896, pp 261 ss. y 398 ss.; asimismo, Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., pp 11-40.

60 Ulrich Scheuner, *Die Kontrolle der Staatmacht im demokratischen Staat*, Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, Hannover, 1977, pp. 75 y ss.; asimismo, del autor, *Der Nationalsozialismus als Politische Layout der Bundesrepublik Deutschland*, en *Der Staat*, tomo 28, 1989, pp. 505 y ss.

61 Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, CEC, Madrid, 1991, pp. 37; asimismo, Boris Mirkin-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1936, pp. 1- 47; Adolfo Posada, *El régimen constitucional*, Librería Suárez, Madrid, 1930, p. 91 y ss.; y; Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1953, pp. 88 y ss.

a un mayor respeto de la dignidad y en consecuencia a una mayor fiscalización del mismo.

La regla puede aplicarse de manera inversamente proporcional, es decir: quien tiene menos poder está sujeto a un menor control de la dignidad; también cabe señalar que será válida en tanto se respete y se controle el mínimo intangible o el contenido esencial de la dignidad de la persona humana⁶².

g. Función libertaria

La dignidad desarrolla su función libertaria en la medida que asegura la libertad y la autodeterminación de la persona humana. Es aquí donde la dignidad queda vinculada directamente con la tutela de los derechos fundamentales, en particular con los derechos a la libertad y la autonomía personal⁶³. Eso está estrechamente relacionado al carácter limitado del poder, puesto que la dignidad constituye la base material de los derechos humanos, no de una manera individualista y egoísta, sino en un marco institucional solidario y por tanto de ponderación frente al Estado y los particulares.

El entronque de la dignidad con los derechos fundamentales permite entonces una postura tanto frente al poder como también con o en el poder, mediante la participación solidaria en el quehacer social. Así, la dignidad transforma al ciudadano en un sujeto político y no en un mero objeto político. Ello es debido a la dimensión social de la vida en comunidad que lleva a la dignidad humana a un *status activus procesualis*⁶⁴ de organización de su vida social, en la esfera de la política, como de la economía, a través de los derechos fundamentales.

62 European Commission for Democracy through Law, *The principle of respect for human dignity*, Collection Science and technique of democracy, N. 26, Council European Publishing, Germany, 1999, pp. 109.

63 Ernst Benda, *Gefährdungen der Menschenwürde...*, op. cit., pp. 10 ss.; asimismo, Gerhard Luf, *Der Begriff der Freiheit als Grundlage der Menschenrechte in ihrem christlich-theologischem Verständnis*, en Ernst-Wolfgang Böckenförde y Robert Spaemann editores, *Menschenrechte und Menschenwürde...*, op. cit., pp. 119 y ss.

64 Peter Häberle, *Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat*, en VVDStRL 30, 1972, pp. 82 y ss.

5. DIGNIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite de los mismos. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos”⁶⁵. Por tanto, la dignidad al operar no sólo como un derecho individual, sino también como un derecho objetivo, sirve de límite a los derechos fundamentales, lo cual se traduce en el deber general de respetar los derechos ajenos y propios⁶⁶.

La dignidad al gozar junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo requiere de la actuación del Estado para la protección y desarrollo que configure su doble carácter⁶⁷. A partir de esta concepción de la dignidad se desarrolla la categoría de los límites del legislador en relación a la dignidad, sustituyendo la vieja tesis de la reserva de ley, en virtud de la cual el legislador goza de autonomía política para la libre configuración de la ley, por la nueva tesis central de la garantía del contenido esencial “*Wesensgehaltgarantie*” de los derechos fundamentales, como fórmula sintética que encierra el concepto de valor que reposa en última instancia en la dignidad humana⁶⁸.

La dignidad incide, pues, directa o indirectamente en las funciones de los derechos fundamentales establecidos y no sólo en la abstracta norma constitucional⁶⁹. En ese sentido, “el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo

65 Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, CNRS, Paris, 1965, p. 612 y 618 y ss.; asimismo, revisar: Erick Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1911), Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp. 128 y ss., y; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 163 y ss.

66 Miguel Ángel Alegre Martínez, *La dignidad de la persona, como fundamento del ordenamiento constitucional español...*, op. cit., pp. 81 y ss.

67 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., pp. 127 y ss.

68 Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 116 y ss.; asimismo, Juan Gavara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEC, Madrid, 1994, pp. 99 y ss.

69 Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel...*, op. cit., pp. 296 y ss.

de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental⁷⁰.

Este sistema de valores se basa por excelencia en la dignidad humana, la misma que puede ser entendida en una doble perspectiva: desde una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de la dignidad y una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales, que justifiquen limitar a la dignidad⁷¹. En esa tarea de integración propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales se trata de ponderar a la dignidad humana con diversos bienes jurídicos "*Güterabwägung*", como el orden público, la seguridad nacional, la propiedad o el derecho de los terceros, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales⁷².

La realización práctica de la dignidad supone su procedimentalización, lo cual lleva al reconocimiento de un *status activus processualis*, que permite también la tutela jurisdiccional de los derechos ciudadanos. En consecuencia, la dignidad humana es vinculante en tanto se le concibe de acuerdo con la teoría institucional: como categoría jurídico-positiva y como categoría valorativa.

En ese sentido, la dignidad humana alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional⁷³. Sin embargo, "la Constitución no puede resolver por sí sola la cuestión social, sino solamente aparecer como un marco de una determinada realidad y de un programa social siempre abierto al cambio: *res publica semper reformanda*"⁷⁴.

70 Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., p. 109.

71 Antonio López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, ponencia de Peter Häberle, sobre *El legislador de los derechos fundamentales*, pp. 120 y ss.

72 Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, pp. 207 y ss.; asimismo, Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 95 ss. y 127 ss.

73 Peter Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, pp. 90 y ss.; asimismo, del autor: *Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen*, en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates...*, op. cit., pp. 352-359.

74 Jörg Paul Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung!*... op.cit., p. 167; asimismo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, op. cit., pp. 72 y ss.

Ello no obsta que se presente un nuevo dilema sobre el grado de vigencia de los derechos económicos y sociales en base a la función libertaria de la dignidad humana, si bien la Constitución no les otorgó un carácter constitutivo a los derechos sociales, sino tan sólo declarativo. En cambio sí supuso otorgarles validez y reconocimiento como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida que el Estado o incluso los terceros particulares, "*Der Drittwirkung der Grundrechte*", completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social, para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana.

Ello supone, en términos institucionales, antes que plantear no sin conflictos la unidad del Derecho positivo y del Derecho natural, como señala Ermacora⁷⁵, postular siguiendo a Häberle la superación de los derechos positivo y natural⁷⁶, en función de la dignidad humana. En tal entendido, parecería contradictorio desarrollar la dignidad humana fuera del marco valorativo que le dio origen y sentido. Sin embargo, el progreso jurídico de la dignidad debe darse sin la palanca del Derecho natural, dado su carácter pre-político, de raíz individualista y de escaso consenso, que pueda degenerar en una auténtica tiranía de los valores⁷⁷.

Por ello, si bien Häberle plantea fomentar un derecho constitucional sin derecho natural, lo cual se puede extender a la dignidad de la persona humana, esa postura será contradicha por el jurista suizo Saladin, quien considera que contemporáneamente se debe entender el Derecho natural más como el Derecho de la naturaleza, un problema vital para el Estado, en tanto deber de mantener la dignidad del hombre y de las generaciones futuras, de acuerdo con el medio ambiente, y que los fines del Estado sean producto de un consenso intersubjetivo⁷⁸.

75 Felix Ermacora, *Allgemeine Staatslehre*, I, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 249 y ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, volumen I, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 391 y ss.

76 Peter Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, en AÖR, N° 99, 1974, pp. 451 y ss.

77 Carl Schmitt, Eberhard Jüngel, Sepp Schelz, *Die Tyrannei der Werte*, Lutherisches Verlagshaus, Hamburg, 1979, p. 38.

78 Peter Saladin, *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis*, en AÖR, 104, 1979, pp. 387 y ss. Un balance y crítica de dicho debate, se puede ver en Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales*, Universidad de Madrid, 1984, pp. 48 y ss., donde plantea que una teoría constitucional sin derecho natural es una teoría de la Constitución sin Constitución.

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo adquiere visos de realidad como libertades sociales cuando el bien común como objetivo humano reclama de la acción del Estado acciones concretas. Por ello, “los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como *status*; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano, devienen en realidad vital, y como tal se entiende el Derecho como género”⁷⁹.

Por ello, la ley ya no se presenta como limitación a la intervención del legislador en la dignidad dada, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de la dignidad instituida. Esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto de ley que también pueda conformar y determinar el contenido esencial de la dignidad cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando la última barrera del contenido institucional de la dignidad humana, “*Schranken-Schrank*”⁸⁰.

De ahí la importancia de establecer una teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador que hagan inmunes el contenido esencial de la dignidad de la persona de las mayorías parlamentarias transitorias, en la medida que los derechos fundamentales se encuentran vinculados al concepto de dignidad, que yace en el seno de la sociedad civil, “*Gemeinschafts-bindung*”⁸¹.

En consecuencia, la ley en el sentido institucional está orientada concretamente a la realización de la dignidad como instituto, es decir, la garantía institucional de la dignidad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de dignidad humana. De esta manera, la dignidad constituye un instituto sólo cuando puede

79 Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., p. 199; Reinhold Zippelius, *Rechts und gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, pp. 67 y ss.

80 Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1961, pp. 98-134; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 108 y ss. y; Marcel Bolz, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991, pp. 218 -228.

81 Hartmut Jäckel, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, pp. 29-40, asimismo, Manuel Medina, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 48 y ss.

ser *efectivamente* reivindicada por los titulares –cambiar el hecho por la norma–, o sea, cuando se hace *regla*⁸².

Continuando con la aplicación de la doctrina institucional a la dignidad humana, a ésta se la puede concebir desde dos perspectivas: una primera, la concepción sistémica, que parte de una interpretación propia del Derecho en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista⁸³ y que nos remite a la idea de que “los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo (simbólico-comunicativo) de la personalidad”⁸⁴.

Sin embargo, es de destacar que el análisis sistémico de la dignidad también incorpora la variable social compleja; es decir, que el ejercicio de la dignidad se encuentra en correspondencia con el sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional⁸⁵. Entonces, se podría afirmar que la dignidad queda relegada a la condición de un subsistema cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo de este modo su dimensión emancipatoria y reivindicativa de necesidades e ilusiones, individuales y colectivas⁸⁶.

Otra, segunda, la perspectiva multifuncional, que busca superar la unilateralidad de una teoría sobre la dignidad humana –alorativa, liberal, social, procesal, etc. –, dada la pluralidad de fines y de intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Las demandas para democratizar la sociedad sobre la base de la participación ciudadana y para cumplir con los objetivos del Estado social de Derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad, son

82 Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., p. 211.

83 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, pp 124-164; asimismo, del autor: *Grundrechte als Institution*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, pp. 14-25 y, *Ausdifferenzierung des Recht. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 273 y ss.

84 Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution...*, op. cit., p. 82.

85 Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts...*, op. cit., pp. 35 y ss.; asimismo, Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 11 ss. y 72 ss.

86 Enrique Perez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 301.

factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales⁸⁷.

Se puede decir, pues, que la diversidad de funciones constitucionales de la dignidad humana está en relación directa con las funciones de la propia Constitución que, como ya se ha visto, las doctrinas constitucionales suiza y alemana han aportado al desarrollo constitucional⁸⁸. Se puede señalar que no sólo la Constitución, sino también la dignidad participa de las funciones: legitimadora, ordenadora, temporal, esencial, integradora, limitadora y libertaria, así como del aseguramiento de la libertad, la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y del desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado⁸⁹.

6. Dilemas contemporáneos y perspectivas

La dignidad humana muestra todas sus posibilidades comprensivas y transformadoras o sus dificultades ordenadoras cuando afirma sus raíces frente a los dilemas concretos que se presentan con relación al derecho a la vida y a los novísimos desafíos del derecho genético. El derecho a la vida ha encontrado, con el desarrollo de la ingeniería genética y la biotecnología, nuevos flancos en relación a los valores que tutela la dignidad humana y los valores

87 Ernst Denninger, *Staatrecht*, vol. 2., Rowohlt, Hamburg, 1979, pp. 136 y ss.; Walter Kälin, *Verfassungsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1987, pp. 23 y ss.; Helmut Willke, *Stand und Kritik der neuen Grundrechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, pp. 204 y ss.

88 Jörg Paul Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Verlag Stämpfli / Cie, Bern, 1964, pp. 184-192, y; Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1966, pp. 536 ss.; asimismo, revisar las actas del grupo de trabajo para preparar una reforma total de la Constitución Federal Suiza [Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung], *Antworten*, Universitäten, tomos I, III y VI, Bern, 1969/1970/1973, pp. 12 ss., 16 ss., y 14 ss., respectivamente.

89 Klaus Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, München, 1984, pp. 82 y ss.; Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte*, tomo II, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1997, pp. 16-28; asimismo, Peter Häberle, *Die Funktionenvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des «gemischten» Verfassungsverständnisses*, en *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Libro de Homenaje a Dietrich Schindler por sus 65 años, editores W. Haller, A. Kölz y otros, 1989, pp. 701 y ss.

de los cuales es titular la persona⁹⁰; por ello, la manipulación genética del ser humano ya sea para fines científico-terapéuticos altruistas o para fines de comercialización médica, plantea en su base misma casos difíciles de carácter jurídico y ético-religioso⁹¹.

¿Corresponde al ser humano en base a su autonomía de la voluntad decidir sobre su propia identidad fisiológica tanto de manera negativa para evitar enfermedades y/o positivas para mejorar las que porta como ser humano? ¿La libertad de investigación científica y tecnológica puede llegar a la experimentación en materia de clonación humana? En todo caso, ¿qué formas de manipulación genética no serían contrarias a la dignidad humana? ¿La inseminación artificial de una persona protegida por el anonimato puede finalmente revelarse en aras de la dignidad del menor, a pedido de la madre o del propio hijo? ¿Es constitucional el trasplante o implante de embriones fecundados o la práctica terapéutica en ellos mismos? ⁹².

¿El honor de una persona puede ser quebrantado en el ejercicio legítimo de los derechos de la libertad de expresión a través de la palabra escrita, oral, la imagen o cualquier otro medio? ¿Es indigna toda intervención de las autoridades de las comunicaciones privadas? ¿El almacenamiento de datos privados, los archivos de prensa, los registros públicos constituyen por sí solos una violación a la dignidad humana? ¿En qué casos la objetivación de los menores o de la mujer en imágenes sexualizadas para fines comerciales viola la dignidad humana? ⁹³.

90 Henri Oberdorff, *La dignité de la personne humaine face aux progrès médicaux*, en *Mélanges en l'honneur du professeur Guistave Peiser*. Contributions réunis par Jean-Michel Galabert y Marcel- René Tercinet, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 379 y ss.

91 Congregation for the Doctrine of the Faith, *Instruction on respect for human life in its origin and on the dignity of procreation replies to certain questions of the day*. En http://www.vatican.va/roman_curia/congre...1987/7022_respect-for%20human-life_en.html; en la que se plantean los límites y las posibilidades morales de la investigación biomédica sobre embriones humanos.

92 Christian Starck (editor), *Das Bonner Grundgesetz. Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19*, con comentarios de H. Mangoldt y F. Klein, Verlag Vahlen München, 1998, pp. 76 ss. asimismo, Mercedes Díaz-Flores, *La clonación y selección de sexo. Derecho genético?*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 20 ss.

93 Heinz Seesing (editor), *Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Die Menschenwürde als Maßstab der Rechtspolitik*, en *Gentechnologie* 17, J. Schweitzer Verlag. Frankfurt/M – München, 1988, pp. 7 ss. y 16 ss.;

Antes estas interrogantes, el derecho no puede estar tan atrás de los acontecimientos científicos, tecnológicos y sociales, como tampoco adelantarse imprudentemente a éstos, retrasando el desarrollo humano; la teoría institucional-ética del Derecho Constitucional⁹⁴ debe percibir y orientar las inquietudes jurídico-morales del desarrollo científico y sentar como principios constitucionales los de esperanza de Bloch⁹⁵ y responsabilidad de Jonas⁹⁶. Principios fundamentales en función de los cuales se puedan establecer los lineamientos de regulación o tutela de los derechos e intereses de los temas planteados en los casos constitucionales concretos que se presenten.

La dignidad humana es un canon valorativo de base y de control del sistema constitucional, construido bajo la influencia de los contenidos axiológicos fundamentales de clara afirmación neousnaturalista del derecho⁹⁷. En esa medida, si bien la dignidad puede jugar un rol fundamental en la protección de los derechos fundamentales, mediante la interpretación, delimitación y fomento jurisprudencial de los derechos humanos, resulta igualmente importante redescubrir el contenido valorativo, institucional, funcional y social de la dignidad humana a partir de la teoría institucional ética del derecho, al vincularla directamente con la libertad y la autonomía, la igualdad y la eficaz protección del derecho para todos, en función de la realidad constitucional y no sólo en la normatividad o dogmática constitucional⁹⁸.

94 César Landa, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático...*, op. cit., pp. 306 ss

95 Ernst Bloch, *Das Prinzip Hoffnung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1973, tomo 3, pp. 1616 y ss, del mismo autor, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, Frankfurt, 1961; y Felix Somló, *Der Begriff des Rechts*, en *Begriff und Wesen des Rechts* (W. Maihoffer, editor), 1973, pp. 421-455, donde plantea el doble concepto del Derecho: jurídico y ético.

96 Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, pp. 92 y ss.; asimismo, revisar Dietrich Böhler (editor), *Ethik für die Zukunft, im Diskurs mit Hans Jonas*, C. H. Beck, München, 1994.

97 Richard Bäumlín, *Die rechtsstaatliche Demokratie*, Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1954, pp. 54 y ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, segunda parte, op. cit., 55-121; Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel...*, op. cit., pp. 40 y ss.; asimismo, Friedrich Darmstaedter, *Naturrecht und Positives Recht*, en DRiZ, Heft 7, 30. Jahrgang, 1952, pp. 109 y ss.

98 Hermann Heller, *Staatslehre*, Ledien Stijhoff's Uitgevermaatschappij, 1934, pp. 184-198; versión en castellano, *Teoría del Estado*, México, FCE, 1985, pp. 199-216; asimismo, Ernst Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, pp. 124 y ss.

Los postulados valorativos de la dignidad y de los derechos fundamentales, si bien van a ser protegidos por la organización y desarrollo de la justicia constitucional de factura kelseniana, en un inicio van a ser imposibles de explicar e interpretar totalmente desde una perspectiva jurídica positiva; de allí la necesidad de desarrollar inicialmente una *jurisprudencia de los valores* de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina institucional⁹⁹. Una vez asentado el curso democrático del Tribunal Constitucional, como protector de los derechos fundamentales, la tendencia se debería concentrar en desarrollar una jurisprudencia y una dogmática constitucional concretas, a través de un proceso pluralista y abierto a la sociedad.

De esa forma, la defensa de la dignidad humana debe ser razonada de un modo ponderado, en la medida que tanta autonomía de la voluntad es necesaria como responsabilidad en el ejercicio de los derechos frente a la comunidad y los terceros en resguardo de su propia dignidad, base del respeto *a y de* los demás. Son los magistrados constitucionales los últimos responsables de concretizar en sus fallos y opiniones la dignidad humana. Motivo por el cual deben actuar razonablemente con prudencia jurídica "*juris prudentia*"¹⁰⁰ para asegurar su status de independencia. Se ha afirmado que "una resolución judicial es correcta, cuando otros jueces hubieran sentenciado de la misma manera"¹⁰¹.

99 Cfr. Sentencia del TJCE (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2004 (As. C-36/02: Omega). Omega era una empresa alemana que tenía un «laserdromo»; donde se jugaba con aparatos de láser en forma de pistolas-ametralladoras y de sensores-receptores de rayos instalados en chalecos que utilizan los jugadores. Las autoridades alemanas prohibieron a Omega «hacer posible o tolerar en su (...) establecimiento juegos que tuvieran por objeto disparar a blancos humanos mediante rayos láser u otros medios técnicos (como, por ejemplo, los rayos infrarrojos)», es decir, «jugar a matar» personas por medio de un registro de impactos. La base de dicha prohibición se fundamentó en el riesgo para el orden público, dado que los homicidios simulados y la banalización de la violencia a la que conducen vulneraban los valores fundamentales preponderantes en la opinión pública. Ante el rechazo de Omega de dicha decisión el «Bundesverwaltungsgericht» planteó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, estimando este que el Tribunal de Apelación alemán había resuelto correctamente la cuestión desde el punto de vista del Derecho alemán, al considerar que la explotación comercial de un «juego de matar» en el «laserdromo» de Omega constituía una vulneración de la dignidad humana, consagrada en el art. 1.1º, primera frase de la Ley Fundamental alemana.

100 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, dúctil*, editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 122 y ss.

101 Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1969, p.100.

La tarea de los magistrados bajo una nueva forma de legitimación judicial no siempre es pacífica al resolver *causas difíciles*, debido a la mentalidad tradicional del neopositivismo. Por ello, se requiere interpretar institucional y moralmente la Constitución, como norma de principios sociales y órdenes sociales concretos, es decir, no sólo como reglas jurídicas, sino reglas sociales fundacionales¹⁰².

Eso es factible, por cuanto los magistrados constitucionales son representantes judiciales de la sociedad, antes que del Estado; en virtud de que el artículo 138° de la Constitución peruana señala que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo” y que la propia Constitución aprobada por referéndum popular no se agota en su texto, sino que es una norma abierta orientada a la realización de la dignidad del hombre y al desarrollo de la soberanía popular. Con lo cual se puede señalar que “¡el Derecho es política! El Derecho es una parte de la praxis política y de la teoría política”¹⁰³.

Es cierto que el proceso democrático no es lineal ni sólo ascendente, sino que la protección del derecho a dignidad tiene limitaciones y hasta algunas regresiones, propias de la crisis de la política, que se expresa en la descomposición de muchas instituciones del Estado constitucional y se condensa a veces en una forma de Estado constitucional que una vez es informal y otras veces convive con la informalidad social¹⁰⁴. Ello ha sido posible en la medida que la sociedad civil vive excluida del poder por el gobierno y de la institucionalización de la falta de valores ciudadanos, a través de los medios de comunicación.

Por ello, en el actual proceso de democratización del Estado, entendemos que: “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa

102 Ronald Dworkin, *Freedom's Law, the moral reading of the american constitution*, Harvard University Press, Massachusetts, 1996, pág. 2; asimismo, Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., p. 17.

103 Friedrich Graf von Westphalen, *Wird die Justiz unterwandert? Der Ruf nach dem politischen Richter*, Interfrom AG, Zürich, 1975, p. 9 y pp. 12 ss. y 27 ss.

104 José Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pp. 11-22; Helmut Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984; asimismo, Emo Gotsbacher, *Informelles Recht*, Europäischer Verlag de Wissenschaften, Frankfurt, 1995, pp. 12 y ss.

de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”¹⁰⁵, la misma que no pasa por reconstruir el Estado constitucional a partir de un pensamiento neoliberal y su neopositivismo jurídico y/o económico, sino de un pensamiento constitucional institucional y ético, que se fundamente en la reafirmación contemporánea de los valores democráticos del Estado Social de Derecho y, en particular, de la dignidad de la persona humana¹⁰⁶.

105 Carlos de Cabo, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Universidad Autónoma de México, México, 1998, p. 303; Claus Offe y Ulrich Preuß, *Democratic institutions and moral resources*, Des - Arbeitspapier Nr. 5/90, Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen, 1990, pp. 23 y ss.; Dieter Suhr, *Bewußtseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung. Über Hegel und Marx zu einer dialektischen Verfassungstheorie*. Duncker & Humblot, Berlin, 1975, pp. 260 ss. y 288 y ss.

106 Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung...*, op. cit., pp. 835 ss.



DIGNIDAD Y SU IMPACTO EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Elizabeth Salmón

Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla. Profesora de Derecho Internacional Público y Directora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La dignidad del ser humano es una de las piedras angulares del orden público internacional. Se trata de un valor consagrado en la Carta de Naciones Unidas que es causa y fin fundamental del desarrollo prolífico de los tratados de derechos humanos a nivel universal y regional. Kant señalaba en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* que la dignidad es un valor en sí mismo y que es intrínseco a toda persona.¹ Sin embargo, este mismo autor y los filósofos de la Ilustración comprendían la racionalidad como fundamento de la dignidad humana al ser entendida aquella como la capacidad de autodictarse leyes y poder cumplirlas. Se trata de una concepción del ser humano como ser pensante² y que será el punto de partida de la definición antropológica de quién es sujeto de Derecho.³ Si bien este movimiento ha generado importantes contribuciones a nivel de la ciencia política, la economía y otras ramas, ha devenido también en una injusta comprensión de la persona con discapacidad, descalificándola como sujeto de Derecho por las deficiencias en su desempeño mental e intelectual, y apartándola, por ello, de las

1 Con mi agradecimiento a Rita Zafra por su apoyo en la elaboración de este artículo. KANT, I., "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", traducción de José María Mardomingo, Barcelona: Ariel, 1996.

2 HARTMANN, K., "Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen", SozialAktuell, N° 5, 2009, p. 27.

3 La autonomía como valor asociado a la dignidad se vislumbra en Grecia y Roma. QUINN, G. y DEGENER, T., "Human rights and disability: The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability", Office of the High Commission for Human Rights: Ginebra, 2002, p. 15. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRDisabilityen.pdf>>.

dinámicas sociales. Se trata, en términos gruesos, de una aparente negación de la humanidad de las personas con discapacidad.

No obstante, en los últimos años el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha replanteado este tema al adoptar el modelo social de discapacidad, que reafirma la dignidad inherente de las personas con discapacidad. El mayor paso, en este sentido, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que se erige como la norma internacional más importante y evolucionada en el tema.

1. EL ROL DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La dignidad humana tiene, desde su afirmación en la Carta de las Naciones Unidas (“[n]osotros los pueblos de las naciones unidas resueltos a [...] reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas⁴), un papel central en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) afirman que los derechos humanos tienen su fundamento en la dignidad humana.⁵

Dicho concepto se puede rastrear en la época romana. Entonces, el concepto de *dignitas hominis*, estaba relacionado con el *status*, el honor y el respeto debido a los funcionarios públicos.⁶ Este concepto era propio de una sociedad jerárquica, en la cual la “dignidad” podría ser traducida como honor social.⁷ Sin embargo, también existía un significado de *dignitas* que no era aceptada ni usado en el mismo sentido. Este significado alternativo era defendido por filósofos como Cicerón⁸ y se refería a la característica propia de los seres humanos por el sólo hecho de serlos, sin la necesidad de ningún requisito

4 Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. Adoptada el 26 de junio de 1945.

5 MCCRUDDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. European Journal of international Law, 2008, vol. 19, no 4, p. 2.

6 Ibidem.

7 HABERMAS, Jürgen. *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Dianoia, 2010, vol. 55, no 64, p.14.

8 CICERÓN, *De Officiis*, libro I, párrafo 30.

adicional.⁹ Esta segunda acepción de *dignitas* fue la acogida durante la edad media, en base a motivos religiosos.¹⁰

La Ilustración significó un cambio en el paradigma sobre lo que se debía entender como dignidad humana. En ese sentido, se puede afirmar que, según Kant, la dignidad del ser humano consistía en tratar a las personas como fines y no como medios. Se trata de una concepción de la dignidad humana basada en criterios racionales y no religiosos.¹¹ Por otra parte, filósofos como Juan Jacobo Rousseau adjudicaron un carácter más comunitario a la dignidad humana, al ser adoptada por el republicanismo en el siglo XIX.¹² La influencia de Rousseau llegó hasta Latinoamérica, donde prominentes líderes como Simón Bolívar adoptaron la noción de la dignidad inherente a la persona, oponiéndose, por ejemplo, a la esclavitud.¹³

A inicios del siglo XX, varios países incluyeron el concepto de dignidad humana en sus textos constitucionales: México, Finlandia, Alemania, Portugal, Cuba, influenciados no sólo por la noción ilustrada de dignidad sino también por los posteriores desarrollos socialistas sobre el tema.¹⁴ Como afirma Habermas, el concepto de dignidad existe desde la antigüedad, pero es recién con estas constituciones, y con el desarrollo posterior del DIDH, en que adquirió un carácter canónico.¹⁵ Es decir, es recién en esta etapa cuando se adopta la dignidad como un valor intrínseco a la persona y un principio general.

En el plano internacional, la Organización de Estados Americanos adoptó en abril de 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁶ (DADH) que consagra en su preámbulo que: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros." Seis meses después, el 10 de diciembre de 1948, la ONU emitiría la Declaración

9 MCCRUDDEN, Christopher, *op. cit.*, p. 3.

10 Ídem, p. 4.

11 Ídem, p. 6.

12 Ídem, p. 7.

13 WRIGHT-CAROLLA, Paolo. *From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights*. Human Rights Quarterly, 2003, vol. 25, no 2, p. 301.

14 Ídem, p. 11.

15 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 5.

16 Aprobada por Resolución XXX de la Organización de Estados Americanos el 2 de mayo de 1948.

Universal de los Derechos Humanos ¹⁷ (DUDH), en la cual se afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables.” La incorporación de este concepto en la DUDH se dio gracias al eminente jurista francés René Cassin.¹⁸

2. EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD Y LA REIVINDICACIÓN DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la actualidad, la dignidad de las personas con discapacidad se ve reafirmada por el modelo social de discapacidad, que es el que consagra la CDPD y que permite afirmar y comprender de la manera más completa los derechos de las personas con discapacidad.

Anteriormente a la afirmación del modelo social, existieron otras dos aproximaciones a la discapacidad: el modelo de prescindencia y el modelo médico o rehabilitador. El primero consideraba que el origen de la discapacidad era religioso.¹⁹ La situación de la persona con discapacidad era considerada una “desgracia” y se creía que aquella no podía contribuir de ninguna forma con la sociedad. En consecuencia, la persona era marginada o asesinada.²⁰ Por otro lado, el modelo médico o rehabilitador otorgaba un carácter científico a las causas que originan la discapacidad. En ese sentido, se considera que la persona podía ser “rehabilitada” o “normalizada”, y en esto se concentran los esfuerzos para lograr que la persona llegue a ser productiva para la sociedad.²¹

El modelo social de discapacidad surge como una respuesta a estas dos posturas. Sus orígenes se encuentran en el movimiento de las propias personas con discapacidad para reivindicar sus derechos frente a una sociedad que los excluía sistemáticamente.²² El modelo funciona en torno a dos presupuestos: Primero, afirma que la

17 Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.

18 Ídem, p. 26.

19 PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, 2008, p. 37.

20 Ídem, pp. 38-39.

21 Ídem, pp. 38-39.

22 BARNES, C., *Discapacidad, política y pobreza en el contexto del “Mundo Mayoritario”*, Política y Sociedad, 2010, vol. 47, no 1, p. 22.

discapacidad no tiene solo causas religiosas ni científicas, sino que son sociales o, incluso, preponderantemente sociales. De esta forma, la sociedad origina la discapacidad al no modificar su estructura para poder incluir a las personas con deficiencias. La segunda premisa es que los aportes que pueden ofrecer las personas con discapacidad deben ser considerados tan importantes como los de las personas que no tienen discapacidad alguna, por lo cual es esencial que exista la inclusión y la aceptación de la diferencia.²³ Por estas razones, el modelo social se centra en la rehabilitación, no de las personas con discapacidad, sino de la sociedad que debe incluirlas.²⁴

Ahora bien, el modelo social no niega la discapacidad. Por el contrario, la entiende como “la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad.”²⁵ Este concepto de discapacidad se centra en la valoración que realiza la sociedad. En contraste, la deficiencia es entendida como la “pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo.”²⁶ Una deficiencia sólo se convierte en discapacidad cuando está acompañada de una barrera creada por la sociedad.

En este sentido, y de acuerdo con el preámbulo de la CDPD, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por su parte, el artículo 1 afirma que las personas con discapacidad son “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. De ello se deriva que la discapacidad no es un concepto estático, sino dinámico en línea con el propio carácter evolutivo del DIDH y no debe ser identificado con la deficiencia, sino con la interacción de esta con barreras sociales en un contexto social específico.

23 PALACIOS, A., op. cit., pp. 103-104.

24 Ídem, p. 104.

25 PALACIOS, A., op. cit., p. 123.

26 Ídem, p. 123.

Esta comprensión implica un cambio de paradigma decisivo en torno a la manera en que el DIDH se aproxima a la discapacidad y, en consecuencia, a la manera en que entendemos los derechos humanos de las personas con discapacidad. Como señala Quinn: “lo que está en juego trasciende al tema discapacidad, y va directamente a aquello referido a lo que entendemos por persona.”²⁷ Y es que su consagración normativa genera cuestionamientos a muchas ideas preconcebidas en el propio terreno de los derechos humanos.

En efecto, la idea de Descartes sintetizada en “*Cogito, ergo sum*”²⁸ refleja los fundamentos de la filosofía racionalista. Existe aquí una afirmación en el sentido de que la característica que diferenciaba a los seres humanos respecto de los animales era el hecho de tener “uso de razón”. Esto se reflejó tanto en el preámbulo de la DADH, como la DUDH. El artículo 1 de este último instrumento proclama que todas las personas “nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” De esta manera, parecería encontrarse en “la razón y la conciencia” la condición de los derechos humanos.

Esta concepción de persona corresponde a una sociedad liberal democrática. Se asume que las personas que participan en ella, y que por lo tanto “tienen derechos”, están capacitadas para ejercerlos. Este tipo de sociedad tiene una concepción muy concreta de qué es una persona y cómo está debe desarrollarse:

La base del movimiento liberal democrático asume la capacidad para procesar la información de manera racional, para elegir racionalmente dentro de las opciones que existen, para que, de manera racional, podamos comprender las consecuencias de nuestras elecciones y para poder examinar los diferentes aspectos y así poder concluir en un resultado racional y asume también la capacidad de expresar nuestras elecciones dándole la forma de una decisión informada.²⁹

27 QUINN, G., *Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*, En: Conference on Disability and Legal Capacity under the CRPD, Harvard Law School, Boston, 2010, p. 3.

28 DESCARTES, René. *El Discurso del Método*, Madrid: Mestas Ediciones, 2001, p. 56.

29 QUINN, G., *Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*, p. 7.

El DIDH surgió en un contexto en el cual este era el paradigma reinante. Sostener que los derechos humanos son aquellos que asisten a las personas que tienen “uso de razón” resultaba la consecuencia lógica de afirmar que la característica que nos define como seres humanos es la razón. En ese sentido: si uno es ser humano porque tiene uso de razón, y los derechos humanos son sólo de los seres humanos, entonces los derechos humanos son sólo de las personas que tienen “uso de razón”.

La consecuencia de esta postura no fue otra que la doble invisibilización de la discapacidad. Por un lado, como grupo y, por otro, la invisibilización del tema mismo que no era materia de discusión. De esta manera, los derechos humanos no se asociaban ni respetaban o eran respetados de manera mucho menos rigurosa en el caso de las personas con discapacidad.³⁰

No obstante, la noción de dignidad intrínseca del ser humano, afirmada también en los fundamentos del DIDH, no permite sostener esta idea. En primer lugar, porque asignarle tal importancia a la razón para definir la personalidad no se condice con la realidad, ya que todos somos personas seamos “más o menos racionales”.³¹ Nuestras decisiones no son racionales en todo momento sino que se encuentran determinadas por factores naturales, sociales, culturales y, además, racionales.³² En segundo lugar, y en el otro extremo del razonamiento, resulta una tautología que las personas con discapacidad son personas y, por lo tanto, deben gozar de los mismos derechos que los demás. Mal se podría afirmar que los derechos humanos son en realidad universales si se permite excluir a un grupo humano de su titularidad y disfrute.

Precisamente la adopción del modelo social de discapacidad implica reconocer que las personas con discapacidad son sujetos y no objetos de Derecho. Y ciertamente también implica reconocer la dignidad inherente de las personas con discapacidad y su importancia para la sociedad.³³

El objetivo del modelo social que es eliminar las barreras sociales (normativas, físicas y actitudinales, entre otras) y no la deficiencia (que radica en la persona) encaja perfectamente con la

30 QUINN, G. y DEGENER, T., op. cit., p. 23.

31 QUINN, G., *Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*, p.5.

32 Ídem, p. 4.

33 QUINN, G. y DEGENER, T., op. cit., p. 15.

lógica de los derechos humanos. Corresponde, en consecuencia, a los Estados el deber de respetar y garantizar los derechos de las personas con discapacidad lo que no solo implica el reconocimiento de la titularidad de todos los derechos humanos de manera igualitaria, sino también la implementación de mecanismos que garanticen que estos derechos se puedan ejercer efectivamente en la práctica.³⁴

3. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como ya se ha mencionado, la CDPD ha marcado un cambio importante en la forma en la que se consideraba a las personas con discapacidad. De este modo, se reconoce su calidad de “sujetos de Derecho”, contando con la capacidad de participar en la formulación e implementación de los planes y políticas que les afecten (artículo 12 sobre capacidad jurídica).

Asimismo, ello implica que los Estados que sean parte de la Convención estarán obligados a tratar a las personas con discapacidad como personas que tienen derechos claramente definidos al igual que todo ser humano. Es importante resaltar que, en la Convención, se prevé tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos sociales y culturales.³⁵ Por lo que será necesario que los Estados adapten su legislación a las obligaciones internacionales que presenta el tratado.

En la implementación efectiva de la Convención debe tenerse en cuenta una serie de principios rectores.³⁶ Dentro de ellos destaca precisamente “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. Pero, aunque la alusión explícita se hace en este inciso, considero que los demás principios rectores como: la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la

³⁴ Idem, p. 16.

³⁵ QUINN, G., *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics with Disability*, Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights, vol. 15, 2009, pp. 41 – 46.

³⁶ Disponible en: <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=14&pid=535>>

igualdad entre el hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, constituyen también claras manifestaciones de la dignidad de las personas con discapacidad.

En ese sentido, la reafirmación de la dignidad de las personas con discapacidad ha sido crucial para que se inicie el proceso de reconocimiento y garantía de sus derechos. El enfoque de los derechos humanos se centra, en primer lugar, en la dignidad inherente a todas las personas, y, en segundo lugar, en cualquier deficiencia que la persona pudiera tener únicamente si es absolutamente necesario. Partir del reconocimiento de la dignidad de las personas con discapacidad las reafirma como sujetos derecho que tienen genuinos intereses que deben ser acogidas por la sociedad.³⁷

De esta manera, la dignidad sirve para fundamentar y reforzar los derechos de las personas con discapacidad en dos niveles. En un primer nivel, se afirma que las personas con discapacidad también comparten la dignidad inherente a todo ser humano. En consecuencia, deben gozar de los mismos derechos que gozan las personas sin discapacidad. En un segundo nivel, la dignidad exige la creación de derechos específicos de las personas con discapacidad, como el derecho a los ajustes razonables. Esta exigencia se fundamenta en un entendimiento de la dignidad a la luz de las circunstancias y necesidades propias de las personas con discapacidad. Estos dos niveles permiten brindar la protección más completa e integral posible.

4. LA DISCAPACIDAD EN LA PRÁCTICA DE LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS O EL DIDH AL SERVICIO DE LA DISCAPACIDAD

a) El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad es el órgano supervisor de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sus funciones consisten en emitir observaciones generales, revisar los informes periódicos de los Estados parte, recibir denuncias individuales y realizar investigaciones por violaciones generalizadas de derechos humanos sobre los cuales

³⁷ QUINN, G. y DEGENER, T., op. cit., p. 14.

tiene competencia.³⁸ Hasta el momento, este joven Comité ha emitido dos observaciones generales y resuelto ocho casos³⁹. En estos pronunciamientos, se refleja la particularidad del tema y de las herramientas teóricas y prácticas que genera. No obstante, y a pesar de que el Comité ha tomado algunas medidas únicas, como la de contar con una composición de personas con discapacidad, debe enfrentar diversos retos que lo conviertan en un Comité creativo y de avanzada y que no se limite a analizar, con la misma lógica y herramientas de los demás comités, el tema de la discapacidad.

i) La contribución del Comité a los aspectos teóricos de la discapacidad: las dos primeras observaciones generales

Las dos primeras observaciones generales se han centrado en los artículos 12 (igualdad ante la ley) y 9 (accesibilidad) de la Convención. No es casualidad que la primera Observación General del Comité tenga como objeto el artículo 12, ya que dicho artículo es posiblemente el más importante de la Convención pues refleja el cambio de paradigma más importante del modelo social, es decir, reconocer a las personas con discapacidad como sujetos de Derecho. Asimismo, es uno de los aspectos cuya implementación nacional genera mayores retos y dificultades en la práctica comparada.⁴⁰

38 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 35 y 36. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

39 Dos de los casos vistos por el Comité han sido declarados inadmisibles: El caso S.C vs. Brasil (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Dictamen Comunicación N° 10/2013*, 28 de octubre de 2014, véase en: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD-C-12-D-10-2013&Lang=en>) y el caso Kenneth McAlpine vs. Reino Unido (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Dictamen Comunicación N° 6/2011*, 13 de noviembre de 2012, véase en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/CRPD.C.8.D.6.2011sp.doc>).

40 Véase: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Perú*, 16 de mayo de 2012, en <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPER%2fCO%2f1&Lang=en>; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Argentina*, 19 de octubre de 2012, en: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.

El Comité afirma que esta Observación General se fundamenta en los principios generales de la Convención (expuestos en el artículo 3), entre ellos, el respeto de la dignidad inherente del ser humano.⁴¹ De esta forma, deben reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que se deriva del reconocimiento, siempre declaratorio y no constitutivo, de su personalidad jurídica.⁴² Como se sabe, la capacidad jurídica es la posibilidad de toda persona de disfrutar y ejercitar sus derechos y que incluye la capacidad de obrar. En este sentido, ninguna discapacidad puede justificar la negativa al ejercicio de derechos.⁴³ En consecuencia, las instituciones que limitan la capacidad de obrar, como la curatela y la interdicción, se encuentran prohibidas por la Convención.

Para el Comité no hay duda de que los déficits en la capacidad mental no constituyen un motivo legítimo para limitar o denegar la capacidad jurídica.⁴⁴ De tal manera, que condicionar la capacidad jurídica a la capacidad mental significa la negación del derecho al igual reconocimiento ante la ley.⁴⁵

En ese sentido, el reconocimiento de la capacidad jurídica restablece la autonomía y respeta la dignidad humana de la persona. En efecto, “la libertad de tomar las propias decisiones exige casi siempre el goce de capacidad jurídica. La independencia y la autonomía incluyen la facultad de lograr que se respeten jurídicamente las propias decisiones. La necesidad de apoyo y de

aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fARG%2fCO%2f1&Lang=en>; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Costa Rica*, 12 de mayo de 2014, en: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fCRI%2fCO%2f1&Lang=en>; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, México*, 27 de octubre de 2014, en <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fMEX%2fCO%2f1&Lang=en>.

41 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1, párrafo 4.

42 Ídem, párrafo 10.

43 BARIFFI, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, p. 27.

44 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1, párrafo 5.

45 Ídem, párrafo 12.

ajustes razonables para adoptar decisiones no se utilizará para poner en duda la capacidad jurídica de la persona".⁴⁶

No obstante, la Convención reconoce que se requiere un sistema de apoyos para que esta capacidad jurídica pueda ejercerse de la mejor manera posible. En opinión del Comité "apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades"⁴⁷ y que varía de acuerdo a la diversidad de las personas con discapacidad.⁴⁸ En definitiva, el sistema de apoyos es la respuesta al anterior régimen de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, mediante instituciones como la tutela y la curatela, que no reconocían la capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad, sobre todo si dicha discapacidad era mental o intelectual. El Comité afirma que: "[e]l artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio."⁴⁹

Por su parte, la observación general N° 2 del Comité analiza el artículo 9 de la Convención. En él, la accesibilidad es entendida como "una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones"⁵⁰ y "un modo de invertir en la sociedad y como parte integrante de la agenda para el desarrollo sostenible."⁵¹

La accesibilidad tiene dos variantes. La universalidad subjetiva significa que todas las personas, en este caso las personas con discapacidad, deben tener acceso en general a todos los derechos. La universalidad objetiva se refiere a las situaciones en que puede verse vulnerada dicha universalidad: comunicaciones, transporte,

46 Ídem, párrafo 33. En el mismo sentido, Palacios afirma que: "Si nos aproximamos al valor de la autonomía, la simple idea de que cada persona se autogobierna y dirige sus metas, observamos que todavía se niega a las personas con discapacidad el derecho a tomar sus propias decisiones en las cuestiones que atañen a su propio destino. Sin embargo, la respuesta correcta para aquellos que tienen disminuida su capacidad para la autonomía –o para quienes son percibidos con dicha disminución– sea la asistencia para poder llevar una vida independiente, y no la sustitución de su autonomía". Palacios, A., op. cit., p. 157.

47 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1, párrafo 15.

48 Ídem, párrafo 16.

49 Ídem, párrafo 15.

50 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general N° 2*, párrafo 1.

51 Ídem, párrafo 4.

información, etc.⁵² De esta forma, lo que se busca es garantizar el acceso efectivo de las personas con discapacidad a todos los bienes, productos y servicios abiertos al público en condiciones de igualdad, respetando su dignidad.⁵³

ii) La contribución del Comité a los aspectos prácticos de la discapacidad: los casos individuales

A través de este mecanismo, el Comité se ha referido a temas de igualdad y no discriminación, derechos políticos, accesibilidad, ajustes razonables, derecho a la rehabilitación, deber de adoptar medidas y obligaciones de los privados. Lo ha hecho a partir de situaciones concretas que lo han llevado a pronunciarse sobre dificultades que enfrentan en la vida diaria las personas con discapacidad de diverso tipo.

De esta manera en el primer caso que resolvió fue el de H.M versus Suecia⁵⁴, una mujer con discapacidad física pidió un permiso de obra para construir una piscina hidroterápica, en su casa y con su dinero, con el fin de realizar su rehabilitación. La dificultad provino porque hacerla afectaba un terreno en el que no estaba permitido construir, por lo cual se le denegó su solicitud.

Al examinar el presente caso, el Comité partió del análisis del deber de no discriminación y del deber de adoptar ajustes razonables consagrados en la Convención⁵⁵ en conjunto con el artículo 25, que protege el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad.

El Comité concluyó que el Estado no tomó en consideración las circunstancias concretas de la autora frente a las disposiciones administrativas y urbanísticas, lo que ocasionó que la medida que tomara fuera desproporcionada y tuviera un efecto discriminatorio que afectó el acceso de la peticionaria a la atención de la salud y la rehabilitación.⁵⁶

52 DE ASIS, R. et al., *La accesibilidad universal en el marco constitucional español*, Revista Derechos y Libertades, vol. 16, p. 65.

53 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general N° 2*, párrafo 13.

54 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Comunicación N° 3/2011*.

55 Ídem, párrafo 8.4.

56 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Comunicación N° 3/2011*, párrafo 8.8.

Posteriormente, el Comité resolvió dos casos versus Hungría. El primero, fue el caso Szilvia Nyusti y Péter Takács.⁵⁷ Ambos autores tenían grave discapacidad visual y habían contratado con el banco OTP Bank ZRt, de manera independiente, un servicio que les permitía el uso de tarjetas bancarias. No obstante, cuando quisieron hacer efectivo este derecho, se vieron imposibilitados de hacerlo debido a que los cajeros de OTP no contaban con marcado con caracteres en braille ni con sistemas de voz.

Si bien el servicio lo brindaba un privado, el Comité señaló que los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para que ningún privado discrimine por motivos de discapacidad, y, por otra parte, de tomar las medidas necesarias para asegurar la accesibilidad de las personas con discapacidad, resaltando la necesidad de desarrollar y supervisar la aplicación de directrices y normas mínimas sobre la accesibilidad a los servicios de uso público, incluyendo los casos en que estos sean brindados por entidades privadas.⁵⁸

Por su parte, en el caso de Zsolt Bujdosó y otros⁵⁹, los autores alegaron la violación de sus derechos políticos, incluido el derecho al voto. Los seis autores fueron puestos bajo tutela parcial o total debido a que tenían discapacidad intelectual. De acuerdo al artículo 70, párrafo 5 de la Constitución de Hungría, sus nombres fueron retirados de manera automática del registro electoral, ya que, según la mencionada norma, las personas que se encuentran bajo tutela no tienen derecho al voto en ese país. El Comité recordó al Estado que en virtud del artículo 29 de la Convención los Estados parte tienen la obligación de asegurar la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida política y pública del país. Resaltó, además, que dicho artículo no prevé ninguna excepción. En ese sentido, la exclusión del derecho al voto por motivos de discapacidad configura un acto de discriminación según la definición de la Convención.⁶⁰

También Argentina fue motivo de una denuncia en el caso X⁶¹. Aquí el autor solicitó un cambio de régimen de prisión efectiva a

57 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comunicación N° 1/2010.

58 Idem, párrafo 9.4.

59 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Comunicación N° 4/2011*.

60 Idem, párrafo 9.4.

61 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Comunicación N° 8/2012*.

detención domiciliaria porque las condiciones de la prisión en que se encontraba no le permitían acceder a su rehabilitación. Su caso era uno de discapacidad física que requería terapia en las áreas de kinesiología, terapia ocupacional, neurología cognitiva y rehabilitación visual. Además, a pesar de que el autor fue colocado en una celda del primer piso del centro penitenciario, no pudo acceder al patio durante los primeros ocho meses de su reclusión, razón por la cual no tuvo acceso a un ambiente con aire fresco y luz natural. En ese sentido, el Comité determinó que se configuraba una violación al derecho a la libertad y seguridad de la persona contenido en la CDPD (artículo 14.2).⁶²

Dicho órgano recordó que el artículo 14 de la Convención dispone que las personas privadas de libertad deben ser tratadas conforme a las obligaciones que emanan de la Convención. El Comité también recordó que la accesibilidad es un principio general de la Convención y que por lo tanto también es un derecho de las personas privadas de libertad "a fin de que las personas con discapacidad privadas de libertad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida diaria del lugar de detención, entre otras, asegurando su acceso, en igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad, a los diversos ambientes físicos y servicios, tales como baños, patios, bibliotecas, talleres de estudio o trabajo, servicios médico, psicológico, social y legal".⁶³ En ese sentido, el Comité determinó que las precarias condiciones de detención constituían un atropello a su dignidad y un trato inhumano.⁶⁴

De otro lado, en el caso *Gröninger versus Alemania*⁶⁵, la autora señaló que la legislación social de ese país sobre la concesión de un subsidio de integración era discriminatoria, ya que "solo se aplican a las personas con discapacidad que puedan recuperar plenamente su capacidad de trabajar en un plazo de 36 meses; no reconocen derechos a las personas con discapacidad, puesto que el derecho a solicitar ese subsidio corresponde exclusivamente al empleador; y la manera en que las agencias de empleo aplican la facultad de actuar con discrecionalidad al aplicar esas disposiciones conduce a una nueva discriminación."⁶⁶

62 Ídem, párrafo 3.3

63 Ídem, párrafo 10.6.

64 Ídem, párrafo 8.4

65 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Comunicación N° 2/2010*.

66 Ídem, párrafo 6.2.

El Comité resaltó que dicha regulación parece reflejar el modelo médico de discapacidad, ya que entiende a la discapacidad como una situación transitoria que puede “curarse o superarse”. Por lo tanto, dicho sistema era contrario al espíritu de la Convención. Además, en virtud del artículo 27 de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de crear un entorno favorable y propicio al empleo, incluyendo al sector privado. Asimismo, el artículo 4, párrafo 1 a), establece la obligación general de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier índole que permitan efectivizar los derechos laborales de las personas con discapacidad. En este línea, el Comité recordó que los Estados partes deben guiarse por el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones.⁶⁷

Finalmente, en el caso *Marie Louise Jungelin versus Suecia*⁶⁸, la autora que trabajaba en la Agencia de Seguridad Social pidió ajustes razonables y mecanismos de apoyo para poder seguir trabajando en dicha agencia, debido a su discapacidad visual. La Corte Laboral de Suecia le denegó su pedido. En ese sentido, la señora Jungelin alegó que dicha negativa era discriminatoria, en virtud de los artículos 5 y 27 de la Convención, ya que no se examinó adecuadamente la necesidad de adoptar ajustes razonables para el lugar del trabajo de la autora. En este caso, el Comité afirmó que los Estados tienen un margen de apreciación en cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad del ajuste razonable. Además, sostuvo que esta labor de apreciación le corresponde a las cortes nacionales, salvo que dicha evaluación sea claramente arbitraria o implique una denegación de justicia.⁶⁹ En ese sentido, el Comité consideró que el Tribunal Laboral sí había realizado un análisis detallado y objetivo para denegar el pedido de la autora y las recomendaciones que había dado el Ombudsman. Asimismo, recalcó que la autora no había otorgado medios probatorios que acreditaran que tal decisión era arbitraria. Por lo tanto no pudo encontrar en el presente caso que se hubiera violado algún derecho consagrado en la Convención.

Si bien los temas resueltos por el Comité son variados, debe destacarse que hay un intento por precisar que las obligaciones de la CDPD deben tener un efecto útil y transformador en la vida de las

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Communication No. 5/2011*.

⁶⁹ *Ídem*, párrafo 10.5.

personas con discapacidad. En esta línea, se reafirma la necesidad de incluir a los privados en el cumplimiento de sus obligaciones (eficacia horizontal de los derechos humanos) y que estas no sólo son de orden civil y político, sino también de orden económico, social y cultural. No obstante, su lectura acerca de las competencias que tiene el Estado para la evaluación de las medidas no encuentra aún una línea clara de interpretación ya que, en el último de los casos mencionados, la actuación del tribunal sueco no llega a analizarse en profundidad. Resta pues edificar verdaderos estándares en la materia.

b) Los aportes de los sistemas regionales de protección de derechos humanos

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos también empiezan a jugar un rol importante en el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad. Constituyen signo de la sinergia que se produce en el marco del DIDH. En efecto, hay antecedentes del tema en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS), pero al mismo tiempo, la Convención de Naciones Unidas mejoró notablemente la regulación del tema. Asimismo, el Comité de la CDPD se pronuncia atendiendo casos particulares y los mecanismos regionales reaccionan en sus respectivos ámbitos de competencia complementando lo hecho y reforzando al mismo tiempo la labor del Comité de la CDPD. En suma, un *corpus iuris* ampliado al beneficio de las personas con discapacidad.

i) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su contribución a los derechos de las personas con discapacidad en nuestra región

Aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene una regulación específica sobre los derechos de las personas con discapacidad, esto no ha impedido que la Corte se pronuncie sobre el tema. Al igual que en el caso de otros grupos vulnerables, como las mujeres o los pueblos indígenas, la Corte ha utilizado otros instrumentos internacionales especializados para dotar de contenido a las disposiciones de la Convención Americana en relación con la situación particular de estos grupos.

Tres casos resultan relevantes. El temprano caso de Ximenes Lopes versus Brasil⁷⁰, el caso Furlan y Familiares versus Argentina⁷¹ y el de Artavia Murillo y otros versus Costa Rica.⁷²

Damião Ximenes Lopes desarrolló una discapacidad mental orgánica en la niñez y fue institucionalizado en la Casa de Reposo Guararapes como paciente del Sistema Único de Salud (SUS), en 1999. Mientras estuvo internado tuvo una crisis de agresividad, frente a la cual el personal del hospital hizo uso de la fuerza para dominarlo manteniéndolo atado por días. El señor Ximenes Lopes presentaba hematomas, heridas y dificultad para respirar y falleció sin ser asistido por médico alguno en el momento de su muerte.

La Corte estableció que, a pesar de que el “centro de reposo” era una entidad privada, al tratarse de un servicio público, los Estados tienen el deber de garantizar y fiscalizar que dichas entidad cumplan con la protección efectiva de los derechos humanos.⁷³ En ese sentido:

La atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida.⁷⁴

La Corte concluyó que no sólo el uso de la violencia para tratar con las personas internadas en dicha casa de reposo constituía una afrenta a la dignidad humana de las mismas, sino también las condiciones de salubridad, higiene y atención médica que se brindaba.⁷⁵ En ese sentido, todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe estar orientado a lograr el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano.⁷⁶

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

71 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

73 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párrafo 96.

74 Ídem, párrafo 109.

75 Ídem, párrafo 120.

76 Ídem, párrafo 130.

De esta manera, las veces en que se apliquen métodos de sujeción para controlar a los pacientes, este debe ser el menos restrictivo, necesario y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud.⁷⁷

La Corte utilizó la CIADDIS como fuente de interpretativa⁷⁸, debido a que la Convención ONU todavía no entraba en vigor. No se pronuncia, sin embargo, sobre el hecho mismo de la institucionalización o internamiento contra la voluntad de Ximenes Lopes lo que indica que no lo veía como un hecho vulneratorio de sus derechos.

En el caso de Sebastián Furlan, este ingresó, cuando tenía 14 años, a un predio cercano a su domicilio que era propiedad del ejército, pero que los niños utilizaban para jugar porque no contaba con ninguna medida de seguridad. Allí intentó colgarse de un parante transversal, el cual cayó sobre él y ocasionó que perdiera inmediatamente el conocimiento, llegando a un estado de coma. Su padre interpuso una demanda de indemnización contra el Estado por negligencia que fue declarada fundada y confirmada en segunda instancia. A Sebastián Furlan se le pagó la indemnización en bonos y recibió atención médica. No obstante, intentó suicidarse dos veces y fue procesado penalmente por golpear a su abuela. En el proceso civil un perito diagnosticó que contaba con 70% de discapacidad. En estas condiciones, Sebastián Furlan pide que se le conceda una pensión no contributiva por invalidez que el Estado rechazó.

La Corte afirmó que, en el marco de los distintos tipos de discriminación que padecen las personas con discapacidad, el acceso a la justicia es fundamental para poder enfrentarlas.⁷⁹ Para afirmar esta obligación se basa, entre otros instrumentos, en la CIADDIS, la cual indica que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, incluido el de no verse sometidos a tratos discriminatorios fundados en su discapacidad, los cuales dimanarían de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano.⁸⁰ De la misma manera, reitera el criterio establecido en Ximenes Lopes sobre la necesidad de que los tratamientos a personas con discapacidad deben estar dirigido

77 Ídem, párrafo 135.

78 Ídem, párrafo 110.

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párrafo 135.

80 Ídem, párrafo 130.

al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía.⁸¹

Finalmente, el caso Artavia Murillo se activa porque el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió un decreto que autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales. En el 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló dicho decreto en un proceso de inconstitucionalidad en virtud del derecho a la vida (de los embriones que se desechaban) por lo que las nueve parejas que se vieron afectadas por tal decisión presentaron una petición ante la Comisión Interamericana. La Corte Interamericana consideró que se configuró una discriminación indirecta por el impacto desproporcionado que tuvo dicha anulación en las parejas afectadas, respecto al género, discapacidad y situación económica de las víctimas.⁸² Uno de los puntos más controversiales de esta sentencia es la calificación que dicho tribunal hace de la infertilidad como una discapacidad reproductiva. Para llegar a esta conclusión se basa en la definición de la Organización Mundial de la Salud para la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo. Como dicha enfermedad causa una limitación funcional, debe ser entendida como discapacidad. En consecuencia, la decisión de la Sala Constitucional imponía una barrera a las técnicas necesarias para poder concebir.⁸³

La Corte Interamericana tiene frente a sí un camino largo por recorrer tanto en términos de interpretación como utilización adecuada de la CDPD. Lo rescatable, sin embargo, es que ha entendido que la Convención Interamericana sobre discapacidad debe entenderse conforme a la CDPD con lo que cierra los desfases entre ambos instrumentos y abre el camino a un desarrollo vigoroso del modelo social en la región.⁸⁴

ii) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Este Tribunal ha sido de alguna manera pionero en el tema. Pero aunque ha resuelto casos sobre discapacidad con anterioridad

81 Ídem, párrafo 282.

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, párrafo 287.

83 Ídem, párrafo 293.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrafo 131.

a la entrada en vigor de la CDPD, nos enfocaremos en tres casos resueltos con posterioridad a esta fecha.

El primero es el caso *Glor versus Suiza*⁸⁵. Se trata de una persona con diabetes que por esa razón fue declarado no hábil para prestar servicio militar. No obstante, debía pagar el impuesto por no prestar el servicio militar debido a que no cumplía con el umbral de 40% de discapacidad física para estar exento de dicho pago. El Tribunal afirmó que se debía realizar una interpretación dinámica del Convenio Europeo a la luz de las condiciones actuales y resaltó el hecho de que en Europa y en el resto del mundo existe un consenso sobre la necesidad del proteger a las personas contra la discriminación fundada en la discapacidad.⁸⁶

En ese sentido, dicho tribunal afirmó que el margen de apreciación que poseen los Estados respecto al tratamiento de las personas con discapacidad se reduce. La discapacidad no impedía trabajar al señor Glor, pero las autoridades lo inhabilitaron para prestar servicio militar lo que no era proporcional ni necesario, sino un acto discriminatorio.⁸⁷ Es decir, aunque el Gobierno tenía la potestad de velar por el buen funcionamiento de las fuerzas armadas, se le pudo haber asignado un puesto en el cual su discapacidad no afectara a la efectividad de este cuerpo como sucede en otros países.⁸⁸

En el caso *Alajos Kiss versus Hungría*⁸⁹, el demandante fue diagnosticado con una discapacidad psicosocial en 1991 y en el 2005 fue puesto bajo curatela parcial según el código civil. Al año siguiente se enteró de que no figuraba en el registro electoral porque la Constitución de Hungría preveía que las personas bajo curatela no podían votar.

El Tribunal Europeo afirmó que la limitación del derecho al voto tenía un fin legítimo debido a que buscaba que las personas que participaran en las elecciones tuvieran conocimiento de las consecuencias de su voto.⁹⁰ No obstante, el Tribunal decidió que el hecho de vetar a toda persona que esté en situación de guardiana,

85 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Glor v. Suiza* (Petición no. 13444/04), Sentencia de Fondo, 30 de abril de 2009.

86 Ídem, párrafo 3.

87 Ídem, párrafo 84.

88 Ídem, párrafo 94.

89 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Alajos Kiss, v. Hungría* (Petición no. 38832/06), Sentencia de 20 de mayo de 2010.

90 Ídem, párrafo 38.

sea parcial o total, no está dentro del margen de apreciación que tiene el Estado, sobre todo debido a que se refiere a un grupo vulnerable que ha sufrido discriminación históricamente. Cuando se trata de estos grupos, el margen de apreciación se reduce.⁹¹ En la misma línea, considera que establecer la misma regulación para las personas con distintos tipos de discapacidad es cuestionable, debido a la limitación de sus derechos debe hacerse bajo un estricto escrutinio. El Tribunal se refirió a, entre otros instrumentos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad para fundamentar dicho criterio.

Si realizamos una comparación entre lo resuelto por el Tribunal Europeo en este caso y las recomendaciones del Comité en el caso Bujdosó y otros versus Hungría, podemos encontrar una diferencia entre los estándares que adopta cada uno de estos órganos. Mientras que el Tribunal Europeo se basa en el derecho al juicio justo para declarar como contraria a la Convención Europea la restricción del voto a Alajos Kiss, el Comité se basa en el derecho de los autores de gozar de sus derechos políticos en igualdad de condiciones. En ese sentido, el criterio del Tribunal Europeo permitiría restringir el derecho al voto cuando se hayan dado todas las garantías del debido proceso, mientras que el criterio del Comité no permitiría que dicha limitación se dé en caso alguno.

Finalmente, nos referimos al caso Asalya vs. Turquía.⁹² El señor Asalya vivía en Gaza y en el 2007 quedó paraplégico como resultado de un ataque a dicha región. En el 2007, una organización humanitaria lo llevó a Turquía para contar con tratamiento médico. En el 2009, fue arrestado por ser sospechoso de terrorismo y se ordenó su deportación. Las condiciones de detención, mientras esperaba que finalizaran el proceso y fuera deportado, eran inadecuadas para acomodar a personas con discapacidad, por ejemplo, respecto al uso de los servicios sanitarios. Además, si era deportado su vida correría peligro y muy probablemente sería torturado.

El Tribunal determinó que el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos impone una obligación a los Estados de garantizar que las condiciones de detención sean compatibles con el respeto a la dignidad humana y que la manera de ejecutar la medida no implica angustia o sufrimiento más allá del que puede ocasionar estar sujeto a

91 Ídem, párrafo 42.

92 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Asalya, v. Turquía (Petición no. 43875/09), Sentencia de 14 de abril de 2014.

detención. De la misma manera, la salud de los detenidos debe estar debidamente garantizada.⁹³ En el caso concreto, al señor Asalya se le obligó a dormir una noche entera sobre una mesa, no pudo hacer uso de los servicios higiénicos del centro de detención ya que estos no estaban acondicionados para ser usados por personas con discapacidad y el tratamiento médico que seguía fue detenido como consecuencia de su detención. En ese sentido, el Tribunal encontró que las condiciones de detención del señor Asalya no eran compatibles con la dignidad humana y exacerbaban la angustia ocasionada por dicha detención, por lo que se configuró una violación del derecho a la integridad (artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).⁹⁴

CONCLUSIONES

La dignidad humana ha sido considerada durante siglos como una característica propia de todo ser humano. No obstante, la especificación de la dignidad del ser humano en relación a las personas con discapacidad es de desarrollo reciente. El modelo social de discapacidad colocó a los derechos de las personas con discapacidad en el centro del debate y cuestionó la verdadera universalidad del reconocimiento de la dignidad humana de este colectivo.

En ese sentido, está guiado, entre otros principios, por la dignidad del ser humano. La inserción de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito del DIDH supone un doble enriquecimiento. En primer lugar, del patrimonio jurídico de este colectivo que había sido invisibilizado a lo largo de la historia. Pero, en segundo lugar, el propio DIDH se enriquece con los desarrollos que debe hacer para que sus reglas y principios puedan contener y expandir los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Las consecuencias de esta nueva alianza entre la afirmación de la dignidad de las personas con discapacidad y el modelo social deben todavía desarrollarse y en ese camino la contribución de los mecanismos institucionales de la propia CDPD, pero también de las cortes regionales, será fundamental. El *corpus iuris* en la materia no deja así de fortalecerse al servicio de las personas con discapacidad.

93 Ídem, párrafo 48.

94 Ídem, párrafo 53.



LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA DESDE LA FECUNDACIÓN HASTA SU MUERTE

Juan de Dios Vial Correa

Profesor Titular de la Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile.

P. Ángel Rodríguez Guerrero

Profesor Adjunto de la Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. ALGUNA NOTA HISTÓRICA SOBRE EL CONCEPTO DIGNIDAD¹

Lo que se entiende por dignidad ha tenido un cambio substancial desde que este valor surgió en la sociedad de la antigua Roma hasta que fue incorporado en la cultura cristiano-occidental: pasó de una conquista individual a ser inherente a la condición humana.

En la sociedad romana preimperial, la dignidad respondía a méritos en una forma de vida que estaba ligada, por una parte, a la esfera política y por otra a una recta moral. En Roma, la condición principal para adquirir dignidad es la acción política, la pertenencia al Senado, junto a la integridad moral. El pertenecer a la nobleza romana, el tener entre los antepasados héroes troyanos, reyes, o –como Cesar– una diosa confiere más brillos a esa dignidad. El romano defendía su dignidad, luchaba por ella, la asentaba y la lucía. Esta no tenía un orden rígido: podía aumentarse, rebajarse, perderse, restituirse. La dignidad era un logro personal que, por un lado, daba derecho a un poder y, por otro, por el impulso interior a ser moralmente intachable, exigía un deber. La dignidad obliga, y lo hace más cuanto más alto es su grado. A esa forma de vida pertenecían la magnanimidad, disciplina, austeridad, moderación, serenidad de mente. La dignidad era elitista, no todos los ciudadanos gozaban de las condiciones para llevar esa forma de vida portadora de dignidad y ésta, además, no se concebía sin libertad; era por tanto incompatible con la condición de esclavo. Según Cicerón autor, del concepto romano de vida con dignidad, ésta

¹ RODRIGUEZ GUERRO A. Y BENEDICTO CHUAQUI, *Notas sobre la evolución del concepto de dignidad en "Ars Medica"* Vol. 4, n° 6 PUC Santiago de Chile, 2002.

ha de apoyarse en el dominio sobre sí mismo, el abandono de toda liviandad y del actuar impulsivo.

Para el cristiano la dignidad del hombre tiene el triple fundamento en su origen divino, en su calidad de imagen y semejanza a Dios y en su finalidad en el Creador mismo. La dignidad queda así definida, para todos los hombres por igual, en relación directa con Dios, con independencia de toda otra condición: raza, nacionalidad, sexo, edad, creencias, condición social. Esa dignidad dota al hombre de ciertos derechos inalienables y de ella nacen las tareas de protección y respeto.

La evolución de este concepto a través de la historia del pensamiento occidental lleva a la conclusión de que la dignidad humana no puede ser fruto de una conquista, pues serían muchos los que, conforme al parámetro establecido de dignidad, no la alcanzarían. La dignidad le es intrínseca a la persona humana en razón de lo que es específico de su naturaleza: su ser espiritual². Esta dignidad es más que moral, más que ética, más que psicológica, esta dignidad le es al ser humano constitutiva, su naturaleza es ontológica. Esta dignidad ontológica no se la puede dar él a sí mismo, ni podemos hacerla depender de su vida moral, tampoco se la puede dar el Estado –como sucedía en Roma– o la sociedad, aunque a éstos les corresponda reconocerla y vigilar para que no haya violaciones.

2. LA DIGNIDAD ES CONSTITUTIVA HASTA EL FINAL DE NUESTROS DÍAS

En el lenguaje habitual, “dignidad” es un atributo o condición propia del ser humano. Sólo las personas tienen “dignidad”. Forzando la expresión, se podría preguntar si obras de arte, u obras del espíritu en general, o asociaciones humanas determinadas no tienen también “dignidad”. Es fácil ver que en cualquiera de esos casos, el término “dignidad” se estaría aplicando como una derivación o extensión de la dignidad que es atributo de los seres humanos que dieron origen a la obra o a la asociación. Siempre se ve que son las personas las que tienen dignidad, y no sus obras o sus asociaciones.

² “El concepto que está más cerca de *dignitas* y que es una idea central también en la cultura griega, es *el honor (timé)*; también en latín *honor* y *dignitas* suelen competir. Pero desde el punto de vista de la formación del vocablo, los conceptos derivados de *áxios (digno)* son los que se acercan más a *dignitas*, como *axía* y *axioma* en el sentido de *dignidad, valor, prestigio*, aunque tampoco son comparables a *dignitas* en contenido, brillo y frecuencia”. (B. CHUAQUI, ob. cit., pp. 23,24)

Si miramos las cualidades que poseen los hombres o las cosas, nos encontramos con que ellas pueden hallarse en mayor o menor grado. Así, por ejemplo, las magnitudes: hay cuerpos más grandes o más pequeños, más livianos o más pesados, más veloces o más lentos. Pero también nos parece que colores, olores o sabores pueden ser más o menos intensos. En alguna forma toda la naturaleza sensible está sujeta a medida, sus propiedades son cuantificables. En otro orden de cosas, que no son propiamente medibles, también reconocemos una suerte de magnitud: nos parece que el talento matemático, el talento musical, el literario, etc., pueden ser mayores o menores, aun cuando su estimación se parece muy poco a una simple medición. En el ámbito de las cosas morales, también reconocemos gradación: hay personas más o menos valerosas o verídicas. Incluso frente a un complejo conjunto de cualidades morales, podemos decir que hay personas que nos parecen más respetables que otras. A primera vista entonces, todo parece susceptible de gradación, cualquier condición que conozcamos se puede mostrar o poseer en grados diversos.

Pero cuando hablamos de la “dignidad humana”, nos parece que hay un elemento central que no puede ser sometido a comparación, que no reconoce propiamente gradación. Esto es lo que expresaría la intuición de Kant de que hay algo que es lo propio, lo íntimo de cada hombre/mujer, y es que no puede ser utilizado como medio, como instrumento, sino que es siempre un fin en sí. Hay algo que provoca una profunda repulsión, en el intento de poseer integralmente a un hombre como esclavo, a un niño como objeto de placer, o a un organismo humano como dador de órganos. Todas las formas de relación humana comprenden servicios, remuneraciones, organización, limitaciones o especificaciones de la libertad de los individuos. Pero siempre –en casos de duda– percibimos un límite que no es franqueable, en el que la relación cuestionable se transforma en “usurpación”, en explotación del otro. Ningún ser humano puede estar sometido a nuestro arbitrio. Hay algo en mí y en cada uno de los hombres y mujeres, que le es propio, y de lo cual nadie puede disponer. Nadie puede estar a disposición de otro como lo está el instrumento a la del operario. Esa condición del ser humano, es su dignidad. Todas las cosas pueden ser transables. Todas las cosas tienen precio; pero el hombre tiene dignidad.

Esa dignidad propia del hombre no existe en grados diversos. Sería absurdo decir que los hombres son más o menos explotables, más o menos usables, como se pueden usar las cosas en general. Esa

dignidad “nuclear” o fundamental se tiene o no se tiene. No puede haber hombre que no la tenga. Ella se adquiere con la existencia y se pierde con la muerte.

Ser persona no es algo agregado, no es una cualidad o característica del ser humano: es la manera que tiene el ser humano de existir, de ser. La dignidad no está pues ligada a las cualidades morales, físicas o intelectuales del ser humano, sino simplemente a que éste es, al hecho de que como individuo de la especie humana tiene un lugar absolutamente especial en la creación.

La condición de la persona humana de ser un organismo biológico la sujeta a leyes de origen, desarrollo y decadencia. Durante todo este trayecto es válido que ella no puede ser usada como instrumento, y que es digna de acogida y de respeto. Desde el primer instante de su existencia la persona es con otros, los otros son responsables ante ella, deben acogerla, no pueden manipularla como si fuera un instrumento. Es en sí misma un fin y demanda de todos la acogida, la protección.

Es el deber humano más elemental el de ayudar al hermano a vivir la última llamada que recibe en esta tierra. Si la vocación personal tiene un sentido central en nuestras vidas, ella lo tiene máximamente en el tiempo en que la vida camina a apagarse. Allí cuando no quedan casi los rasgos de las cualidades que le han dado relieve al individuo, es donde resplandece más la pura dignidad. Allí donde se hace enteramente pasivo, es donde resplandece el valor de la acogida como condición fundamental del trato de las personas. Allí donde el hombre se hace impotente para reivindicar su derecho, resplandece la fuerza de nuestra responsabilidad hacia él. Acogida y responsabilidad son dos pilares de la sociedad humana. La muerte de cada ser humano nos trae una lección de esas virtudes.

3. DIGNIDAD DEL EMBRIÓN HUMANO

Vamos a ordenar esta exposición de acuerdo a las siguientes preguntas:

1. ¿Qué cosa es un embrión humano? A lo que adelantamos la respuesta que propondremos: es un organismo perteneciente a la especie humana.

2. ¿Qué trato corresponde darle a ese organismo? A lo que responderemos: el que es debido a una persona humana.

3. ¿Qué se puede inferir de una sociedad que le niega ese trato? A lo que responderemos, que ella no alberga un respeto cabal a la persona humana.

3. 1. ¿Qué cosa es un embrión humano?

Queremos intentar una respuesta muy parcial, muy limitada, pero que no recurra todavía a nociones filosóficas que hoy día son compartidas sólo por algunos, y que se apegue (la respuesta) en este apartado, más bien al lenguaje de las ciencias naturales. Creemos que esta manera de proceder presenta algunas ventajas en cuanto ella busca algún terreno en el cual el diálogo pueda ser más realizable.

La respuesta a la pregunta ¿qué es un embrión humano?, es casi engañosamente simple. Es un organismo de la especie humana. Pero para entender esta respuesta en sus implicaciones hay que clarificar los términos.

¿Organismo animal? ¿Cuándo decimos que estamos frente a un organismo? Pensemos en cualquier clase de organismo, desde un protozoo a un verme (gusano), o a un mamífero (gato).

Un organismo es una unidad discreta, una entidad biológica que se distingue claramente de su medio, del cual lo separa una capa más o menos complicada de estructuras que vienen a constituir el límite o borde del organismo. Para una ameba, serán la membrana celular y el glicocalix, para un mamífero el revestimiento de piel y de mucosas. Todo organismo tiene un borde y a través de este borde el organismo intercambia con el medio materia y energía. El borde que delimita la unidad discreta circunscribe un sistema termodinámico, que recibe del medio materia y energía y se las entrega transformadas a él, o sea, delimita lo que se podría llamar un sistema dinámico físico químico abierto y de composición muy compleja.

Lo que es fundamental tener en cuenta es que todos los organismos se caracterizan por una trayectoria de desarrollo, de complicación, de autoorganización, la cual sigue un curso que es perfectamente previsible. Si observo un organismo de una especie determinada en un momento dado de su vida, puedo prever cuál será su estado en un instante posterior. Nos interesa destacar que este fenómeno universal en los organismos animales de autoorganización ordenada y de curso predecible deriva directamente de que sus componentes químicos tienen formas y propiedades que están especificadas con alta precisión, poseen entonces lo que se llama un “alto grado de información”, y

desenvuelven sus reacciones de interacción química dentro de los límites establecidos por un borde. Todas estas propiedades son comunes a los organismos desde el primer instante de su constitución hasta la disolución del sistema termodinámico en la muerte.

Claramente este sistema empieza con la penetración del espermatozoide en el oocito. Es en ese instante en el que se generan en el espacio confinado por la membrana celular, las cadenas continuas de reacciones químicas coordinadas entre los componentes paterno y materno que caracterizan el desarrollo. Inmediatamente antes de ese instante, hay dos células independientes, el espermatozoide y el óvulo, que no están circunscritas por un borde común y que tienen destinos o trayectorias propias, enteramente distintas de la que se hará presente en el óvulo al ser fertilizado. Inmediatamente después tenemos un organismo en evolución.

Pero además, e insistiendo un poco sobre el desarrollo del huevo fecundado, él es claramente un organismo de la especie humana. El más simple de los estudios de sus cromosomas así lo acredita, y más todavía lo acredita su trayectoria normal de desarrollo que a través de distintas etapas lo lleva a la adultez y la muerte.

Además, cada embrión es un sistema dinámico en el cual se combinan de manera única por lo menos dos tipos de componentes: los que constituyen sus genes, y los que forman el resto de los componentes celulares, en el caso del cigoto, el citoplasma. Por razones que se entienden bien desde el ángulo físicoquímico, estas peculiaridades determinan trayectorias de desarrollo diferentes, aun en el caso de los gemelos univitelinos. Por eso, en cualquier estado de su desarrollo el embrión es un organismo humano único, distinto de todos los otros de su especie que se hallen en estado comparable de evolución.

Todo esto vale entonces desde el momento de la fecundación. Desde luego que no hay ninguna razón sólida para pensar que un embrión es menos un organismo humano antes de la implantación en el útero que después de ella: los famosos catorce días del informe Warnock son un plazo absolutamente convencional y dictado por razones más bien interesadas, pero sin base conceptual que resista el análisis. Los eventos de la fecundación son muy rápidos; a los pocos minutos de penetrado el espermatozoide, se inicia un juego recíproco entre sus componentes y los del óvulo para dar inicio a un proceso enteramente nuevo: así, el centriolo del espermatozoide gobierna

los movimientos de la primera división del huevo, los productos del citoplasma ovular ayudan a descondensar la cromatina del espermio, la síntesis de ADN y la transcripción de genes aportados por el espermatozoide pueden comenzar antes de que se fusionen los pronúcleos, etc. etc. Los componentes de las que fueron dos células trabajan ahora armoniosamente como partes de una sola: se ha iniciado la trayectoria (en el sentido de trayectoria en el espacio de fases de un sistema físico-químico), propia de un organismo.

3.2. Nuestra segunda pregunta era: ¿qué trato merece un organismo humano? ¿Desde cuál momento merece el trato debido a una persona?

Puesto de otro modo, ¿desde cuál momento tiene el mínimo derecho, que es el derecho a la vida?

Pensemos por un momento en este concepto tan peculiar de “derecho a la vida”...La propia existencia no es una cosa a la que uno tenga un derecho que sea de la misma especie que todos los demás. No tengo derecho a la vida en el mismo sentido en que tengo derecho a ser propietario o a expresarme libremente. El “derecho a la vida” es más bien el fundamento o condición de todos los posibles derechos y bienes. Ahora bien, ciertamente que cuando morimos de muerte natural, no está violado nuestro derecho a la vida, como en cambio lo estaría si nos asesinaran. Por eso preferiríamos ahora hablar, más que de mi derecho a vivir (que puede ser una expresión vacía de contenido), del deber que tienen todos de respetar y aun de promover mi vida. Y entonces la pregunta es: ¿Desde cuándo existe ese deber respecto del embrión? Dicho de otro modo ¿desde cuándo hay que tratarlo como a una persona?

Para responder, hay que cambiar de modo de aproximación. Hemos presentado un esbozo o atisbo de definición o descripción físico-química de un organismo. Es obvio que no existe una definición físico-química, ni siquiera técnico-científica de la persona. Muy habitual es que se recurra a una caracterización empírica basada en el desarrollo de las funciones de relación, de la inteligencia, del habla, etc... Pero ello no es tan simple. Se ha argumentado –y por mucho que el argumento suene horrible, no se le puede negar su coherencia– que las funciones de relación de un feto de término, de un recién nacido, de un infante mentalmente enfermo, son muy imperfectas y no pueden compararse a las de una persona propiamente tal, que habla y se conecta con su

medio, y ni siquiera con las de muchos animales, de modo que estos podrían tener incluso mayores derechos que aquellos.

Pero las funciones de relación humanas aparecen también gradualmente, en trayectorias de desarrollo, y no está nada de claro por qué –si el organismo es un sistema en desarrollo, (y eso lo es siempre)– se habría de preferir algún momento especial de madurez funcional y no por ejemplo el de algún fenómeno de determinación que sea irreversible. Se ha hablado entonces del instante de la aparición de las primeras neuronas, pero no queda claro qué cosa podría tener de especial este último fenómeno para darle la preferencia sobre la aparición del primer esbozo del sistema nervioso en el tubo neural el cual aparece como una diferenciación en un organismo humano ya constituido y que se halla irreversiblemente comprometido al desarrollo de un sistema nervioso humano, y cuyo origen primero hay que buscarlo en último término mucho más atrás en el mismo comienzo de la evolución del embrión. Uno puede decir con perfecta propiedad que – desde el momento en que existe un organismo humano– se hallan en alguna fase de su desarrollo las funciones de relación que le son propias. Da la impresión de que cualquier punto que se escoja para decir “aquí –en este momento– se inicia el desarrollo de las funciones de relación” es completamente arbitrario, y refleja el deseo de encontrar un punto de discontinuidad más bien que la existencia de la tal discontinuidad. Haciendo una brevísima incursión en un terreno de filosofía que hemos evitado hasta ahora, diríamos que la persona humana existe en un cuerpo y que es propio de ese cuerpo hallarse siempre en algún estado de desarrollo.

Entonces, reformulando la pregunta: ¿Cuál es el trato debido a un organismo que tiene tantas probabilidades de ser efectivamente una persona? Cuando hay algo muy grave que está en juego –como ser la vida de alguien– la menor incerteza plantea un problema moral, y por eso respondemos que ante cualquier mínimo grado de incertidumbre, se le debe al embrión el respeto que se le debe a una persona. Yo puedo afirmar claro está que el embrión es siempre un organismo humano y me parece entonces que no hay ninguna evidencia científica que sea suficiente para negarle la condición de persona. Y eso tiene una importancia práctica decisiva para decidir sobre el trato que le debo dar.

Permítannos una comparación. Si estoy en la duda sobre si una figura que se mueve en la penumbra es un ser humano o no lo es, y sin embargo disparo un balazo en su dirección, lo que estoy poniendo

en evidencia es que desprecio la condición humana. Si la tuviera en alta consideración, en la incerteza, yo estaría obligado a abstenerme de hacer fuego. Eso es lo que afirma de modo rotundo la Encíclica *Evangelium Vitae*: “Algunos intentan justificar el aborto sosteniendo que el fruto de la concepción, al menos hasta un cierto número de días, no puede todavía ser considerado una vida personal. Está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano...” (*Evangelium Vitae* 60).

Pero la observación del mundo biomédico de hoy muestra un creciente desarrollo de acciones destructivas contra embriones y fetos: la manipulación embrionaria, el aborto, para no hablar del infanticidio, muestran a las claras que estos organismos humanos son tratados como cosas, y de ningún modo como personas. Si no hubiera otras pruebas, la atroz injusticia legal de la destrucción reciente de tres mil organismos humanos en Gran Bretaña, serviría para ilustrar cómo el desdén por las personas se ha hecho parte de nuestras legislaciones.

3.3. La tercera pregunta que nos hacíamos era ¿Qué significado tiene que se le niegue al embrión el derecho a vivir?

Contestamos: en el estado actual de nuestros conocimientos, no significa tanto que se pueda estar seguro de que el organismo embrionario no es una persona, cuanto que no existe un respeto adecuado a la persona humana. No significa tanto que haya dudas sobre el “status” del embrión, como que hay desdén por el hombre.

La postura tolerante, frente al aborto o a la experimentación o manipulación de embriones, no sería pues posible sin un trasfondo de menosprecio a la persona humana en general. Es paradójico que esa postura sea muy difícil de conciliar con las principales corrientes en las que se nutre la ética contemporánea.

Estas necesitan en realidad de la persona humana. Es el testimonio involuntario que aportan sistemas éticos rígidamente racionalistas, y aun ateos. En efecto, podemos mirar una ética radicalmente utilitarista como la bioética que preconiza Singer, o bien la llamada “pragmática trascendental” de K.O. Appel o el “velo de la justicia” de que habla Rawls para no mencionar sino unos pocos. Todos ellos tienen como punto de partida el carácter universalmente

obligatorio de la ética, y –por lo tanto– la condición única de la persona humana, capaz de formular principios de comportamiento libre, que le sean universalmente obligatorios. Así se responde en el fondo a la exigencia de Kant, pero ninguna de estas posturas le da una respuesta satisfactoria a una cuestión que es lógicamente previa que es la de por qué habría yo de sujetarme a normas de racionalidad, por qué habría yo de considerar que la persona mía es algo cualitativamente diferente de todo el resto de la realidad. Carecería de sentido una ética racional que no le concediera a la persona humana un sitio propio y previo a su formulación, pero en alguna forma ese sitio está necesitado de justificación. La ética no es un caso cualquiera dentro de las ciencias del comportamiento. Su verdadero problema no es el de determinar cuál sea la conducta más racional, sino establecer por qué habría ella de ser seguida. Es un problema de sentido.

Esta perplejidad emerge en un mundo práctico, racional, inspirado por el positivismo y las ciencias naturales, para el cual la realidad es en cierto modo homogénea, y no presenta por supuesto elementos dotados de una peculiar dignidad. En otra parte hemos señalado cómo el propio conocimiento científico de la psique humana ha erosionado la experiencia del “yo”, al subsumirla en el juego de las leyes naturales, y ha contribuido a desplazar el yo “fuerte” del hombre para reemplazarlo por un “yo” débil, del estilo postmoderno, el que ya no dice “yo pienso” sino “se piensa”.

Sin embargo, esa visión no escapa al juicio implacable formulado hace ya un siglo por Nietzsche. Esa realidad homogénea, manipulable según las leyes que la razón descubre en ella, es en realidad un mundo sometido a la voluntad de poder. No podemos vivir en un mundo en el que nos neguemos a conferirles valor a las cosas que nos rodean. Si esos valores no están arraigados en el ser mismo de las cosas sino que son creaciones nuestras o que son evidenciadas a través de nosotros sin referencia a la verdad, ellos pasan a ser simplemente la expresión de la voluntad de poder, y cada hombre organiza el pedazo de mundo que le corresponde, con arreglo a ella. En un mundo así, hasta los consensos pierden toda significación trascendental de acuerdos entre seres libres, y se transforman en una manera de convivencia que persigue evitar peores conflictos. Por eso tenemos una especie de necesidad moral de las personas. Se da hoy día una misteriosa nostalgia de la persona; sentimos que sin ella no podemos vivir humanamente. Pero eso no es suficiente.

“El origen y el fundamento del deber de respetar absolutamente la vida humana están en la dignidad propia de la persona, y no simplemente en el instinto natural de conservar la propia vida física” (Veritatis Splendor 50) dice el Papa en Veritatis Splendor. Y el Concilio Vaticano II enseña que el fundamento de la dignidad de la persona humana es la vocación de Dios (Gaudium et Spes). Estas palabras abren una perspectiva grandiosa, porque, como enseña el mismo Concilio, este misterio del hombre se aclara sólo en el misterio del Verbo Encarnado (Gaudium et Spes). La Revelación nos enseña pues que es en esta carne precedera, en nuestra humilde y concreta vida temporal donde se manifiesta la gloria de Dios. Es la enseñanza de San Pablo cuando les recuerda a los cristianos de Corinto que “vuestrs cuerpos son miembros de Cristo”. Y el Verbo de Dios que se hizo carne y en cuya luz existimos es también Aquel “por quien Dios hizo el mundo” (Hebr.). Más allá de los horizontes accesibles a la pura razón, se nos muestra que la más humilde de las personas humanas tiene – en Cristo– un significado cósmico. Y toda persona humana es, existe, en y por un organismo de la especie humana que se halla siempre en algún punto de su trayectoria de desarrollo.

La relativización y la trivialización de la vida humana, la reducción de la persona a la categoría de objeto entre los objetos, la supresión de su carácter único e intangible, es en realidad la supresión de la manifestación por excelencia de Dios a los hombres y por lo tanto, una verdadera negación de Dios.

No es entonces de extrañar que ese llamado vehemente a una conversión social, que es la Encíclica Evangelium Vitae, se encuentre como centrada en el mandamiento de “no matarás”. Este marca ciertamente la cota mínima del amor cristiano. Pero allí donde se lo ignora y desprecia, toda vida espiritual y social termina por corromperse.

4. DIGNIDAD DE LA FAMILIA Y DERECHOS HUMANOS

La Declaración de los Derechos Humanos no respondió a ninguna postura filosófica o religiosa determinada, sino que apareció como provocada por los grandes horrores de la Segunda Guerra Mundial. Como el articulado de la Declaración hace prescripciones bastante precisas sobre régimen político, no sería tampoco lógico, si no se quiere caer en un raciocinio circular, buscar el fundamento de la Declaración en el propio ideal político que ella propone. Sin

embargo, a pesar de esta forma de “neutralidad ideológica”, ya la primera mirada al texto revela algunos supuestos del documento.

El primero de ellos es su pretensión de ser universalmente vinculante. La Declaración es presentada como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” (proclamación). Ella aspira entonces a darle una forma jurídica a un sentido moral de la humanidad, sentido moral que no se entiende si es que no pretende a la universalidad, lo cual se manifiesta explícitamente desde luego en el propio título de “Declaración Universal” que encierra una propuesta de mucha trascendencia.

A continuación, el escrito apunta hacia principios que se suponen reconocidos por todos los seres humanos, hasta el punto de que no requieren de mayor justificación. Así, empieza con la afirmación de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (considerando N° 1) Y afirma además (art. 1) que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y luego que “toda persona humana tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna...”

Si se los mira de cerca, “dignidad” y “derechos” configuran una condición especial y única, que es propia de las personas en las cuales se aúnan la condición de sujetos con la apertura a una verdad que las trasciende. La Declaración supone la noción del hombre como un ser responsable, y sometido a exigencias morales objetivas, que se pueden codificar. Aún más ella supone la universalidad de una ley que ha de regir a muchos pueblos, de historias, costumbres y culturas diferentes y que por lo tanto debe haber persistido a través de evoluciones culturales divergentes. El hecho de que conserve una vigencia universal manteniéndose siempre válida para todos, sugiere un fuerte grado de inmutabilidad: los derechos humanos serían no sólo universales sino también permanentes. En esta forma los derechos propuestos configuran un conjunto de bienes objetivos que son importantes para el hombre.

Es posible que prescripciones éticas o jurídicas de carácter universal y perdurable reflejen alguna forma de experiencia ética básica de la humanidad. Porque cuando el hombre aprueba, reprueba o regula una conducta dada, ello acontece en primer término porque la siente conforme o disconforme con lo que su propio modo de

ser le impone. La aprobación es una suerte de adhesión práctica al objeto propuesto para la conducta, una verdadera con naturalidad entre el objeto propio de la acción y su agente. Se verifica un juicio de inclinación que se refiere directamente a lo concreto de la situación propuesta y que debe ser posteriormente ratificado por la razón.

El acuerdo que se exige y proclama en la Declaración no pretende fundarse en ninguna concepción particular del hombre que se halle explícitamente reconocida en ella. Sin embargo, es difícil eludir la impresión de que la aceptación de la Declaración supone un grado de acuerdo sobre lo que se ha llamado desde antiguo la “naturaleza humana”. Tal vez por eso mismo ella fue aceptada como proyecto por pensadores como Jacques Maritain, sostenedores de la noción de una “naturaleza humana” de la cual fluyen derechos y obligaciones. En cambio, filósofos como Croce, afectos a una interpretación historicista de lo humano, relativizaban o cuestionaban su valor.

Creemos que éste es el punto en que se articula la relación de los problemas de la familia y bioética con la Declaración de Derechos Humanos. Desde 1948 hasta hoy se ha ido produciendo una deriva en la concepción misma del hombre, la que viene a encontrarse con la revolución en la biomedicina.

Si se miran los contenidos de la Declaración se observa que disposiciones como las del derecho a la libertad del artículo 3, y a las libertades sociales fundamentales (arts. 18 a 20), así como a la seguridad social (22), al trabajo (23), se han interpretado en clave cada vez más individualista, como derechos que no tienen otro límite que el ejercicio del derecho ajeno, mientras que la definición de la familia, como el elemento natural y fundamental de la sociedad con derecho a protección por parte de la sociedad y del estado, se ha visto debilitada por una concepción nuevamente individualista de los derechos de los niños y su contraposición a los derechos de los padres. Recuérdese que en la Declaración son los padres los que tienen derecho preferente a elegir la forma de educación que recibirán sus hijos. Si se contrasta este enunciado con el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Niño, veinte años posteriores, se percibe lo que ya anotábamos, o sea una deriva hacia la interpretación de los derechos en clave de autoafirmación individual.

Una de las derivaciones más espectaculares y socialmente más relevantes ha sido la reivindicación de una llamada libertad reproductiva y de una concepción torcida de libertad de la mujer

para disponer de su propio cuerpo que conduce en su curso lógico a la plena justificación del aborto provocado. La noción de libertad reproductiva ha sido incluso exaltada por importantes juristas como Robertson, quien la considera un derecho preeminente de la mujer. La lectura en clave individualista de la realidad social se percibe aun en pronunciamientos que buscan defender el orden natural en casos puntuales. Recordemos el argumento del Presidente Clinton frente al anuncio de la de una oveja: “muchos de nosotros se sentirían muy perturbados al pensar que podrían ser clonados”.

Pero junto a una antropología creciente y desbordadamente individualista, ha sobrevenido un desarrollo espectacular de tecnologías médicas y biológicas que tocan directamente a la vida personal y social de multitudes de seres humanos. Este impacto, que es en último término lo que justifica traer a estos temas en conjunto con una Declaración Universal de Derechos, se debe a que las intervenciones biomédicas tienen por naturaleza una tendencia a multiplicar sus efectos y a acarrear consecuencias múltiples y de rápida difusión.

Pensemos en el impacto que ellas han tenido sobre la familia. La introducción de los contraceptivos hormonales no sólo ha determinado graves crisis demográficas sino que por otro lado ha desencadenado la revolución sexual al independizar en máxima medida el impulso genético de las responsabilidades de la procreación. Pero por otro lado, la familia afronta radicales cambios de concepto emanados de la fertilización “in vitro”. Esta ha introducido la posibilidad de reemplazo de la procreación por la fabricación de seres humanos. Ya se dan autores que piensan como Silver quien sostiene que la fertilización “in vitro” inaugura una nueva rama de la tecnología, la “reprogenética” que permitirá a la larga regular todo lo concerniente a la procreación, por medio de una combinación de técnicas de fertilización y de intervención sobre el genoma. Los avances registrados este año en la clonación por transferencia nuclear en Mamíferos pondrán luego en el tapete a esta técnica aplicada al ser humano como sistema de intervención sobre las células germinales.

¿Qué tiene este conjunto que ver con la familia? La sustitución de la procreación por fabricación, la puesta en cuestión de todos los lazos de parentesco, consanguinidad y filiación por el reemplazo de gametos, y en forma más radical aún por la clonación, la intervención genética y la selección de embriones, son acciones que llevan a la validación social práctica y eventualmente a la aceptación legal

de formas de cohabitación y de procreación que niegan hasta los supuestos de la familia humana. Piénsese por ejemplo que aunque no hubieran de tener otro efecto, los anuncios sobre clonación han puesto en evidencia que la milenaria superposición entre relación genética, lazos sociales y lazos afectivos, debe ser revisada para los millares de individuos que cada año son fabricados con gametos distintos de los de sus padres “sociales”. Por supuesto que este complejo formado por las leyes de la descendencia, por los afectos y por la sociabilidad humana cuya unidad es la familia, es puesto en duro trance para mantenerse. La familia que es según la Declaración “el elemento natural y fundamental de la sociedad” necesita de redefinición, con lo cual se le está negando su condición de “elemento natural y fundamental”. En efecto ¿cómo podría redefinirse algo que tiene esas características? Lo que significa que habría que reformular la Declaración, y se percibe que en aquellos países que tienen verdadera influencia en las cosas internacionales, esta redefinición no podría hacerse sin un sesgo enteramente individualista.

Pero además, cuando hay campañas de contracepción que recurren hasta a las mutilaciones, cuando los embriones sobrantes de fecundación in vitro son utilizados como objetos experimentales en investigaciones orientadas a lo que se llama el bien de la humanidad, no hay duda de que la “dignidad” del ser humano está siendo sacrificada a la disposición de él como objeto de la técnica, y los objetos no son sujetos de derechos como lo son las personas.

Existe una tendencia invasora de la técnica a tomarlo todo, literalmente todo como objeto posible de su acción y a actuar como si todo lo que le es posible fuera lícito. Y aquí se produce esa peculiar contradicción de nuestro tiempo por la que el ser humano autoafirmando por el ejercicio de las armas poderosas de la técnica se entrega a sí mismo como objeto de ellas. En la práctica esto significa que la pregunta que fue eludida en la Declaración de ¿Qué es el hombre? ¿De dónde emanan sus derechos?, viene a ser sustituida por una pregunta más limitada y práctica ¿Quién es hombre? ¿Quién puede invocar esos derechos?

Los que darán la respuesta serán los que por sus conocimientos, sus riquezas, su posición estratégica puedan determinar quiénes son efectivamente seres humanos en plenitud. No pretendemos hacer aquí una exposición crítica del llamado orden mundial, sino restringirnos sólo al campo de la bioética. Para el pensamiento establecido en

muchas partes del mundo no basta con ser un organismo individual de la especie "homo sapiens". Los tales son sacrificados por millones cada año en forma de abortos o de experimentación embrionaria. Ellos están excluidos de la "familia humana" de la que habla la Declaración, y hay bioéticos connotados que excluyen también a los recién nacidos enfermos del "cuidado y asistencia especiales" que se deben a la infancia (art. 25 N 22), al mismo tiempo que las prácticas eugenésicas, en otro tiempo escándalos de la humanidad, se van introduciendo subrepticamente en nuestra escena médica. Como en el chiste de Orwell, "aquí somos todos iguales, pero hay algunos más iguales que otros."

Éstas son sólo unas pinceladas para acentuar la urgencia de ocuparse del conjunto ético y jurídico de los derechos humanos, enfrentados a una manera nueva de concebir el hombre, demasiado cargada a un aspecto tecnológico.

Cuando se formuló la Declaración, en 1948, estaban frescos en la memoria crímenes atroces como el de Auschwitz, y existía conciencia clara del horror del Gulag por ejemplo. Creemos sin embargo que nadie se habría ocupado de hacer una Declaración como ésta, si no hubiera existido una convicción profunda de que en medio de tantos horrores, el ser humano se sentía efectivamente llamado a actuar bien, y de que era posible iluminar su camino y fortalecer su voluntad. Centenares de millones de hombres eran pacíficos y aun en medio de terribles dolores guardaban la esperanza y el respeto por lo humano. Hoy día, frente a las plagas del aborto y la contracepción, frente a la minusvaloración de lo humano en la persona y en la familia, no podemos olvidar ni por un momento a los centenares de millones que anhelan una vida verdaderamente humana, a los que se entregan en la vida familiar, en el cuidado de los enfermos, en todas las actividades públicas y privadas, con una esperanza al menos inmanente de que podrán desplegarse a la plenitud de una vida humana.

Entre ellos actúa el "pueblo de la vida" del que habla el Papa Juan Pablo II en *Evangelium Vitae*, que aporta el Evangelio de la Vida para la ciudad de los hombres, cuyo núcleo es el anuncio de un Dios vivo y cercano que nos llama a una profunda comunión con Él. Aunque no se pueda esperar que la plenitud de ese Evangelio sea universalmente aceptada de un momento a otro, lo ocurrido con la Declaración de Derechos Humanos sugiere que la edificación de los monumentos fundamentales del Derecho no puede llevarse a cabo sin darle en

ellos espacio a lo más fundamental del ser humano. El intento del secularismo contemporáneo de eliminar a Dios de la vida pública, ha conducido, como no podía menos que hacerlo, a borrar también de ella al hombre concreto y reemplazarlo por una abstracción jurídica que se disuelve ante el análisis y la crítica. Es bien dudoso que el ser humano pueda darse un código que efectivamente proteja su vida y sus derechos si se echa al olvido lo más fundamental de esa vida, que es que ella es un don, no un bien cualquiera disponible, y que el hombre no es amo del universo sino ser contingente y creatura.

5. LA DIGNIDAD DESDE LA FILOSOFÍA Y LA FE

El ser humano ha hecho un gigantesco esfuerzo intelectual, a través de toda su historia, para encontrar una definición del hombre que fuera capaz de dar sentido, dirección y significado a su dolor, su sufrimiento y su muerte. Ésta ha sido una constante histórica en toda religión y en todo credo.

Muchas han sido las definiciones filosóficas del ser humano: animal racional, político, social, de trabajo, lingüista, estructural, proletario, técnico y algunas más. Lo cierto es que ni una sola ni todas juntas dan todavía razón del ser humano, todas dejan fuera un inmenso campo de valores sin definir.

Todas estas definiciones son aspectuales, esto es, recurren a un aspecto del ser humano para definirlo y el ser humano no es que no quiera entrar dentro de ninguna de estas definiciones es que para entrar dentro, aunque fuera sólo de una, tendría que renunciar a su estatuto trascendental, tendría que dejar de ser persona. Se produciría un reduccionismo de tal naturaleza que el ser humano quedaría reducido a uno de los aspectos que lo componen.

El ser humano, entonces, es más que todas estas definiciones. Éste ha escapado a toda definición porque pertenece al carácter trascendental de todo ser humano, es su esencia, su constitución. En ninguna de estas definiciones mencionadas se contempla este hondo carácter trascendental del mismo ser humano. Este ser más que su biología, más que su psicología, más que sus facultades y por tanto más que su razón y que su voluntad es el punto de apoyo de su dignidad. Una mirada medianamente honesta, intelectualmente hablando, nos dice que este estatuto trascendental no puede dárselo el ser humano a sí mismo. La inhabitación de este Alguien en el espíritu humano hace al ser humano abierto, abierto al Absoluto por el mismo Absoluto y

de consecuencia abierto a los demás. Es esta divina presencia en el espíritu de todo ser humano lo que constituye la conciencia, el poder del ser humano, la razón de ser de toda su dignidad.

Es seguramente ésta la razón por la cual ninguna definición aspectual del ser humano, en el orden que queramos, biológico, psicológico, cualitativo o facultativo puede ser punto de apoyo para la dignidad humana, por la sencilla razón de que todos estos estratos, parte constitutiva del ser humano, son distintos e incluso antitéticos de unos seres humanos a otros. La constitución biológica, psicológica, así como las capacidades facultativas, varían de unos seres humanos a otros.

El estado de conciencia del ser humano, nos dice F. Rielo, no acaece con el tiempo, ni con el desarrollo o madurez biológicas, ni con el cúmulo de experiencias; antes bien, la persona humana es un ser consciente, intelectual, volitivo y libre desde el primer momento de su concepción. Otra cosa es el ejercicio experiencial de la conciencia y de la libertad con sus dos funciones de la inteligencia y de la voluntad en su complejidad sicosomática sometida al desarrollo y madurez en el tiempo biológico. El ser humano posee, no obstante, vivencia primordial de su conciencia y de todo lo que le constituye como persona desde el momento de su concepción, y es esta vivencia primordial, trascendente, la que está presente en toda experiencia vivencial y experiencial en el desarrollo integral durante su vida en este mundo.³

El “yo inhabitado por Dios”, nos sigue diciendo F. Rielo, contiene en sí estos factores determinantes de unidad mucho antes de las primeras experiencias fácticas que acuden a nuestro recuerdo. La primera experiencia, en el sentido más absoluto, no es la experiencia que le pudiera derivar al embrión del mayor o menor desarrollo de su sistema nervioso o de sus sentidos, sino la experiencia de Dios, la divina presencia constitutiva, que deja a ese embrión en un estado relacional y dialogal hasta su muerte, convirtiéndolo en persona. Esta divina presencia constitutiva deja al embrión en un estado de ser, forma de ser, y razón de ser de tal manera que forman su conciencia. Le es inherente al ser humano ser alguien con conciencia de Alguien. Ese estado de ser, conciencia de Alguien, le acompaña toda su vida, él sabe, aunque sea balbucientemente, que este mundo no es su *habitat*. Nuestro “yo”, genetizado ontológicamente por la divina presencia constitutiva, es antes que nuestra efectiva capacidad del

³ Cfr. F. RIELO, *Mis meditaciones desde el modelo genético*. Ob. cit., pp. 134-135.

recuerdo, de nuestra memoria, de nuestra imaginación, de nuestros sentimientos, de nuestros afectos, y, cómo no, de nuestra cultura, de nuestra educación, de nuestras formas de pensar y de actuar, de nuestros conocimientos científicos⁴.

Éste es el centro, la esencia de toda la dignidad del ser humano, eliminado este carácter deitático del ser humano, éste se nos queda en una especie de homínido muy desarrollado, cuya definición, tan de moda en este momento, sobre todo en nuestro país de Chile, sería la de un animal *bio-psico-social* que es lo mismo que decir “*un ser para el cementerio*”. Se pretendería, entonces, explicar la libertad humana, así como todas las estructuras y operadores, genéticos ontológicamente, desde la extraordinaria complejidad de una psicología, que por definición es un *complejo de funciones variables*, todas sujetas a posible y necesaria modificación, en razón de las necesidades de una visión más honda, otorgada por una conciencia moral, sin la cual la psicología es ciega. Se nos podría objetar que también la moral sin la psicología se vaciaría. Respondemos que la psicoética resultante de la imbricación de estas dos ciencias no es una ciencia nueva; las dos descansan en la ontología o mística, otorgada al ser humano desde el primer instante de su concepción por la divina presencia constitutiva del Acto Absoluto en el creado espíritu humano.

Las funciones sicosomáticas, sus contenidos de experiencias acumuladas, su objetivación en la historia y en la cultura, están sometidas al proceso del conocimiento, cuya experiencia se obtiene a la par que se da el desarrollo y madurez de su función biológica, de su función psicológica, de su función social, en las que intervienen las circunstancias educacionales y ambientales.⁵

Parafraseando a Faggioni, una vez más, el valor de la vida humana no deriva de aquello que un sujeto hace o realiza, sino simplemente de su existencia con su ser constituido en relación con Dios; la raíz del valor de la inviolabilidad de toda vida humana está últimamente en Dios. En consecuencia, sea joven o adulto, sano o enfermo, embrión o neonato, genio o idiota; el valor de todo ser humano es totalmente independiente de la cualidad de sus prestaciones y de su vida; lo que verdaderamente cuenta es su ser en relación con Dios⁶.

4 Cfr. F. RIELO (Ibid)

5 Cfr. RIELO, F, Ibid.

6 FAGGIONI, M. *La qualità della vita e la salute alla luce dell'antropologia cristiana* en “Qualità della vita ed etica della salute. PAV Ed. Librería Editrice Vaticana 2006, p. 28. Ver también B. DE ANGELIS, *La divinizzazione dell'uomo in Massimo*

Mientras que toda relación con el otro es reveladora de mi ser persona, la relación con Dios es constitutiva de mi ser persona. Cada uno de nosotros existe como persona porque su ser está en relación con el misterio trascendente del Ser. Si bien es verdad que cada uno de nosotros se humaniza en el momento en que viene acogido en una red de relaciones interhumanas, es también verdad que la acogida por parte del otro no constituye a la persona en su ser y en su valor. El otro no me atribuye ser y valor, sino que lo reconoce, porque mi ser y mi valor están constituidos por mi relación con la alteridad fundante, con Dios⁷.

Cristo da del ser humano la más hermosa definición que jamás se halla dado de la persona y su dignidad: Dioses sois (Jn 10,32) No divinidades, Divinidad es Él, el ser humano es una deidad, debido a la divina presencia del Sujeto Absoluto en el espíritu de todo ser humano; de ahí su linaje, su dignidad: hijo de Dios y sí hijo también heredero. Todo hombre, entonces, es sagrado para todo hombre, pues todos, sin excepción, tienen la misma dignidad.

Aparece claro entonces, que la dignidad humana, desde lo experimental, lo cuantificable, esto es, contemplada desde las ciencias de la naturaleza, no puede derivarse de ninguno de los órganos, tejidos, miembros, cualidades o capacidades mayores o menores del cuerpo humano, pero tampoco la podemos derivar, en el ámbito experiencial o vivencial, de la mayor o menor inteligencia que pudiera llevar a un ser humano a ejercer un rol más elevado en la pirámide del poder en la sociedad, como tampoco la podemos deducir de la riqueza o de la pobreza en que viven los seres humanos. Más allá de ser hombre o mujer, blanco o negro, rico o pobre, intelectual o ignorante, más allá de cualquier otra cualidad o defecto. Los seres humanos tienen todos, sin excepción, la misma dignidad. Esta dignidad les viene no de aquellos aspectos biológicos, psicológicos o sociales que precisamente diferencian a unos seres humanos de otros, sino de aquello que les es común y constitutivo, su filiación divina, y esto desde el instante mismo de su concepción.

il Confessore. En "Divus Thomas" n° 42, 3/2005-Año 108°; *La dignità della persona umana e l'ambiente divino*. Ed. Studio Domenicano. Bologna 2005, pp. 65-80.

⁷ Cfr. FAGGIONI, M. *La qualità della vita e la salute alla luce dell'antropologia cristiana* en "Qualità della vita ed etica della salute. PAV Ed. Libreria Editrice Vaticana 2006, p. 28.

LA DIGNIDAD HUMANA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Juana María Ibáñez Rivas

Máster en Derechos Humanos por la Universidad París X (Nanterre La Défense); Consultora especialista en temas de derechos humanos y derecho internacional humanitario; Investigadora del *Groupe d'études en droit international et latino-américain de La Sorbonne* (GEDILAS-IREDIÉS), Universidad París I (Panthéon-Sorbonne).

1. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos está orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, a partir de la cual se reconocen los diferentes derechos humanos de los que ésta es titular¹. De esta manera, la interdependencia y la indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, reposan en la protección misma de la dignidad humana.

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante: sistema interamericano), el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante: Declaración Americana)² proclama que “[t]odos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En esa línea, el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: Convención Americana, Convención o CADH)³ no deja duda respecto a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, al reiterar que “el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria”, sólo puede realizarse “si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales,

1 H-P. GASSER, “Humanitarian Law and Human Rights Law”. En: *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, p. 155.

2 Aprobada en 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia.

3 Adoptada el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica.

tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante: Protocolo de San Salvador)⁴ reafirma, desde su preámbulo, “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos”, reconociendo a la dignidad humana como el fundamento de dicha relación. En efecto, el referido preámbulo destaca que el reconocimiento de la dignidad de la persona humana es el que permite entender las diferentes categorías de derechos como un “todo indisoluble”, que exige por igual “una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

Desde su emblemática sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte interamericana de derechos humanos (en adelante: Corte interamericana o Corte), intérprete última de la Convención Americana, ha establecido que “los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana”⁵, reconocimiento que ha tenido eco en la jurisprudencia que concierne a los derechos económicos, sociales y culturales. En esa medida, el presente artículo intenta poner en evidencia la jurisprudencia de la Corte interamericana que da cuenta de la protección directa (2) e indirecta (3) de los derechos económicos, sociales y culturales, vinculada, en mayor o menor medida, con la dignidad de la persona humana⁶.

2. PROTECCIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Los debates respecto a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales ponen énfasis en las limitaciones derivadas del *corpus juris* interamericano, destacando la controversia

4 Adoptado el 17 de noviembre de 1988, en el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, en San Salvador, El Salvador.

5 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165.

6 Sobre la dignidad y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver, L. BURGORGUE-LARSEN, “La dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”. En: L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.55-78, (Col. “Droit et Justice” n°95).

sobre los alcances concretos del artículo 26 de la Convención Americana, la tensión entre el mecanismo jurisdiccional previsto en el Protocolo de San Salvador⁷ frente a la competencia contenciosa de la Corte, así como en la aún tímida posición de la Corte interamericana frente a la materia⁸. Pese a la pertinencia de dichos debates, una lectura minuciosa de los fallos de la Corte interamericana permite afirmar que la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales es posible, no sólo en lo que concierne al único artículo de la Convención Americana que hace mención expresa a dichos derechos (2.1), sino también en lo atañe a ciertos derechos reconocidos en la Convención Americana que, incluidos a la vez en el Protocolo de San Salvador, bien pueden ser caracterizados como de naturaleza dual (2.2). En ambos casos, los desarrollos jurisprudenciales tienen una interpretación vinculada a la dignidad de la persona humana.

2.1. El artículo 26 de la Convención como manifestación de la protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales

Más allá de su preámbulo, la Convención Americana sólo hace mención expresa a los derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 26, según el cual “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos [(en adelante: Carta de la OEA)]⁹, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos

⁷ En su artículo 19, el Protocolo de San Salvador prevé, además de un mecanismo de protección no jurisdiccional en virtud del cual los Estados presentan informes periódicos sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en su país, otro de orden jurisdiccional, confiado a la Corte interamericana, únicamente respecto de los derechos sindicales (artículo 8.1.a) y el derecho a la educación (artículo 13).

⁸ Para una síntesis sobre dichos debates, ver, O. PARRA, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, 67p.

⁹ Adoptada el 30 de abril de 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, reformada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires. Para una presentación en torno a la compleja determinación de los derechos económicos, sociales y culturales a los que se hace referencia en el texto del artículo 26 de la Convención, ver, F. SEATZU & A. UBEDA DE TORRES, “The Social charter of

disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Hasta la fecha no ha habido caso alguno en el que la Corte interamericana declare el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, sin embargo, en los casos en los que tal incumplimiento ha sido invocado y desarrollado¹⁰, el análisis de la Corte ha dado luces en cuanto al contenido y alcances de dicha norma¹¹.

the OAS: A step forward in the enforcement of socio-economic rights in the Americas?". En: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32, No. 2, 2014, pp. 153-156.

10 En el caso del *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*, la Corte determinó que no era necesario pronunciarse respecto del artículo 26 de la Convención porque ya había realizado un análisis sobre las condiciones referentes a la vida digna, salud, educación y recreación en las consideraciones sobre los artículos 4 y 5 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma y con el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. Corte IDH, "*Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 255. En el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte sólo citó el artículo 26 en el análisis de la violación del derecho a la vida, a modo de referencia como parte del "*corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas". Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163. En el caso *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, la Corte señaló que no analizaría la alegada violación al artículo 26 de la Convención porque ya se había referido a las graves consecuencias que tuvo el incumplimiento de las sentencias para las víctimas, en el marco de los derechos laborales amparados en aquéllas. Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 285. En la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*, la Corte señaló que los hechos del caso no ameritaban el análisis de un alegado incumplimiento del artículo 26, al haber analizado las respectivas afectaciones en lo que concernía a los artículos 8 y 25 de la Convención. Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 136. En el caso *Torres Millacura y otros Vs. Argentina*, la Corte no se pronunció sobre el alegado incumplimiento del artículo 26 por considerar que se refería a hechos no incluidos en la demanda. Corte IDH, *Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 52. En el caso del *Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte no se pronunció sobre el alegado incumplimiento del artículo 26 al considerar que los hechos habían sido suficientemente analizados, y las violaciones conceptualizadas, bajo los derechos a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 230.

11 Cabe destacar que en el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, la Corte interamericana dejó claramente establecida su competencia para pronunciarse sobre los derechos económicos, sociales y culturales a la luz del artículo 26 de la

En el año 2003, en el caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú*¹², la Corte comenzó por reconocer que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una doble dimensión, a saber, individual y colectiva. En ese sentido, estableció que su desarrollo progresivo¹³ debía medirse sobre criterios cuantitativos, es decir, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social. De esta manera, para la Corte interamericana, la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales no era susceptible de medición “*en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente*” en el Perú¹⁴. Así, la Corte consideró que el caso, referido a cinco víctimas, no representaba una “situación general prevaleciente” y evitó pronunciarse sobre el eventual incumplimiento del artículo 26¹⁵, generando una serie de críticas desde la doctrina y los usuarios

Convención. En dicho caso, el Estado opuso una excepción preliminar de falta de competencia *rationae materiae* de la Corte para pronunciarse sobre la supuesta violación al derecho de seguridad social desde el análisis del artículo 26 de la Convención. Ante esto, la Corte interamericana determinó de manera categórica que, en la medida que el Estado concernido era parte de la Convención Americana y había reconocido la competencia contenciosa de la Corte, ésta era competente para decidir si el Estado había incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma. Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 17.

12 Corte IDH, “*Cinco Pensionistas*” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

13 En ese momento, la Corte hizo notar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ya se había pronunciado sobre el desarrollo progresivo de dichos derechos. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Doc. E/1991/23, adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, párr. 9.

14 Corte IDH, “*Cinco Pensionistas*” Vs. Perú, *op. cit.*, párr. 147.

15 *Ibid.*, párr. 148. En su voto concurrente razonado a la sentencia, el juez Sergio García Ramírez destacó que la Corte podría examinar la relevante materia de los derechos económicos, sociales y culturales en el futuro, subrayando que estos no tienen menor rango que los civiles y políticos y que, en rigor, ambas categorías de derechos se complementan mutuamente y constituyen, en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual. Por su parte, el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, pese a pronunciarse a través de un voto concurrente, indicó que no

del sistema interamericano, por la ambigüedad y confusión detrás de dicha posición¹⁶. Posteriormente, a poco más de dos años de dicho fallo, la Corte se limitó a reafirmar la obligación de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el caso de los *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*¹⁷.

Será recién en el año 2009, en el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*¹⁸, que la Corte interamericana aprovechará una nueva posibilidad de análisis del artículo 26 de la Convención. En dicho caso, pese a no declararse el incumplimiento del artículo 26¹⁹, la Corte dio un primer gran paso al precisar cinco consideraciones generales sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad. Primero, partiendo de los trabajos preparatorios de

parecía tener asidero en la Convención Americana el razonamiento de la Corte según el cual solo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población. Ello, *inter alia*, porque la Corte no puede ejercer una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con el juez de Roux Rengifo, la Corte sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija que ésta tenga que alcanzar determinado número.

16 Sobre las críticas e interrogantes que generó dicho fallo, ver, L. BURGORGUE-LARSEN, "La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Los avances del asunto *Acevedo Buendía Vs. Perú*". En: A. BOGDANDY, H. FIX-FIERRO, M. MORALES ANTONIAZZI, & E. FERRER MAC-GREGOR, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*, México D.F., UNAM, 2011, pp. 111-115.

17 Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 185.

18 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*, *op. cit.*

19 En dicho caso, la Corte consideró que no estaba bajo análisis providencia alguna adoptada por el Estado que hubiese impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por los órganos judiciales del Perú a favor de las víctimas. Por tanto, determinó que el derecho a la propiedad privada y el derecho a la protección judicial eran los derechos vulnerados en el caso, no encontrando motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26. Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 106-107. En su voto concurrente, el juez Sergio García Ramírez hizo una reflexión sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte en cuanto al artículo 26 de la CADH. Por su parte, en su voto concurrente, el juez *ad hoc* Víctor García Toma señaló que en la medida que la Corte no declaró el incumplimiento del artículo 26 de la CADH no encontraba justificación para que se desarrollaran consideraciones sobre dicha norma.

la Convención Americana²⁰, la Corte afirmó que una interpretación histórica de la Convención permitía concluir que dicho artículo busca hacer posible la ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la acción de los tribunales. En ese sentido recordó que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate, destacando el interés de los Estados por la inclusión de una disposición que estableciera “cierta obligatoriedad jurídica” para el cumplimiento y aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales; así como por la inclusión de mecanismos para su promoción y protección. De acuerdo con la Corte, la revisión de los referidos trabajos preparatorios demuestra asimismo que las principales observaciones sobre la base de las cuales la Convención fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”²¹.

Segundo, desde una interpretación sistemática de la Convención, la Corte confirmó que el artículo 26 también está sujeto a las obligaciones generales de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 de la Convención (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno). De esta manera observó que si bien dicho artículo se encuentra ubicado en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, también integra la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”)²².

20 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969).

21 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, op. cit., párr. 99. Seatzu y Úbeda de Torres ponen en cuestión dicha consideración de la Corte al señalar que “the Inter-American Court has also followed a rather cherry-picking approach when looking at the *travaux préparatoires* of Article 26 of the Convention in the *Acevedo-Buendía* case and it can be criticised for this. Its legal reasoning has not been impeccable”. F. SEATZU & A. UBEDA DE TORRES, op. cit., p. 151.

22 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, op. cit., párr. 100. Para un análisis de la aplicación de las obligaciones generales de la Convención al artículo 26, ver, C. COURTIS, “Artículo 26”. En: C. STEINER & P. URIBE (éd.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

Tercero, en el ya conocido diálogo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: Tribunal Europeo o TEDH), la Corte citó la emblemática sentencia en el caso *Airey vs. Irlanda* de 1979²³ para recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, a partir de las cuales estos “deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”²⁴.

Cuarto, esta vez en diálogo con el sistema universal de derechos humanos, la Corte indicó que los alcances del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales deben valorarse sobre la base de los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Sobre el particular, la Corte resaltó que, en su Observación General No. 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que la plena efectividad de dichos derechos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”²⁵. La Corte afirmó así que, en el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, “el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido”. Así, en nota al pie

Comentario, México D.F., Fundación Konrad Adenauer/Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 654-676.

23 TEDH, *Airey Vs. Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26. En el caso *Airey*, el TEDH señaló: “Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio”.

24 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 101. Asimismo, Corte IDH, *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131.

25 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, *op. cit.*, párr. 9.

de página, la Corte citó de manera expresa la Declaración de dicho Comité sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’” de 2007, haciendo mención a las consideraciones que aquél toma en cuenta al estudiar en una comunicación si un Estado ha adoptado medidas ‘adecuadas’ o ‘razonables’ respecto a los derechos económicos, sociales y culturales²⁶. La Corte concluyó, en consecuencia, que “la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos”²⁷.

Quinto, a modo de correlato de todo lo anterior, la Corte afirmó que el deber –si bien condicionado– de no regresividad no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Como respaldo, la Corte se remitió nuevamente a la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸, según la cual las medidas de carácter deliberadamente regresivo “requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. Además, la Corte se remitió nuevamente

26 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, *op. cit.*, nota al pie 88. El Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: “a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

27 *Ibid.*, párr. 102.

28 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, *op. cit.*, párr. 9.

en nota al pie a la Declaración del mismo Comité de 2007, según la cual “[e]n caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate” y con arreglo a una serie de criterios objetivos²⁹. En esa línea, citó un informe de la Comisión interamericana de derechos humanos, vinculado al mismo marco fáctico del caso, según el cual para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”³⁰. De esta manera, la Corte interamericana confirmó la justiciabilidad de la regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales³¹. La importancia de la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos que fomenten el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales fue reiterada en el año 2013, en la sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*³².

Por lo expuesto, aunque los estándares sobre el artículo 26 en la jurisprudencia de la Corte interamericana se mantienen tímidos, es innegable el avance que representa el reconocimiento expreso de la justiciabilidad de la regresividad, así como la justiciabilidad directa que se deja entrever en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales contenidos por remisión en el artículo 26.

29 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, *op. cit.*, nota al pie 89. Dichos criterios objetivos son: “a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y f) [s]i el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’...”, *op. cit.*, párr. 10.

30 CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú, de 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

31 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 103.

32 Corte IDH, *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, nota al pie 169.

2.2. Derechos humanos con contenido dual que permiten la protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales

En el texto de la Convención Americana es posible identificar ciertos derechos humanos con contenido dual, en la medida que son reconocidos como derechos económicos, sociales y culturales equivalentes en el texto del Protocolo de San Salvador. De esta manera, la aplicación de dichos derechos en el análisis concreto de ciertos casos puede ser entendida como una manifestación de la protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre dichos derechos con contenido dual consideramos a la prohibición de la esclavitud y servidumbre; la libertad de asociación; la protección a la familia y los derechos del niño.

La *prohibición de la servidumbre y esclavitud* (artículo 6 de la CADH) está directamente vinculada con la protección de la dignidad de la persona humana. Dicha prohibición supone, *inter alia*, que “[n]adie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio” (artículo 6.2). Dicha norma tiene su equivalente en los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador, los cuales prevén el “Derecho al trabajo” y las “Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo”, respectivamente³³. En la jurisprudencia de la Corte, dos casos paradigmáticos han sentado las bases del contenido y alcances del referido artículo 6.2 de la Convención, a saber, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*³⁴ y *Masacres de Río Negro Vs. El Salvador*³⁵.

Así, basándose en una interpretación evolutiva, conforme a las normas de interpretación de la Convención (artículo 29)³⁶, la Corte interamericana ha considerado útil y apropiado analizar si se configuró un trabajo forzoso u obligatorio a la luz del Convenio No. 29 sobre Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del

33 Para un análisis de la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado desde la perspectiva de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del TEDH, ver, L. LÓPEZ GUERRA, “La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: *Parlamento y Constitución* No.14, España, Universidad de Castilla, 2011, pp. 27-28.

34 Corte IDH, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

35 Corte IDH, *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

36 Corte IDH, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, *op. cit.*, párrs. 154-156.

Trabajo (en adelante: OIT)³⁷, cuyo artículo 2.1 considera que el trabajo forzoso u obligatorio consta de dos elementos básicos: que el trabajo o el servicio se exija bajo amenaza de una pena y que sea llevado a cabo de forma involuntaria³⁸. Adicionalmente, la Corte ha agregado un tercer elemento de análisis para determinar una eventual violación del artículo 6.2 de la Convención, a saber, “que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de éstos o por su aquiescencia en los hechos”³⁹.

Al respecto, remitiéndose a un informe de la OIT sobre el trabajo forzoso⁴⁰, la Corte ha definido dichos tres elementos como sigue: i) La “amenaza de una pena” puede consistir en “la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares”⁴¹. ii) La “falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio” supone “la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso”, la cual puede tener lugar por distintas causas, “tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica”⁴². iii) El “vínculo con agentes del Estado” implica que para que se constituya una violación del artículo 6.2 de la Convención es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, demostrando su participación o aquiescencia respecto de los hechos concernidos⁴³. A mayor abundamiento, la Corte ha declarado que ya que la protección contra la esclavitud y servidumbre es una obligación internacional *erga omnes*, derivada “de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana”⁴⁴, los Estados deben iniciar

37 Adoptado en Ginebra, el 28 junio de 1930, durante la 14ª reunión CIT.

38 Corte IDH, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, op. cit., párrs. 157-160.

39 Ibid., párr. 160.

40 OIT, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, “Una alianza contra el trabajo forzoso”, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión de 2005.

41 Corte IDH, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, op. cit., párr. 161.

42 Ibid., párr. 164.

43 Ibid., párr. 166.

44 Al respecto, la Corte interamericana recordó que la Corte Internacional de Justicia, en su conocido *obiter dictum* de la sentencia en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, precisó que en el derecho internacional contemporáneo la protección contra la esclavitud, y contra la discriminación racial,

ex officio y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva cuando tengan conocimiento de un acto constitutivo de esclavitud o servidumbre, a efecto de establecer las responsabilidades individuales que correspondan⁴⁵.

La *libertad de asociación* (artículo 16 de la CADH), en su manifestación de libertad sindical, tiene una relación, aunque menos evidente, con la dignidad del individuo como tal. Dicha libertad supone que “[t]odas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”. En su manifestación como libertad sindical, tiene como equivalente al artículo 8 del Protocolo de San Salvador que reconoce los “Derechos Sindicales”. En los casos *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*⁴⁶, *Huilca Tecse Vs. Perú*⁴⁷ y *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*⁴⁸, la Corte ha tenido la oportunidad de desarrollar jurisprudencia que puede considerarse como referente de la justiciabilidad directa de la libertad sindical.

En principio, la Corte ha señalado que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos”⁴⁹. Asimismo, ha remarcado que la libertad de asociación, en materia laboral, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional⁵⁰, y la libertad de toda persona de no ser

es una obligación internacional *erga omnes*, derivada “de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana” y, por lo tanto, atañe a todos los Estados. Corte IDH, *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 141.

45 *Ibid.*, párr. 225.

46 Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

47 Corte IDH, *Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

48 Corte IDH, *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

49 Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 158, y *Huilca Tecse Vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 73.

50 El inciso 2 del artículo 16 señala que: “[e]l ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de

compelida u obligada a asociarse, en la misma línea de lo dispuesto en el artículo 8.3 del Protocolo de San Salvador, según el cual en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”⁵¹.

A partir de ello, la Corte ha destacado la dimensión individual y social de la libertad de asociación⁵². Sobre la “dimensión individual”, la Corte ha señalado que “la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad”⁵³. De otro lado, en su “dimensión social”, la Corte ha establecido que la libertad de asociación “es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos”⁵⁴. De acuerdo con la Corte, ambas dimensiones “deben ser garantizadas simultáneamente, sin perjuicio de las restricciones permitidas en el inciso 2 del artículo 16 de la Convención”⁵⁵.

Asimismo, en diálogo con el Tribunal Europeo, la Corte ha señalado que “un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica”. Por tanto “[e]l Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses”⁵⁶. En ese sentido, cuando el ejercicio de la libertad sindical provoca una represalia fatal en violación de dicho derecho, la Corte ha declarado que dicha violación tiene “un efecto amedrentador” en el resto de miembros

los demás”. Por su parte, el inciso 3 del mismo artículo concluye que “[l]o dispuesto en [el] artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

51 Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, op. cit., párrs. 156 y 159, y *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, op. cit., párr. 144.

52 Corte IDH, *Huilca Tecse Vs. Perú*, op. cit., párr. 69.

53 Ibid., párr. 70.

54 Ibid., párr. 71.

55 Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, op. cit., párrs. 156 y 159, y *Huilca Tecse Vs. Perú*, op. cit., párr. 72.

56 Corte IDH, *Huilca Tecse Vs. Perú*, op. cit., párr. 77, y *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, op. cit., párr. 146. Al respecto, ver, TEDH, *Young, James y Webster Vs. Reino Unido*, sentencia de 13 de agosto de 1981, párrs. 52 y 56, y *Plattform “Ärzte für das Leben” Vs. Austria*, sentencia de 21 de junio de 1988, párr. 32.

del grupo o movimiento sindical concernido, disminuyendo así su libertad de ejercer ese derecho⁵⁷. En la misma línea, la Corte ha remarcado que los Estados deben “investigar con debida diligencia y en forma efectiva los crímenes contra dirigentes sindicales”, teniendo en cuenta que la impunidad de dichos hechos también tiene un “efecto amedrentador” para el ejercicio de los derechos sindicales⁵⁸.

La *protección a la familia* (artículo 17 de la CADH) reconoce que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Dicho derecho tiene su equivalente en el artículo 15 del Protocolo de San Salvador como el “Derecho a la Constitución y Protección de la Familia”. Sobre el particular, en diálogo con el Tribunal Europeo, la Corte ha constatado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. De esta manera, ha enfatizado que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y que debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera de éste⁵⁹.

Asimismo, la Corte ha señalado que la protección de la familia y de sus miembros también se garantiza por el artículo 11.2 de la Convención, que consagra la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la familia o en la vida familiar, así como por el artículo 19, que determina la protección de los derechos del niño⁶⁰. Al respecto, la Corte ha establecido que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁶¹. En consecuencia, la interpretación

57 Corte IDH, *Huilca Tecse Vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 69 y 78.

58 Corte IDH, *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 145-146.

59 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrs. 69-70, y *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 141-145. Al respecto, ver, TEDH, *Keegan Vs. Irlanda*, sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y *Kroon y otros Vs. Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30.

60 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 66, y *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157.

61 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párrs. 71-72, y *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *op. cit.*, párrs. 169-170.

de la protección a la familia ha sido referente para la justiciabilidad indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales (*infra* 3.2).

Los *derechos del niño* (artículo 19 de la CADH) han sido relacionados a lo largo de la jurisprudencia de la Corte con la protección de la dignidad de la persona humana. De acuerdo con dicha norma “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Tal norma tiene su equivalente en el artículo 16 del Protocolo de San Salvador como “Derecho de la Niñez”.

La propia Corte interamericana ha dejado en evidencia la dualidad de los derechos del niño al señalar que, en el análisis sobre el incumplimiento estatal de las obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, “debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos”, de modo que, las acciones que el Estado debe emprender “abarcen aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”⁶². Esta afirmación queda confirmada en la significativa jurisprudencia de la Corte sobre la materia, la cual destaca la posibilidad de interpretar los derechos de los menores tomando en consideración otros instrumentos que formen parte del muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños⁶³, que incluye al Protocolo de San Salvador y a la imprescindible Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁴. De esta manera, los derechos del niño también han sido referente fundamental para la protección indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales (*infra* 3.2).

Por tanto, pese a que la Convención Americana sólo incluye un artículo expresamente referido a los derechos económicos, sociales y culturales, una lectura sistemática de los instrumentos del *corpus juris* interamericano sobre la materia permite sugerir la existencia de derechos con contenido dual susceptibles de una justiciabilidad directa como tales.

62 Corte IDH, “*Instituto de Reeducación del Menor*” Vs. Paraguay, *op. cit.*, párr. 149.

63 *Ibid.*, párr. 148.

64 Adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU.

3. PROTECCIÓN INDIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

En lo que concierne a la protección indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte interamericana no ha dudado en desarrollar una importante jurisprudencia. Dicha protección, vinculada a una interpretación transversal de la dignidad de la persona humana, comprende los supuestos en los cuales el análisis del caso se sustenta en la interpretación del contenido y alcance de derechos entendidos tradicionalmente como civiles y políticos (3.1) y aquellos en los que, adicionalmente, la Corte valora la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas involucradas (3.2).

3.1. La protección indirecta y general de los derechos económicos, sociales y culturales

Frente al escaso reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Convención Americana, y teniendo en cuenta las limitaciones y el debate de su justiciabilidad directa, se ha impuesto una protección indirecta en la jurisprudencia de la Corte interamericana. Tal protección ha surgido, esencial aunque no exclusivamente, a partir de la interpretación de cinco derechos, a saber, el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; el derecho a las garantías judiciales; el derecho a la propiedad, y el derecho a la protección judicial.

El *derecho a la vida* (artículo 4 de la CADH) y el *derecho a la integridad personal* (artículo 5 de la CADH) han sido determinantes para que la Corte desarrolle la protección del *derecho a la salud*, entendida ésta como “un bien público cuya protección está a cargo de los Estados”⁶⁵. Asimismo, la Corte se ha referido a instrumentos propios y ajenos al *corpus juris* interamericano concernientes al derecho a la salud, tales como la Declaración Americana (artículo XI); la Carta de la OEA (artículo 45); el Protocolo de San Salvador (artículo 10), y los Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, aprobados

⁶⁵ Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89.

por la Asamblea General de la OEA en 2012⁶⁶. Dicho derecho ha encontrado un desarrollo jurisprudencial representativo en casos de prestación de servicios de salud que han derivado en afectaciones a la salud de las víctimas, en perjuicio de su dignidad humana.

Al respecto, la Corte ha precisado los alcances de la obligación estatal consistente en regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que prestan servicios de salud. En cuanto a la obligación de regular, la Corte ha señalado que “los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones”⁶⁷. De acuerdo con la Corte, los Estados “[d]eben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, [...] presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes”⁶⁸. En remisión a la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la Corte ha enfatizado que los Estados deben “velar por la calidad de los servicios de atención a la salud y asegurar que los profesionales reúnan las condiciones necesarias para su ejercicio, mediante un marco regulatorio de las entidades públicas o privadas, así como respecto de la actividad de particulares, grupos o empresas, a fin de proteger la vida de sus pacientes”⁶⁹.

66 Corte IDH, *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, párr. 117; *Vera y otra Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 131. En su voto concurrente a la sentencia en el caso *Suárez Peralta*, el juez Eduardo Ferrer MacGregor consideró que se debió analizar directamente el derecho a la salud, “debido a la competencia que entendi[e] tiene [la] Corte IDH para pronunciarse sobre una posible violación a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente del derecho a la salud”.

67 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *op. cit.*, párrs. 89-90; *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 121, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 130 y 132.

68 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 99, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 134.

69 Corte IDH, *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 135. Al respecto, ver, ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 35 y 51. Asimismo, ver, TEDH, *Lazar*

En cuanto a la obligación de supervisión y fiscalización, la Corte ha establecido que la efectividad de los mecanismos previstos por el Estado para supervisar y fiscalizar las instituciones de salud, y para la tutela administrativa y judicial del damnificado, dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto⁷⁰. Sobre el particular, la Corte ha señalado que “cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población”, primariamente ofrecido por los hospitales públicos. Sin embargo, ha precisado que cuando la iniciativa privada también provee servicios de salud, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, lo hace bajo los auspicios del Estado. De acuerdo con la Corte, “[e]n ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato”, se entiende que la persona se encuentra bajo cuidado del Estado⁷¹. De esta manera, “[s]i bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo”⁷². Por tanto, conforme a la Corte interamericana, “la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares⁷³. A mayor abundamiento, la Corte ha resaltado que “[c]uando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad

Vs. Rumania, sentencia de 16 de mayo de 2010, párr. 66; *Z Vs. Polonia*, sentencia de 13 de noviembre de 2012, párr. 76; *Calvelli y Ciglio Vs. Italia*, sentencia de 17 de enero de 2002, párr. 49; *Byrzykowski Vs. Polonia*, sentencia de 27 de junio de 2006, párr. 104, y *Silih Vs. Eslovenia*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 192.

70 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *op. cit.*, párrs. 89-90 y 99; *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 121, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 130 y 132.

71 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 95, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 144.

72 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 96, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 144.

73 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 141; *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 119, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 149.

resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo⁷⁴.

Adicionalmente, siguiendo la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte ha estimado que “la fiscalización y supervisión estatal debe orientarse a la finalidad de asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las prestaciones médicas”. Concretamente, respecto de la calidad del servicio, “el Estado posee el deber de regular, supervisar y fiscalizar las prestaciones de salud, asegurando, entre otros aspectos, que las condiciones sanitarias y el personal sean adecuados, que estén debidamente calificados, y se mantengan aptos para ejercer su profesión”. En este mismo sentido, la Corte destacó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU “ha establecido los estándares de dichos principios en referencia a la garantía del derecho a la salud, resaltando, en cuanto a la calidad, “que los establecimientos de salud deben presentar condiciones sanitarias adecuadas y contar con personal médico capacitado⁷⁵”.

Por otro lado, a través del derecho a las *garantías judiciales* (artículo 8 de la CADH) y el derecho a la *protección judicial* (artículo 25 de la CADH) la Corte ha desarrollado la protección del *derecho al trabajo*, ciertos *derechos laborales* y el *derecho a la seguridad social*. Ciertamente, la Corte ha declarado la violación del debido proceso frente a procesos administrativos de destitución de trabajadores públicos que no respetaron las garantías mínimas, considerando que el despido tiene graves consecuencias socioeconómicas para las personas concernidas, sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida⁷⁶.

Asimismo, la Corte se ha referido a la gravedad de las violaciones a los derechos laborales, ante el incumplimiento de sentencias que ordenaban la reposición en sus cargos o similares de trabajadores despedidos injustificadamente⁷⁷; o de aquéllas que ordenaban el pago

74 Corte IDH, *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, op. cit., párr. 119, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, op. cit., párr. 150.

75 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, op. cit., párr. 99, y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, op. cit., párr. 152. Al respecto, ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, op. cit., párrs. 12, 33, 35, 36 y 51.

76 Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, op. cit., párr. 134.

77 Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, op. cit., párrs. 278-299.

de pensiones⁷⁸. La Corte se ha pronunciado también sobre la violación del derecho de acceso a la justicia por la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir las víctimas de ceses arbitrarios (fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo) para reclamar los derechos laborales que consideraban vulnerados (empleo, remuneración y demás beneficios laborales), y por los correlativos impedimentos normativos y prácticos en un contexto de situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales⁷⁹. Además, la Corte ha declarado la violación del derecho a la protección judicial ante la inexistencia de un recurso efectivo para trabajadores ante la aplicación retroactiva de una norma en perjuicio de derechos adquiridos en materia salarial⁸⁰.

El *derecho a la propiedad* (artículo 21 de la CADH), vinculado al derecho de acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la CADH), también ha permitido la protección del *derecho a la seguridad social* y de ciertos *derechos laborales*. A partir de los derechos adquiridos, “entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas”⁸¹, la Corte ha señalado que “desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley”. En ese sentido, la Corte ha declarado que “el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene ‘efectos patrimoniales’⁸², los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención”. Así, una eventual reducción arbitraria en el monto de las pensiones supone una violación al derecho a la propiedad⁸³. Asimismo, la Corte ha señalado que al igual que las pensiones, el salario, los beneficios

78 Corte IDH, “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, *op. cit.*, párrs. 138 y 141, y Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, *op. cit.*, párrs. 69-79.

79 Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 129 y 136.

80 Corte IDH, *Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011 Serie C No. 223, párr. 76.

81 Corte IDH, “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, *op. cit.*, párr. 102, y Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, *op. cit.*, párr. 84.

82 Corte IDH, “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, *op. cit.*, párr. 103, y Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, *op. cit.*, párr. 85.

83 Corte IDH, “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, *op. cit.*, párrs. 115 y 121, y Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, *op. cit.*, párr. 85.

y aumentos que ingresen al patrimonio de un trabajador también se encuentran protegidos por el derecho a la propiedad consagrado en la Convención Americana⁸⁴.

Esta protección indirecta y general puesta en evidencia cobra la mayor importancia al permitir la justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales tan básicos como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, derechos laborales independientes y el derecho a la seguridad social. Como veremos a continuación, dicha protección cobrará matices particularmente relevantes cuando, adicionalmente, los casos concernidos involucren a grupos tradicionalmente considerados como vulnerables.

3.2. La protección indirecta y específica de los derechos económicos, sociales y culturales en relación a grupos vulnerables

De acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte interamericana, “[t]oda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial”, en razón de los deberes especiales que el Estado debe cumplir en atención a las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. Sobre el particular, la Corte ha recordado que “no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables 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 encuentre⁸⁵. En casos de víctimas consideradas como pertenecientes a grupos vulnerables (*inter alia*, menores de edad, pueblos indígenas y tribales, y personas con discapacidad) la Corte ha desarrollado una destacada jurisprudencia en materia de derechos económicos, sociales y culturales a partir de la interpretación de los derechos previstos en la Convención Americana⁸⁶. Las medidas especiales de

84 Corte IDH, *Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 83.

85 Corte IDH, “*Masacre de Mapiripán*” *Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113; *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 244, y *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 292.

86 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *op. cit.*, párr. 103; *Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

protección exigidas para los miembros de dichos grupos vulnerables tienen como sustento la particular consideración de su dignidad humana, eje transversal en la determinación de sus derechos y las correspondientes obligaciones estatales⁸⁷.

En lo que concierne a los *menores de edad*, la Corte ha permitido la justiciabilidad indirecta del *derecho a la salud y el derecho a la educación*, a partir del análisis del derecho a la vida (artículo 4 de la CADH) y el derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH), en relación con los derechos del niño (artículo 19 de la CADH), y apelando al *corpus juris* internacional existente sobre la especial protección que requieren los menores, sobre todo al Protocolo de San Salvador (artículos 10 y 13) y a la Convención sobre los Derechos del Niño. A mayor abundamiento, en lo que concierne a menores de edad, la jurisprudencia constante de la Corte ha establecido que el Estado debe tomar medidas especiales orientadas en el “principio del interés superior del niño”⁸⁸, el cual “se fundamenta en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁸⁹.

Así, desde el artículo 4 de la Convención, en un caso que involucraba a menores de edad en situación de pobreza, la Corte estableció por primera vez los alcances del derecho a una vida digna⁹⁰. Al respecto, la Corte señaló que el derecho a la vida no sólo comprende “el derecho de todo ser humano de no ser privado de la

de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 134, y *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párr. 292.

87 Sobre los derechos económicos, sociales y culturales y los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte, ver, E. SALMÓN, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo I. Los derechos económicos, sociales y culturales*, Lima, GTZ, 2010, pp. 65-92.

88 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 164, y *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 142.

89 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 56; *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 108; *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 142, y *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 126.

90 Corte IDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) *Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. En su voto concurrente conjunto, los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli resaltaron que el derecho de vivir con dignidad supone una visión que “conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”.

vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna". De esta manera, la Corte estableció que cuando los Estados violan los derechos de los niños en situación de riesgo, como los niños de la calle, los hacen víctimas de una doble agresión: En primer lugar, "no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el 'pleno y armonioso desarrollo de su personalidad'". En segundo lugar, "atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida"⁹¹. En consecuencia, para la Corte, los Estados tienen la obligación de "garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él"⁹². La Corte precisa, además, que la garantía del disfrute de una vida digna para los niños debe tener como pilares fundamentales la educación y el cuidado de su salud⁹³.

A modo de referente, la importancia de la educación ha sido resaltada por la Corte en casos de niñas en condición de apátridas, indicando que "el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual". De esta manera, supone un incumplimiento de dicho deber cuando el Estado impide que un menor curse un período escolar, en un horario adecuado y en compañía de niños de su edad, ya que ello agrava la situación de vulnerabilidad, en clara negación de la protección especial a la que es acreedor⁹⁴. En casos de niños privados de libertad, la Corte ha establecido la necesidad de la implementación de programas de educación con maestros y recursos adecuados⁹⁵. Conforme a la Corte, en la relación de especial sujeción Estado-niño privado de libertad, la detención carente de medidas de educación efectiva resulta incompatible con la necesaria garantía de condiciones de vida digna para los menores⁹⁶. Adicionalmente, haciendo el vínculo con la

91 Ibid., párrs. 191 y 196.

92 Ibid., párrs. 144, 146 y 191.

93 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, párr. 86, y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 258.

94 Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 185.

95 Corte IDH, *Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrs. 172 y 174.

96 Ibid., párr. 176.

condición de pobreza, la Corte ha señalado que un incumplimiento del Estado en cuanto a la educación tiene consecuencias más serias cuando los menores privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, ya que ello “les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida”⁹⁷. En cuanto al derecho a la salud, también en el caso de menores privados de libertad, la Corte ha declarado la necesidad de una especial supervisión periódica en el ámbito de la salud que les asegure un desarrollo normal⁹⁸.

En casos de *miembros de pueblos indígenas y tribales*, la jurisprudencia de la Corte ha permitido la justiciabilidad indirecta de los *derechos a la salud, a la educación, a la alimentación, y a la cultura* desde el análisis del derecho a la vida digna (artículo 4 de la CADH) y el derecho a la propiedad (artículo 21 de la CADH). De esta manera, en el caso de miembros de pueblos indígenas y tribales privados de sus tierras ancestrales, la Corte ha considerado que el concepto de vida digna comprende: i) Acceso y calidad del agua, el cual, a partir de la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU⁹⁹, exige que una persona cuente con un mínimo de 7.5 litros por día para satisfacer el conjunto de sus necesidades básicas, incluidas alimentación e higiene”, y que dicha agua tenga “una calidad que represente un nivel tolerable de riesgo”¹⁰⁰. ii) Alimentación que, tomando en cuenta la Observación General No. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰¹, debe responder a las exigencias de accesibilidad, disponibilidad y sostenibilidad, de manera que se pueda determinar si la asistencia brindada por el Estado a los miembros de una comunidad satisface los requerimientos básicos de una alimentación adecuada¹⁰². iii) Salud, que exige que el Estado garantice la accesibilidad física y geográfica a establecimientos de salud para los miembros de una comunidad; acciones positivas para asegurar la aceptabilidad de los bienes y

97 Ibid., párrs. 172 y 174.

98 Ibid., párr. 172.

99 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002). párr. 12.

100 Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 195.

101 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12, 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5, párrs. 6-8.

102 Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 198.

servicios de salud, y el desarrollo de medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales¹⁰³. A mayor abundamiento, la Corte ha hecho referencia a la práctica de la medicina tradicional en la prevención y cura de enfermedades de los miembros de pueblos indígenas¹⁰⁴. iv) Educación, que obliga a los Estados a garantizar “la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma”, de conformidad con el Convenio No. 169 de la OIT y la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁵, de modo que se propicie dicho derecho con una “perspectiva etno-educativa”. Ello implica “adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada”¹⁰⁶.

Desde el derecho a la propiedad, la Corte ha determinado que éste debe interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes, tales como el *derecho a gozar de la propia cultura*¹⁰⁷. De esta manera, la Corte ha señalado que “[l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”¹⁰⁸. En el caso de los niños indígenas, la Corte ha resaltado la obligación estatal especial

103 Ibid., párr. 208.

104 Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 168.

105 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 50.

106 Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 211.

107 Corte IDH, *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 91-95; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149, y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, op. cit., párr. 171.

108 Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 135; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118; *Pueblo de Saramaka Vs. Surinam*, op. cit., párr. 120, y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 174-175.

de garantizar su derecho a la vida cultural¹⁰⁹. Además, siguiendo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU¹¹⁰, la Corte ha afirmado que la pobreza limita gravemente el disfrute efectivo de la propia cultura¹¹¹.

En cuanto a las *personas con discapacidad*, la Corte ha desarrollado jurisprudencia sobre el *derecho a la salud*, a partir de la interpretación del derecho a la vida digna (artículo 4 de la CADH) y del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH). Asimismo, se ha pronunciado sobre el *derecho a gozar de los beneficios del progreso científico*, desde el derecho a la vida privada (artículo 11.2 de la CADH) y el derecho a la libertad reproductiva y a fundar una familia (artículo 17.2 de la CADH). Al respecto, es preciso señalar que, tomando como referencia la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹¹² y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambas basadas en la dignidad y la igualdad inherentes a todo ser humano¹¹³, la Corte ha abordado los derechos de este grupo vulnerable desde el modelo social de discapacidad, según el cual “la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”¹¹⁴.

Específicamente en lo que concierne al derecho a la salud, la Corte ha destacado que “[l]os Estados tienen el deber de asegurar una

109 Corte IDH, *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, op. cit., párr. 167-169; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 261-262, y *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, op. cit., párr. 143-144.

110 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38.

111 Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 216.

112 Adoptada el 7 de junio de 1999, en el Vigésimo Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, en Ciudad de Guatemala, Guatemala.

113 Adoptada el 13 de diciembre de 2006, en la Asamblea General de la ONU.

114 Corte IDH, *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, op. cit., párr. 133, y *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, op. cit., párrs. 290-291. Cabe destacar que en el caso *Furlan y Familiares*, la jueza Margarette May Macaulay emitió un voto concurrente que, no obstante, destacó su opinión sobre la posibilidad de resolver parte del conflicto en el caso desde la perspectiva que contempla “la justicia directa de los derechos económicos, sociales y culturales bajo el alcance del artículo 26 de la Convención Americana”.

prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental”, lo cual se traduce en “el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales”¹¹⁵. Al respecto, sobre la base de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de la ONU, la Corte ha considerado que “todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas”, aunque este último principio no sea absoluto¹¹⁶. En lo que concierne a los menores de edad, la Corte ha señalado que la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social deben ser mayores en caso de niños con discapacidad¹¹⁷. Asimismo, y nuevamente en lo que atañe a un grupo vulnerable, la Corte ha recordado el vínculo “directo y significativo” que existe entre “la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro”¹¹⁸.

Respecto al derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, a partir de la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte ha considerado que las personas con infertilidad –y en consecuencia, con una “limitación funcional”– “pueden considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad”. De acuerdo con la Corte, esto incluye “el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva”, condición que demanda “una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva”¹¹⁹. Conforme a la Corte, “[d]el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de

115 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, op. cit., párr. 128.

116 Ibid., párrs. 130-131.

117 Corte IDH, *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, op. cit., párr. 138.

118 Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, op. cit., párr. 104, y *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, op. cit., párr. 201.

119 Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, op. cit., párr. 293.

salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona¹²⁰.

Por tanto, la jurisprudencia de la Corte demuestra que, en el análisis de casos relacionados a grupos vulnerables, la protección de la dignidad humana ha cumplido un rol central en la justiciabilidad indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales. Más aún, cuando confluye más de una manifestación de vulnerabilidad, incluida la pobreza, la Corte no ha vacilado en valerse de dicha justiciabilidad y en la determinación de mayores medidas especiales de protección desde el Estado.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La relación entre la dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte interamericana es indiscutible. La interdependencia y la indivisibilidad existentes entre aquellos y los derechos civiles y políticos, basadas precisamente en la protección de la dignidad de la persona, son la principal confirmación de dicha relación.

Ciertamente, la jurisprudencia citada a lo largo del presente artículo demuestra que la dignidad está presente en las principales interpretaciones de las normas de la Convención Americana que permiten una justiciabilidad directa e indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, han quedado en evidencia los avances referidos a la determinación del alcance del artículo 26 de la Convención; el desarrollo jurisprudencial de derechos humanos identificados como duales; la remisión a los derechos civiles y políticos para proteger indirectamente a los económicos, sociales y culturales, y la especial remisión a estos derechos en el análisis de casos que involucran a grupos vulnerables.

En consecuencia, es legítimo aspirar a la posibilidad de un desarrollo jurisprudencial que continúe interpretando los derechos económicos, sociales y culturales desde los derechos humanos reconocidos en la Convención, en clara muestra de la interdependencia e indivisibilidad existente entre ellos. Es legítimo aspirar, asimismo, a una creciente jurisprudencia basada en el concepto de la vida digna,

¹²⁰ Ibid., párr. 150.

construcción jurídica surgida en casos que involucran a personas pertenecientes a grupos vulnerables, y particularmente representativa de las referidas interdependencia e indivisibilidad.

Dichas aspiraciones no están reñidas con aquélla que supone atender a una jurisprudencia que dé cuenta de la plena justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales entendidos como tales, en aplicación del artículo 26 de la Convención, y en conexión con las obligaciones generales de los Estados previstas en la misma. Tal como ha quedado señalado, los votos de algunos jueces a sentencias recientes que optaron por la justiciabilidad indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales reflejan tal expectativa y quizá –esperemos– anuncian la respectiva evolución jurisprudencial. En todo caso, en el contexto actual, dicha expectativa es plenamente viable desde el texto del *corpus juris* interamericano en la materia, la interpretación del mismo hecha por la Corte, y en pleno respeto de las competencias atribuidas a ésta. Una lectura desde la dignidad de la persona humana reafirma la necesidad de dar ese paso.

SOBRE LA DESNATURALIZACIÓN DOGMÁTICA DE LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONA HUMANA

Raúl Cervini

Catedrático de Derecho Penal, Docente de Pos-grado y Director del Departamento Penal de UCUDAL; Prof. Agregado Efectivo (G4) de Derecho Penal de UDELAR; Secretario General para América Latina y Vicepresidente del ICEPS (NY).

I. PRELIMINAR

Esta contribución procura realizar una crítica objetiva al pensamiento del Profesor JAKOBS, en particular a su Teoría del Enemigo, cuidadosamente, a partir de buena parte de sus propios textos, y desde el ámbito de los valores. ¿Qué valores?: aquellos, inherentes al Hombre, con mayúscula, como corresponde a una concepción antropológica igualitaria del Derecho penal y que resultan tradicionalmente recogidos en los Principios penales que hacen al cerne de un Estado Democrático de Derecho: fundamentalmente: culpabilidad, legalidad, respeto a las categorías lógico objetivas y en forma particular: la igualdad y dignidad de la Persona Humana.

II. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL CONTEXTO DE LA ESTRATEGIA PROMOCIONAL- FUNCIONALISTA. SU TRASCENDENCIA ADJETIVA Y SUSTANTIVA

1. (Adelantamiento de la protección penal) La teoría analizada supone un adelantamiento de la protección penal, con frecuente enriquecimiento subjetivo de los tipos y sin la reducción de las penas con relación a las que existen respecto de momentos más avanzados del intercrimínis.

2. (Estrategia pro-activa) Constituye un cambio de perspectiva, conforme al cual el Derecho penal debe mirar no sólo hacia el pasado, o sea, hacia el hecho ya cometido, sino preferentemente hacia el futuro, al hecho venidero que está por llegar. Por consiguiente, no se trata del modelo de un ordenamiento jurídico penal en la gestión de los riesgos sociales de tipo reactivo, sino de un modelo propio de un Estado preventivo caracterizado por una estrategia pro-activa.

3. (Menos garantías) Conduce a la progresiva reducción, relajamiento o simple desnaturalización de las garantías procesales del Estado Democrático de Derecho. El Profesor de Bonn reconoce "...el sistema de garantías procesales se orienta funcionalmente a la mitigación del riesgo social y cobra toda su virtualidad individual en función al cumplimiento del deber de fidelidad al ordenamiento jurídico..."¹ Esta forma de proceder "responde a criterios de pura eficacia...", toda vez que para consolidar el éxito de una determinada política criminal es preciso disponer de medios adecuados para que la finalidad que se pretende quede perfectamente asegurada"²

Tal como se encuentra concebido el Derecho penal del enemigo, resulta lógico que la suspensión de garantías procesales viniera a formar parte esencial de esta misma estrategia, en el entendido de que con el catálogo de derechos que la normativa democrática atribuye tradicionalmente a todo ciudadano en pie de igualdad, posiblemente no resultaría tan fácil alcanzar el objetivo propuesto, lo que supondría, por consiguiente, el fracaso del sistema. Se trata, como se ve de una concepción que alienta la "permeabilidad" entre la legislación de emergencia y la ordinaria, en virtud de la cual las normas dispuestas para el delincuente-enemigo han acabado formando parte del derecho concebido para el resto de los delincuentes. El propio JAKOBS se permite la sutileza de advertir "...un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo..."³

Lo cierto es que, la "permeabilidad" inherente a esta concepción encuentra un ámbito fértil en la desorientación de la política criminal contemporánea y el creciente autoritarismo discriminatorio que la suele acompañar, como se ha encargado demostrar el Maestro MOCCIA en su memorable obra "La Perenne Emergenza".⁴ Por otra parte no debe

1 JAKOBS, Günther: "Fundamentos del Sistema Jurídico Penal", ARA, Lima, 2005, p. 69).

2 JAKOBS, Günther; JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel: "Derecho Penal del Enemigo", Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 62 y ss. En el mismo sentido: "La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente" Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000.

3 JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIA, M: "Derecho penal del enemigo..." Edición Civitas, op. cit., p. 56).

4 MOCCIA, Sergio: "La Perenne Emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

ni puede olvidarse que nuestro actual sistema de garantías procesales no es más que el resultado de una perseverante batalla librada durante siglos para evitar la arbitrariedad en el ámbito de la justicia penal frente a las tendencias autoritarias del poder a lograr una condena sin proceso o contentándose con la simple apariencia de su existencia (la mera persecución penal disfrazada bajo la vestidura del proceso). Por esa razón los proesalistas y penalistas de cuño garantiasta han venido sosteniendo desde siempre que “las formas hacen a las garantías” y que cualquier sistema que busque el paradigma igualitario, ni asegure el derecho de efectiva defensa de todos, no es, técnicamente, un proceso.⁵

4. (Cambio en la política criminal internacional) Esta concepción vine además acompañada de un significativo cambio en la política criminal de ciertos gobiernos en donde la prevención general se está convirtiendo en el centro de gravedad de la estrategia de sus responsables políticos. En este sentido, la actitud de los EEUU, adoptada en respuesta a los atentados del 11 de setiembre de 2001 (Patriotic Act de octubre del 2001) no ha hecho sino contribuir a que otros muchos países se animaran a seguir su ejemplo. Basta mencionar, entre otras, a tan discutida Ley de Prevención del Terrorismo de 2005 de Inglaterra (Prevention of Terrorism Act).⁶

5. (Subversión a los Principios del dogma penal garantizador propio del Estado Democrático Social de Derecho) Este es su efecto más tangible desde el punto de vista de nuestra ciencia.⁷ Citaremos, de modo sintético, las alteraciones más relevantes.⁸

5.1. (Sobre el Principio de culpabilidad). Ya hemos señalado en otros trabajos que la teoría de JAKOBS –y según sus propias palabras– implica la definitiva renuncia al concepto de culpabilidad sustituyéndolo por una noción funcional (“Strafrecht Allgemeiner

5 Cfr MORENO; Juan Damian: “¿Un Derecho procesal penal de enemigos?”, en *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso penal de la exclusión*, volumen I, coordinadores: CANCIO MELIA y GOMEZ-JARA DIEZ, Edisofer- D de F Editores, Buenos Aires. 2006, p 457 y ss) En el mismo sentido: CERVINI, Raúl: “Principios del Derecho Procesal Penal en un Estado Democrático Social de Derecho”, op. cit.

6 Cfr. REQUEJO RODRIGUEZ: “La suspensión individual de derechos fundamentales”, en *La defensa del Estado*, Valencia, 2004, p. 275.

7 Sobre el tema: CERVINI, Raúl: “De Von Kries a Jakobs. Reflexiones sobre la responsabilidad objetiva”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Domingo García Rada*, Editorial Adrus, Arequipa, 2006.

8 Sobre el tema CERVINI, Raúl “Principios del Derecho Procesal Penal en un Estado Democrático Social de Derecho” en *Estado de Direito*, año II, Nro. 11, Porto Alegre, octubre de 2007.

Teill. Die grundlagen und die zurechnungslehre”, 1983)⁹ para la cual sólo la idea de fin puede darle contenido, entendiéndola como prevención general cuya razón de ser es la “fidelidad para el derecho”. Esta concepción –se objeta con razón– sacrifica la función limitadora de la punibilidad propia del Principio de culpabilidad por la prevención general y sostiene que la represión penal del ciudadano no se rige ya por circunstancias personales, sino por criterios tan inasibles como la “fidelidad al derecho”.

Ante todo nos permitimos recordar un ilustrativo y poco frecuentado artículo, “El principio de culpabilidad” de 1993 y cuya traducción al español se realiza en 1997¹⁰. En esta pieza el Profesor de Bonn, reivindica como aspectos medulares de su concepción el “defecto cognitivo” y la “falta de fidelidad al ordenamiento jurídico”. Esto lo hace con una imagen tan ilustrativa como preocupante: “Quien desconoce el mundo exterior, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas...”

En el mismo texto JAKOBS resume su posición originaria sobre la culpabilidad de la siguiente manera:

En un mundo desmitificado, un defecto cognitivo en cuando error (pero no el que es consecuencia de indiferencia) es muestra de falta de competencia organizativa. Por ello, el defecto inevitable y sus consecuencias no forman parte del esbozo que una persona hace de la realidad; esa persona no tiene culpabilidad. En el caso del defecto evitable, la firmeza del Derecho penal se recorta considerablemente, la culpabilidad se halla disminuida. En una sociedad con Derecho positivo, lo anterior también rige respecto del conocimiento de la norma misma; éste sólo es susceptible de ser cuestionado por no considerarse la razón de la norma, la positividad, y no por desconocimientos puntuales. Como es posible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar

9 JAKOBS, Günther: “Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, 2da Edic. corregida, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José , Marcial Pons Ediciones Jurídicas SA, Madrid, 1997).

10 JAKOBS, Günther: “El principio de culpabilidad” en “Estudios de Derecho Penal,” recopilación, traducción de PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUAREZ GONZALEZ, Carlos J y CANCIO MELIA, Manuel, UAM Ediciones y Editorial Civitas SA, Madrid, 1997, pp. 365 y ss).

la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico” Sigue expresando: “Culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen individualmente a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol del que forma parte el respecto a la norma, especialmente el rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico. Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico sólo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente.

Tan sólo dos años después, en el texto de la ponencia general presentada por JAKOBS en las Jornadas alemanas de profesores de Derecho Penal reunidos en Rostock el 28 de mayo de 1995 (publicada originalmente en ZStW 107 1995, pp. 843-876) es autor redobla la apuesta respecto al alcance de su concepto funcional de culpabilidad, exclusivamente comunicacional y despojada de conciencia individual.

El rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho. Sin embargo, ¿se trata de un rol, de un modelo objetivo o más bien estamos hablando de subjetividad? Desde que el concepto psicológico de culpabilidad, si es que alguna vez ha existido tal concepto, fue reemplazado por el concepto normativo de culpabilidad, es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva, pues es absolutamente imposible que algo pueda servir de medida de sí mismo. Sin embargo, el concepto normativo de culpabilidad constituye sólo la medida, y no también (al menos de forma abierta) la persona que hay que medir. Esta constitución de lo que hay que medir la lleva a cabo el concepto funcional de culpabilidad, elaborando teóricamente lo que desde siempre ha venido sucediendo en la práctica: la constitución individual del sujeto es tomada en consideración exclusivamente en aquellos ámbitos en los que no hay que temer un desbordamiento incontrolable, mientras que en los demás se contempla como un asunto particular del ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al

Derecho. Con otras palabras, la individualidad sólo opera en beneficio del sujeto, en la medida que con ello no se perturbe el efecto generalizante del Derecho porque el conflicto se puede resolver de otro modo, sin recurrir a la imputación. Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan. Sólo en la medida que ese rol no se ve cuestionado, se puede tomar en consideración los datos ajenos al mismo.

Y concluye: el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es: personalización de los sujetos. No trato de afirmar que debe ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda teoría funcional...¹¹

Como vemos, a primera vista, la culpabilidad de JAKOBS es una culpabilidad cerrada, una culpabilidad jurídica con contenido jurídico e incluso el autor así lo indica ("Fundamentos del Derecho penal" 1996).¹² Analizada con más cuidado, se percibe que este autor directamente prescinde de la culpabilidad, toda vez que la prevención se limita a si misma. Estrictamente se abandona el concepto de culpabilidad sustituyéndolo por un paradigma funcional que observa como único contenido (prevención general) la fidelidad al derecho. La base de la responsabilidad es la pertenencia a la sociedad, la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. La pena buscará exclusivamente el reforzamiento de la confianza en el

11 JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional", traducción de CANCIO MELIA, M y FEIJO, B, en Cuadernos de conferencias y artículos No. 13, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996, pp. 46-47.

12 JAKOBS, Günther: "Fundamentos del Derecho penal", traducción de CANCIO MELIA, Manuel y PEÑARANDA RAMOS, Enrique (Universidad Autónoma de Madrid), Ad HOC, Buenos Aires, 1996, pp. 121 y ss).

derecho por parte del colectivo. De esta manera la persona termina instrumentalizada para la estabilización de los intereses sociales y se desconoce el principio universal de la dignidad del ser humano, sentando el arbitrio del legislador o del juez como única pauta válida para entender esta idea mecánica de culpabilidad.

Se dice que estamos ante una “falacia normativista” sustancialmente idéntica a la “falacia naturalista” ya que el este concepto de culpabilidad es carente de toda relación con cualquiera sustratos reales (por ejemplo, SHUNEMANN). Ello es muy cierto ya que se desestructura totalmente la concepción clásica de culpabilidad inspirada en un enfoque ontológico de acción y causalidad, con las desastrosas consecuencias que ello reporta en el campo de la seguridad jurídica, como ya lo demostró, sin ir más lejos, el derecho penal nazi fundado en planteamientos cercanos a éstos. Por ello con tremendo acierto ha señalado ZAFFARONI¹³ “estamos ante una culpabilidad jurídica con contenido jurídico, en realidad un concepto jurídico construido a la medida de un objetivo político”.

5.2. (Sobre la confusión entre dolo y culpa). Desdibuja peligrosamente as diferencias ente dolo y culpa mediante la intención de realizar el tipo versus la violación a un deber objetivo de cuidado al ejecutar una acción. Hoy, para JAKOBS y alguno de sus más conspicuos seguidores, la diferencia entre dolo y culpa es sólo cuestión de matices. El delito culposo existirá cuando se haya creado un riesgo desaprobado mediante un comportamiento descuidado, en tanto el delito doloso se dará cuando se haya creado también un riesgo desaprobado, pero mediante un comportamiento calificado como muy descuidado, mediante una grosera mala administración del rol.¹⁴

Respecto del concepto de dolo, JAKOBS toma un callejón sin salida. Originalmente lo define de un modo naturalista, pero también requiere una equiparación con lo que él ha denominado “imprudencia dirigida” (gerichtete Fahrlässigkeit). Con este término se refiere a la falta de conocimiento de la realización del tipo de indiferencia. La fundamentación que Jakobs otorga para esta equiparación es que el concepto tradicional de dolo establecido por el Derecho vigente es

13 ZAFFARONI, Raúl: “Derecho Penal-Parte General”- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 638).

14 Cfr. JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales - riesgo permitido-, - prohibición de regreso-y el principio de confianza” en recopilación “Estudios de Derecho Penal”. op cit. pp. 209 y ss).

desacertado en cuanto a la graduación del desvalor, pues el autor que desconoce por indiferencia la posibilidad de la lesión de un bien jurídico es igualmente peligroso para el ordenamiento jurídico.

En nuestro criterio esta fundamentación luce tan peligrosa como inconvincente en lo que respecta a la cuestión de fondo, pero es metodológicamente interesante, porque por un lado representa una clara ruptura en el normativismo radical que últimamente sostiene JAKOBS y, por otro lado, curiosamente a través de la misma pone en claro cómo debe presentarse la estructura de una argumentación no circular normativista. En la cuestión de fondo, el argumento de JAKOBS es desacertado, porque el autor absolutamente indiferente, y que por esa razón no ha reconocido la posibilidad de la lesión del bien jurídico, no posee la capacidad de conducción y, con ello, tampoco el dominio del hecho, de modo tal que su peligrosidad para el ordenamiento jurídico es sólo una contingencia casual y, en consecuencia, disminuida –como en los otros delitos imprudentes–. Por supuesto que, en lo que se refiere al aspecto metodológico, la argumentación de JAKOBS es, a su modo, una demostración estructuralmente correcta, es decir, desarrollada con ayuda de una reducción medio-fin desde los fines sociales concretos del Derecho Penal (a la luz de la protección del bien jurídico). Y justamente a través de ello se ve claramente que el nuevo sistema de Derecho Penal de JAKOBS es un callejón sin salida, una construcción cerrada en sí misma, acuñada en el pensamiento de Hegel como pared de fondo., al decir de SHÜNEMANN “Un sistema reducido a un círculo vicioso a través de la eliminación de fines externos (al sistema penal) fuera de la confirmación de la validez de la norma.”¹⁵

5.3. (Sobre el Principio de Legalidad). Desnaturaliza otro de los paradigmas más básicos y garantistas del derecho penal liberal: el principio de legalidad que exige al legislador una clara y precisa definición de las figuras legales descritas en los tipos. Mediante los conceptos señalados, la conducta típica será la “socialmente inadecuada” por haber “defraudado las expectativas sociales” depositadas en el desempeño de nuestro respectivo rol social conforme a “standards”. Interpretelo el que pueda.

15 SHÜNEMANN, Bernd: “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal” en Obras, Tomo I, Colección Autores de Derecho penal dirigida por Edgardo Alberto DONNA, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p.199)

El principio de legalidad, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y mismo el principio de culpabilidad como límite de la pretensión punitiva del Estado, se ven como antitéticos a una respuesta rápida y eficaz frente a la “nueva” criminalidad y se pretende sustituirlos por elementos de una teoría sistémica en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del Derecho para convertirse en un “sub-sistema físico-psíquico” al que el Derecho valora en la medida en que desempeña un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social. Naturalmente que también se ve afectado el principio de personalidad de la pena, ya que nada tiene que ver la necesidad de autoestabilización del sistema con el comportamiento del autor o con el propio hecho.

La alienación de la subjetividad y la centralidad del Hombre en beneficio de un sistema de aristas difusas llevan al desplazamiento del Hombre de centro y fin del Derecho a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales no siempre definidas con la necesaria claridad. En especial en la incriminación de responsabilidad penal el sujeto, de ser el fin de la intervención institucional, pasa a convertirse en el soporte psico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él, lo trascienden y de la cual ese Hombre de carne y hueso constituye únicamente un instrumento. El propio JAKOBS nos dice: “Al imponerse la perspectiva social en el injusto, también debe hacerlo en la culpabilidad. El Derecho Penal no conoce sujetos aislados, sino sólo sujetos que se comunican. Esto debería estar fuera de discusión en lo que se refiere a la falta de disposición para cumplir la norma, que constituye la esencia de la culpabilidad, se determina de manera objetiva: basta aquella medida de disposición que es necesaria para mantener la configuración de la sociedad; no basta una medida menor, y una medida mayor no es necesaria”.¹⁶

Por ello la exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el Derecho mediante la contraposición simbólica de la pena no constituye solamente el fundamento de ésta sino que, contemporáneamente, se perfila como el verdadero y último criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito y, desde otra perspectiva no menos

16 Cfr JAKOBS, Günther: “Fundamentos del Sistema Jurídico Penal”, ARA, Lima, 2005, p. 65; en términos similares JAKOBS, Günther: “Bases para una teoría funcional del Derecho Penal”, traducción de CANCIO MELIA, Manuel, FEIJO SANCHEZ, Bernarndo, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SANCINETTI, Marcelo A, y SUAREZ GONZALEZ, Carlos, Palestra Editores, Lima, 2000, pp. 43 y ss.)

preocupante, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad e individualizar la medida punitiva.

5.4. (Sobre las garantías) Este contexto revulsivo de tradicionales principios y garantías de la Ciencia Penal justifican nuestra preocupación inicial. La construcción funcionalista no parece comprometida con los postulados garantistas igualitarios que tanto esfuerzo costó imponer para la interpretación de las normas penales materiales y las procesales penales.

El funcionalismo penal usa y abusa de conceptos sociológicos que debilitan en alguna medida la precisión terminológica que permitió a la dogmática “tradicional” alcanzar los puntos más elevados de desarrollo teórico que ninguna de las restantes ramas del ordenamiento jurídico aún ha alcanzado, contribuyendo a la seguridad jurídica en materia penal, al robusteciendo los límites impuestos al derecho punitivo del Estado y por esa vía a la propia afirmación del Estado Democrático del Derecho.

Precisamente uno de los conceptos más nocivos de la estructura teórica promocional-funcionalista de JAKOBS se encuentra en la llamada Teoría del Enemigo. Esta, evidencia el notorio contraste entre la construcción teórica analizada y los Principios democráticos.

III. CONCEPTOS DE PERSONA Y ENEMIGO PARA JAKOBS

1. (Pilares de la Teoría de Jacobs) Corresponde recordar que la teoría funcional de JAKOBS se apoya en tres elementos esenciales: los conceptos de sociedad, norma (expectativas contrafácticas) y concepto de persona configurada socialmente (no como un ente natural y psicofísico).

Desde hace siglos el hombre se ha planteado qué hacer con aquéllos que no aceptan ser ciudadanos integrados y no se someten a la soberanía del Estado. ¿Qué hacer con aquéllos que no aceptan el contrato social (de forma expresa ni tácita) y que por tanto, no se ven sometidos al resultado de los acuerdos sociales más importantes, quedando al margen de las reglas sociales esenciales?

JAKOBS no se plantea la cuestión referida en términos individualistas-contractualistas sino que parte de la idea de que se trata de una definición del sistema jurídico. Éste decide qué características mínimas deben reunir los sujetos para ser considerados ciudadanos, por lo que aquéllos que no cumplen con esos requisitos mínimos no pueden ser tratados como ciudadanos

sino como enemigos, necesariamente discriminados como tales de toda seguridad jurídica

2. (Persona) Señala el mismo autor que ser humano es resultado de procesos naturales, en cambio persona es un producto social que se define como la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia. En tal caso, persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación.

Los niños o quienes padecen dolencias psíquicas como no personas, no constituyen personas, los enemigos tampoco son personas y por lo tanto el estado no puede ni debe tratarles como tales. La personalidad, como construcción exclusivamente normativa, es irreal y sólo puede mantenerse, y ser real si se da alguna corroboración cognitiva de ella, es decir, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona a partir de su orientación con base a lo lícito y lo ilícito. Cuando ya no existe expectativa de un comportamiento personal determinado por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, lo cual significa la aparición del individuo peligroso, el enemigo, quien debe ser excluido.¹⁷

Obtener una conducta por coacción y poder vincular mediante obligación a realizar un comportamiento son cosas distintas. Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma, a diferencia de lo que ocurre respecto de los ciudadanos, la relación con el enemigo no se determina por el derecho sino por la coacción.

Resalta SHUNEMAN que los axiomas Jurídico-filosóficos de JAKOBS referidos a la relación entre persona e individuo son justificadamente preocupantes. A su juicio, la separación del mundo del hombre y sus atributos naturales del mundo de la persona desdibuja su intrínseca dignidad y es, a los ojos de JAKOBS, tan profunda como la distinción hecha por Immanuel KANT entre el Yo como objeto de los fenómenos o las manifestaciones externas, por su lado, y el Yo inteligible, por el otro. En otras palabras, se trata de la distinción hecha entre el sujeto empírico y el sujeto trascendental. El paso del individuo a la persona, es, en palabras del JAKOBS, “el paso a otro mundo” y “aporta algo nuevo de forma mucho más radical que

¹⁷ Cfr. JAKOBS, Günther: “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal” Editorial Civetas SA, Madrid, 2003, pp. 15 y ss.)

si se tratara e una mera modificación en el mundo de la naturaleza, pues ésta, no establece de aquí en adelante ninguna medida más y no se encuentra (mas) en el ángulo del mundo personal, que por eso no toma nota de la verdad (de la naturaleza) a pesar de su eternidad". Con el mismo sentido igualmente radical, lo ha reiterado JAKOBS en el Prólogo de la 1a. edición de su Manual "...Un sujeto no es en esta concepción, quien puede producir o impedir un acontecimiento, sino quien puede ser competente para ello. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, poder-hacer, capacidad, culpabilidad y otros pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que reflejan niveles de competencia. Estos conceptos no le imponen al Derecho penal ningún modelo de reglas, sino que se originan a partir de las reglas penales y en relación a ellas"

Como vemos, para JAKOBS, el individuo pasa a ser persona "un igual digno de consideración frente al derecho" sólo a través de la cualidad de ser portador de un rol y destinatario de la norma. "y frente a una persona únicamente puede existir la expectativa de que se comportará sólo por "ser persona" de una determinada forma en determinada situación..."¹⁸ La base filosófico-jurídica del Profesor de Bonn consiste en que la sociedad humana se origina a través de la validez de normas en el sentido de expectativas de comportamiento cuyos destinatarios son portadores de roles.

Obviamente, si los concepto del sistema jurídico se deducen exclusivamente del sistema jurídico | mismo, sin tomar en cuenta las constataciones del mundo natural y la intrínseca dignidad humana, totalmente desconectados de los fines sociales concretos que imponen las condiciones ónticas de la estructura, esos conceptos jurídicos sólo podrán ser creados de un modo cerrado, respondiendo a una concepción radicalmente autopiética.¹⁹

18 JAKOBS, Günther: "Verantwortung in Recht und Moral", NEUMANN/SCHULZ (Copiladores), ARSP- Beiheft, 74, 2000, p. 57. Idem: "Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad". Editorial Civitas, Madrid, 2004 y "La idea de la normativización en la dogmática jurídico penal" Barra Nacional de Abogados AC, México D.F., 2002. p. 33.

19 Sobre el tema CERVINI, Raúl: "Derecho Penal Económico Democrático: Hacia una perspectiva integrada, en *Direito Penal Economico. Análise Contemporânea*, Coordinadores: Celso Sanchez Vilardi, Flavia Brasser Pereira y Theodomiros Dias Neto; Fundación Getulio Vargas, FGV-GVLaw, Editora Saraiva, San Pablo, enero 2009. Se expresa "...en nuestra concepción todos estos acercamientos preliminares serán insuficientes si no se comprende que el concepto y alcance del Derecho penal Democrático presupone –necesariamente– una perspectiva integrada, cimentada

3. (Enemigo) El enemigo según JAKOBS “es un individuo que no sólo de manera incidental, en su comportamiento... o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también especialmente, tráfico de drogas...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho”. En otras palabras: enemigos son autores susceptibles de culpabilidad que generan inseguridad.²⁰

Agrega Jakobs “el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho Penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Sólo puede ser tratado por el Estado como persona el que ofrece cierta seguridad cognitiva de comportarse de acuerdo con Derecho”.²¹

en las condiciones ópticas de la estructura social, en el reconocimiento de una esencia antropológica que trasunte un contenido de protección a la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo, como destinataria final de normas que protejan un bien jurídico determinable en su ofensividad. Todo ello sustentado en una participación democrática acorde al Estado Democrático Social de Derecho. Esto es: aquel que trasunta un cuadro de garantías suficientes frente a toda eventual pretensión punitiva exorbitante del Estado. Descartamos toda referencia a “*condiciones concretas de la estructura social*”, colocando en su lugar la expresión “*condiciones ópticas de la estructura social*”. La razón e ello es clarificar una postura que no es autopiética o funcionalista, sino básicamente ontologicista. Nuestra concepción apunta no sólo a una determinación- que bien puede ser meramente normativa- sino a la verdadera realidad subyacente y consecencial a dicha estructura. En todo caso, esa dirección ontologicista deberá estar relacionada (integrada) con una perspectiva normativista complementaria, que nos aparte de la tentación a sumergirnos en la mera “doxa”, o sea el conocimiento aparente de la realidad sensible que PLATON, tan sabiamente, distinguía de la “episteme”, o sea del conocimiento de la verdadera realidad, de las ideas y valores tangibles, que en nuestra concepción, hacen a la realización del Estado Democrático Social de Derecho y sus garantías”

20 Cfr. JAKOBS, Günther: “La pena estatal: Significado y finalidad, Editorial Civitas SA, Madrid, 2006, p. 83)

21 Cfr JAKOBS, Günther: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá 2000 y en el mismo sentido “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Serie Cuadernos de Conferencias y artículos No. 13, Primera reimpresión, traducción de CANCIO MELIA, Manuel y FEIJO, Bernardo, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998)

En obra conjunta con CANCIO MELIÁ (“Derecho penal del enemigo”, 2003)²² señala JAKOBS:

...el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos (no personas) a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo” “...la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pro. Precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado debe tratarlo ya como no persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”. Agrega en la misma obra: “...Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo y por ello excluido.

Como corolario de este desarrollo JAKOBS construye una doble lógica distinguiendo el derecho penal del ciudadano del derecho penal del enemigo. En el derecho penal del ciudadano, la pena trataría de comunicar, contrafácticamente al delincuente, que el delito que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de una norma. Por lo contrario, en el derecho penal del enemigo, la pena perdería toda su dimensión comunicativa y contrafáctica, pasaría a ser un simple instrumento de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales seres discriminados: los enemigos, no cometerán delitos en el futuro.

4. (Fases de su pensamiento). Corresponde señalar que el publicista JAKOBS ha pasado, hasta la fecha, por tres fases, en lo que refiere a la construcción del Derecho penal del enemigo.

A principios de 1985 durante el desarrollo del Congreso de penalistas alemanes (16- 19 de febrero) en Frankfurt am Main, el autor analizado presentó una ponencia en la cual constataba de

²² JAKOBS , Günther y CANCIO MELIA, Manuel : “ La teoría del enemigo” ---- 2003,

un modo crítico-descriptivo la presencia en la legislación (StGB) de algunos preceptos propios de lo que él denomina Feindstrafrecht o sea, el Derecho penal del enemigo. En esa época el primer JAKOBS consideraba que el Derecho penal del enemigo no tenía cabida en el Derecho Penal de un Estado democrático de libertades, ya que en dicha clase de Estado, sólo correspondería legítimamente referirse a un "Derecho penal de los ciudadanos."²³

En una segunda fase, durante la celebración de las Jornadas alemanas de profesores de Derecho penal de Berlín, en 1999, JAKOBS presentó el trabajo intitulado "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende"²⁴ en el cual el autor no sólo ofrece una descripción del Derecho Penal del enemigo que se puede encontrar en los ordenamientos jurídico-penales occidentales, sino que pasa de la descripción a la justificación. Procura legitimar que determinados sujetos tengan que ser tratados como **no personas** en el Derecho. Esta etapa dura hasta el año 2003.

A partir del 2003²⁵ y hasta el presente, por ejemplo en el Prologo de la edición argentina de su libro con CANCIO MELIÁ ("Derecho penal del enemigo" 2005)²⁶ el Profesor de Bonn, parece decidido a dar un paso hacia atrás, insistiendo en el carácter meramente descriptivo de su construcción, pero no renuncia a los elementos normativos de la personalidad y ello constituye una de los puntos más frágiles de su

23 JAKOBS, Günther: "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" (1985), en Estudios de Derecho penal, op. cit., pp. 297 y ss)

24 cit por JAKOBS, Günther: "La prohibición de regreso en el Derecho penal" obra colectiva con: NAUCKE, Wolfgang, OTTO, Harro y ROXIN, Klaus. Traducción de CANCIO MELIA, M y SANCINETTI, M; en Colección de Estudios No. 11, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, p. 120; Ver: "Derecho penal como disciplina científica". Editorial Civitas, Pamplona, 2006.

25 JAKOBS, Günther: "Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad," trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Sanfiz, Madrid, Thomson-Civitas, 2004; "El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003; "La pena estatal: significado y finalidad", trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.)

26 JACOBS: G y CANCIO MELIA, M: "Derecho penal del enemigo", Hammurabi, Buenos Aires, 2005. Jackobs afirma: "...Si el lector tuviera dudas acerca de si alguna de mis consideraciones se utilizan con intención descriptiva o normativa, me comprenderá mejor si elige la variante descriptiva, es decir, si intenta mirar conmigo el espejo de la sociedad de libertades. Las pocas acotaciones normativas sólo sirven para redondear la imagen..."

teoría, susceptibles de provocar el fenómeno de “*desestructuración democrática al desconocer la identidad inherente a todos los seres humanos*” que denuncia el Maestro napolitano Sergio MOCCIA.²⁷

IV. EL DESAPEGO A LOS FUNDAMENTALES PRINCIPIOS DE RESPECTO DE LAS CATEGORÍAS LÓGICO OBJETIVAS Y DE IGUALDAD Y DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA... A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

1. (Imposibilidad de la exclusión de la categoría de ciudadano) A esta altura debemos preguntarnos si en un Estado Democrático Social de Derecho ¿es posible distinguir y discriminar a los ciudadanos de enemigos y, en consecuencia, tomar a unos y a otros como destinatarios de ordenamientos jurídicos radicalmente diferentes? ¿Es posible la exclusión o el auto exclusión de un individuo de su status de ciudadano?

Desde nuestra posición y siguiendo el pensamiento de WELZEL²⁸ únicamente cabe conceder el carácter de Derecho a una regulación si esta parte del reconocimiento del hombre como persona responsable. La persona responsable constituye el polo superior, del cual pende toda teoría jurídica, si es que quiere reconocerse al Derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder. Agrega el autor que todo mandato que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica tiene que reconocer a esta persona como persona. En caso contrario, la regulación queda reducida a mero ejercicio de fuerza o coacción desvinculada del Derecho.

En el mismo sentido ZAFFARONI sostiene que el Derecho penal debe partir de que tanto los conflictos para los que proyecta decisiones como las consecuencias que establece, tienen lugar en un mundo físico y en una realidad social “protagonizada por la interacción de personas dotadas de un psiquismo que tiene sus estructuras”²⁹. Ni la realización del Derecho ni su realidad son categorías que puedan llenarse con cualquier contenido, sino que es precisamente en ellas en que adquiere forma, existe realmente y se manifiesta el concepto de Derecho en su plenitud democrática. El punto de partida del Derecho es la voluntad libre. Desde esta perspectiva, toda despersonalización

27 MOCCIA, Sergio: “La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 52 y ss;)

28 WELZEL: “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Aguilar, Madrid, 1971)

29 ZAFFARONI, Raúl: “Derecho Penal...op. cit p. 670)

aparece más como una derrota que como un paso hacia la realización del paradigma de la libertad realizada. El sujeto de imputación debe ser el hombre en la medida en que actúa responsablemente. Por eso mismo, el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también será el hombre y no “la persona” como ente lequía instrumental portadora de roles en el marco de una estrategia promocional-funcionalista. Y confirma SCHÜNEMANN. “*El mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto sino a un hombre real de carne y hueso*”.³⁰

2. (El Hombre responsable como exclusivo sujeto de imputación)
De lo expuesto concluimos que en el Derecho penal, el sujeto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, por una persona entendida como una construcción instrumentalizada social y normativa, sino que dicho sujeto sólo puede estar representado por el HOMBRE, por el individuo humano y como tal portador de capacidad de decisión y atributo de responsabilidad individuales.

En el Derecho penal, como en todo ordenamiento jurídico de “conductas humanas” el recurso al punto de vista valorativo de la concepción del hombre, como persona responsable, no puede limitarse en modo alguno a un concepto normativo de persona, sino al substracto ontológico de la persona responsable. Dicho substracto no puede estar constituido exclusivamente por un ser individual empírico, despojado de sus esenciales identidades y dignidades propias de ser humano.

La concepción del Hombre como persona responsable, si no quiere despegarse totalmente del mundo real, solo será posible a partir del reconocimiento en el referido hombre empírico, de ciertas propiedades y estructuras ónticas previas.

Si el Derecho, respetando el principio de las categorías lógico-objetivas, no se dirige al mundo de las cosas, ni de los animales ni a las fuerzas naturales, sino al HOMBRE, entonces habrá de ser la estructura óntica del ser humano lo primero a tomar en consideración. La concepción del ser humano como persona responsable, sólo resulta posible, si la estructura óntica del ser humano es portadora de las condiciones de posibilidad de dicha concepción, erigida como criterio

30 SCHÜNEMANN: “La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal” en Obras, Tomo I, Colección Autores de Derecho penal dirigida por Edgardo Alberto DONNA, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 188... Antes publicada en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

valorativo en un marco de identidad de sustancia. Si una regulación tiene por objeto conductas humanas, sólo cabrá reconocerle el carácter de Derecho en el caso de que la misma respete la estructura lógico objetiva fundamental que impone la concepción del hombre como persona responsable, mientras que si la violenta, ya no debe poder ser comprendida como Derecho, sino como mero dispositivo de fuerza y coacción, inequívocamente discriminador.

3. (Sobre la necesaria trascendencia óptica en una concepción normativista atemperada) La estructura ontológica del ser humano, que debe respetar el Derecho, está constituida por todo aquello que fundamenta la Dignidad Humana (libertad ética).

Ya PUFENDORF (“De iure naturae et gentium”), siguiendo un pensamiento que la tradición literaria ha adjudicado al poeta Homero, decía “*en la mera expresión de Hombre, hay alguna dignidad*” y ella no surgía de ninguna idea racional de la esencia del hombre, sino más bien del hombre empírico y sus atributos.³¹

La Dignidad del hombre radica: a) en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir. Ello, por ser un ser éticamente libre; b) en su sociabilidad, la capacidad de libre vinculación al orden ético social de la comunidad,

Esta Dignidad corresponde, de modo igual, a todos los hombres, tanto aquel que consideramos respetuoso de la ley, como aquel que decidiera apartarse por completo de la comunidad, vivir al margen de la sociedad, e incluso, oponerse frontalmente al orden de la misma. No existe razón para negar que una decisión semejante no sea expresión de un hombre éticamente libre. Estos sujetos “disidentes, a-funcionales” deben también ser reconocidos como personas responsables y ser tratadas como tales, es decir, de acuerdo a su intrínseca dignidad humana.

Recuerda FERRAJOLI,³² desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, hombre y ciudadano constituyen dos status subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales, los de la personalidad que corresponden por igual a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas y los de la ciudadanía que corresponden exclusivamente a los ciudadanos. Entre los Derechos del Hombre en

31 PUFENDORF, S., “De iure Naturae et Gentium” libri octo. Ed. G. Mascovius, reprint. 1759, Frankfurt am Main, 1967, L. I, cap. II, parágrafo 2, p. 23)

32 FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón”, Trotta, Madrid, 2001)

cuanto individuo humano, la Declaración enumera en sus artículos 7 a 10 las garantías del habeas corpus y todas las garantías penales y procesales. Estas garantías del hombre deben considerarse intangibles con respecto de todos ellos, y en su violación hay que ver siempre un atentado a la Dignidad intrínseca del ser humano.

Si nos situamos en el plano ontológico de la Dignidad Humana, no hay ninguna base para excluir a ningún hombre de la sociedad, pues esa Dignidad la tienen todos por igual, condición (la igualdad) que constituye el cerne de todos y no puede ser negada a ninguno. Se trata de una situación de igualdad en el Derecho, cuyo fundamento radica en la capacidad de elegir y en la sociabilidad que está dada en la naturaleza humana como tal.

Es precisamente la idea fuerza de la Dignidad Humana vinculante para el Derecho el argumento más fuerte y respetuoso frente a la tan promocionada construcción teórica avalorada y discriminante que conocemos como el "Derecho penal del enemigo".

BIBLIOGRAFÍA

CERVINI, Raúl: "Derecho Penal Económico Democrático: Hacia una perspectiva integrada, en *Direito Penal Economico. Análise Contemporânea*, Coordinadores: Celso Sanchez Vilardi, Flavia Brasser Pereira y Theodomiro Dias Neto; Fundación Getulio Vargas, FGV-GVLaw, Editora Saraiva, San Pablo, enero 2009.

-----"La herencia dogmática: Esquema de la evolución de la Teoría del Delito en la doctrina europea", en 3 entregas de *www.direitocriminal.com.br* del 12.12.2001 a 22.12.2001; y *Cuadernos del Curso de Especialización en Derecho Penal de la Empresa*- Facultad de Derecho Getulio Vargas del San Pablo- M. 12/ marzo de 2004.

-----"Principios del Derecho Procesal Penal en un Estado Democrático Social de Derecho" en *Estado de Direito*, año II, Nro. 11, Porto Alegre, octubre de 2007.

-----De Von Kries a Jakobs. Reflexiones sobre la responsabilidad objetiva", en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Domingo García Rada*, Editorial Adrus, Arequipa, 2006.

JAKOBS, Günther: "Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", 2da Edic. Corregida, traducción de CUELLO

CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José, Marcial Pons Ediciones Jurídicas SA, Madrid, 1997.

-----“Estudios de Derecho Penal,” recopilación, traducción de PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUAREZ GONZALEZ, Carlos J y CANCIO MELIA, Manuel, UAM Ediciones y Editorial Civitas SA, Madrid, 1997.

-----“Acción y omisión en el Derecho penal”. Traducción de L. C. Rey Sanfíz y J. Sanchez-Vera. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000.

-----“Bases para una teoría funcional del Derecho Penal”, traducción de CANCIO MELIA, Manuel, FEIJO SANCHEZ, Bernanrdo, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SANCINETTI, Marcelo A, y SUAREZ GONZALEZ, Carlos, Palestra Editores, Lima, 2000.

-----“Ciencia del Derecho: ¿Técnica o humanística?” Traducción de M. Cencio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

----- “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), en Estudios de Derecho penal, op. cit.

-----“Derecho penal como disciplina científica”. Editorial Civitas, Pamplona, 2006.

-----“Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad,” trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Luis Carlos Rey Santis, Madrid. Thomson-Civitas, 2004.

-----“El concepto jurídico penal de acción”. Traducción de M. Cancio Meliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

-----“El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003.

-----“Fundamentos del Derecho penal”, traducción de CANCIO MELIA, Manuel y PEÑARANDA RAMOS, Enrique (Universidad Autónoma de Madrid), Ad HOC, Buenos Aires, 1996.

-----“Fundamentos del Sistema Jurídico Penal”, ARA, Lima, 2005.

-----“Injerencia y dominio del hecho: Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal”. Traducción de M. Cancio Meliá., Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

-----“La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá 2000.

-----“Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”. Serie Cuadernos de Conferencias y artículos No. 13, Primera reimpresión, traducción de CANCIO MELIA, Manuel y FEIJO, Bernardo, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

-----“La competencia por organización en el delito omisivo” Traducción de E. Peñaranda Ramos. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

-----“La pena estatal: significado y finalidad”. Traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Editorial Civitas, Pamplona, 2006.

-----“Moderna dogmática penal: Estudios compilados”. Prol. Eduardo López Betancourt. Librería de Porrúa Hnos. y Cia. México D. F., 2006.

-----“Problemas capitales del derecho penal moderno”: en *Homenaje a Hans Wezel a los 20 años de su fallecimiento*. Coautor Eberhard Struensee. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

-----“¿Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.

-----“Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: Estudio sobre la relación entrejuridicidad y eticidad”. Traducción de M. Cancio Meliá y M. A. Sancianetti Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

-----“Sobre la génesis de la obligación jurídica”, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2000.

-----“Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal” Editorial Civitas SA, Madrid, 2003.

-----“Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2004.

-----“Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducción de CANCIO MELIA, M y FEIJO, B, en Cuadernos de conferencias y artículos No. 13, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996,

-----“Suicidio, eutanasia y derecho penal”. Traducción de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez. Librería Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-----“Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad”, Seminario con Günther Jakobs en la UAM. Eds. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez. Prowl. Günther Jakobs. Editorial Civitas. Madrid, 2008.

----- “Verantwortung in Recht und Moral”, NEUMANN/SCHULZ (Copiladores), ARSP- Beiheft, 74, 2000.

JAKOBS, Günther: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel: “Derecho Penal del Enemigo”, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel: “El Derecho Penal del Enemigo” Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

JAKOBS, Günther, NAUCKE, Wolfgang, OTTO, Harro y ROXIN, Klaus: “La prohibición de regreso en el Derecho penal” obra colectiva, traducción de CANCIO MELIA, M y SANCINETTI, M; en *Colección de Estudios* No. 11, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998.

FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón”, Trotta, Madrid, 2001.

MOCCIA, Sergio: “La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.

MOCCIA, Sergio: “La Perenne Emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

MORENO; Juan Damian: "¿Un Derecho procesal penal de enemigos?", en *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso penal de la exclusión*", volumen I, coordinadores: CANCIO MELIA y GOMEZ-JARA DIEZ, Edisofer- D de F Editores, Buenos Aires. 2006.

PUFENDORF, S., "*De Iure Naturae et Gentium*" libri octo. Ed. G. Mascovius, reprint. 1759, Frankfurt am Main, 1967.

REQUEJO RODRIGUEZ: "La suspensión individual de derechos fundamentales", en *La defensa del Estado*, Valencia, 2004.

SCHUNEMANN: "La relación entre el ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal" Vers. Ampl. en *Obras*, Tomo I, Colección Autores de Derecho penal dirigida por Edgardo Alberto DONNA, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009. Antes publicada en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

ZAFFARONI, Raúl: "Derecho Penal-Parte General"- Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

WELZEL: "Introducción a la Filosofía del Derecho", Aguilar, Madrid, 1971.



LA MIGRACIÓN CON DIGNIDAD PARA LA JUSTICIA CLIMÁTICA: LA SITUACIÓN DE LOS PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES EN DESARROLLO¹

Susana Borràs

Profesora Contratada; Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales; Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universidad Rovira i Virgili.

INTRODUCCIÓN

La degradación del medio ambiente ha sido un factor promotor de los movimientos forzados de población, puesto que las personas huyen para sobrevivir a desastres naturales o se desplazan, a raíz de condiciones ambientales difíciles y deterioradas, en busca de oportunidades en otras partes. Es posible que el cambio climático exacerbe los desastres repentinos y latentes así como la degradación ambiental paulatina e incida en la migración en todas partes del mundo².

Los efectos ya conocidos del cambio climático van a afectar muy especialmente a los pequeños Estados insulares en desarrollo, en la pérdida de territorio y en el movimiento forzado de sus poblaciones³.

1 Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto DER2013-44009-P, cuyo investigador principal es el Dr. Antoni Pigrau Solé, con el título "Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: hacia una matriz conceptual para la gobernanza global" (2014-2016).

2 El ex Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante, en su informe final de 2011 al Consejo de Derechos Humanos, señaló la creciente pertinencia del cambio climático y sus efectos sobre los desplazamientos de personas y recomendó que se ampliaran los estudios relativos a los efectos del cambio climático y del medio ambiente sobre la movilidad de los seres humanos (A/HRC/17/33, párrs. 47 a 62). Véase también a KÄLIN, W., "Conceptualizing Climate-Induced Displacement", en *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, págs. 81 a 103, Jane McAdam, compiladora (Hart Publishing, Portland, Oregon, 2010).

3 Los pequeños Estados insulares en desarrollo son los siguientes. En África y regiones del Océano Índico y el Mar de China: Cabo Verde, Comoras, Guinea Bissau, Maldivas, Mauricio, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Singapur. En la Región del

En la actualidad se calcula que son alrededor de 634 millones de personas en el mundo que viven en territorios por debajo del nivel del mar y que son, por lo tanto, altamente vulnerables a los efectos del cambio climático⁴.

En el presente artículo se analiza el fenómeno del movimiento forzado de poblaciones de los pequeños Estados insulares que, como consecuencia de los efectos de la alteración climática, se verán forzados a sobrevivir en otro territorio. Este análisis pretende poner de manifiesto como frecuentemente, el tratamiento que se da al problema de la inmigración no parte de un análisis de las causas, para después actuar sobre ellas, sino que se centra en las consecuencias negativas para el orden público o la seguridad nacional. De este modo, se dan soluciones para erradicar las consecuencias y no las causas, siendo así que el objetivo prioritario no es la protección de los derechos humanos, sino el de orden público. Esta realidad plantea una doble preocupación: por una parte, la obligación de proteger a estas personas y la responsabilidad de los Estados que más han contribuido a generar la vulnerabilidad de los pequeños Estados insulares en desarrollo; y, por otra, la dignidad que merece cualquier persona, ante una situación de estas dimensiones, como es la originada por el cambio climático.

Partiendo de estas consideraciones iniciales se analizará, en primer lugar, la situación de vulnerabilidad de las poblaciones de los pequeños Estados insulares en riesgo de perder no sólo su hábitat, sino también la realidad de su propio Estado y como el traslado de la población se ha convertido en una estrategia de adaptación necesaria a los efectos adversos del cambio climático. En segundo lugar, se abordaran las posibilidades jurídicas para procurar una adecuada protección de los derechos más fundamentales, desde la posibilidad de aplicar el estatuto de refugiado, a la protección a

Caribe: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Cuba, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago. Y en la Región del Pacífico: Fiji, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Salomón, Kiribati, Micronesia, Nauru, Niue Palau, Papua Nueva Guinea, Samoa, Timor-Leste, Tonga, Tuvalu, Vanuatu.

4 Las cantidades precisas con respecto a los migrantes del medio ambiente presentan considerables variaciones, y las estimaciones de la cantidad de personas que probablemente resultarán desplazadas a raíz del cambio climático oscilan entre 50 millones y 250 millones para el año 2050. STERN, N., *Stern Review on the Economics of Climate Change*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2006, p. 77, indica que la cantidad de 250 millones refleja una hipótesis "prudente" como base de la cuantificación de los desplazamientos inducidos por el cambio climático.

través del Derecho internacional de los derechos humanos hasta la aplicación del estatuto de apatridia. Finalmente, se reflexionará sobre la necesidad de “migrar con dignidad” a efectos de procurar la seguridad y el bienestar de la población de estos Estados.

1. LA VULNERABILIDAD DE LOS PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES EN DESARROLLO

De acuerdo con el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, hay “pronunciadas diferencias entre distintas regiones”⁵. Lo probable es que los más afectados sean los Estados en desarrollo que enfrentan múltiples factores de estrés, en particular en África, Asia y Oceanía: megadeltas, pequeños Estados insulares en desarrollo, zonas costeras de baja altitud y tierras áridas, son los lugares más expuestos a la migración por razones ambientales.

Es la primera vez que se reconoce a los pequeños Estados insulares en desarrollo como grupo bien definido de países en desarrollo en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, en 1992. Un total de 179 países aprobaron el Programa 21, que reconoce que «los pequeños Estados insulares en desarrollo [...] constituyen un caso especial tanto para el medio ambiente como para el desarrollo [...] [y] se los considera sumamente vulnerables al calentamiento de la Tierra y a la elevación del nivel del mar».

En abril de 1994, la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo aprueba el Programa de Acción de Barbados⁶. Este Programa establece acciones y medidas específicas a nivel nacional, regional e internacional como apoyo a los pequeños

⁵ Véase: Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, R.K. Pachauri y A. Reisinger, compiladores, *Climate Change 2007: Synthesis Report*, Contribución de los Grupos de Trabajo I, II y III al Cuarto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Ginebra, IPCC, 2007, p. 65.

⁶ Establecido por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 47/189, la ONU Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo, se celebró en Barbados desde abril 25 a mayo 6, 1994. Consultar el documento en línea, Informe de la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, Bridgetown (Barbados), 26 de abril a 6 de mayo de 1994, en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.167/9> (Consultado el 3 de marzo de 2015).

Estados insulares en desarrollo. Algunas de las áreas de acción son: el cambio climático y la elevación del nivel del mar, los desastres naturales y medioambientales, los recursos energéticos, el turismo, la biodiversidad, los recursos marinos, el transporte y la comunicación, y la ciencia y la tecnología.

Posteriormente, en septiembre de 1999, la Asamblea General evalúa el progreso realizado tras cinco años de aplicación del Programa de Acción de Barbados. La Asamblea reconoce que el progreso es “desigual” y señala las tendencias principales, en particular la creciente globalización, el aumento de las desigualdades en materia de ingresos y un deterioro constante del medio ambiente mundial. Asimismo, alertó de que la subida del nivel de los mares puede sumergir islas de baja altitud y destacó la importancia de la resistencia y la preparación ante los desastres naturales. La Asamblea apuntó áreas prioritarias de actuación como la mejora de las fuentes de agua potable, el desarrollo de la energía solar y renovable para aligerar la excesiva dependencia de la importación de petróleo, y la gestión de un turismo creciente que proteja el medio ambiente y la integridad cultural.

En 2005, se aprobó la Estrategia de Mauricio para la ejecución ulterior del Programa de Acción para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo. La Estrategia establece medidas en 19 esferas prioritarias, incluidos los temas originales del Programa de Acción de Barbados⁷.

Estas iniciativas internacionales se deben a que muchos pequeños Estados insulares y/o Estados con zonas costeras bajas son particularmente vulnerables a los impactos del cambio climático, incluyendo el desplazamiento de toda la nación. Estos efectos incluyen la pérdida de tierras costeras e infraestructura debido a la erosión, las inundaciones, el aumento del nivel del mar y las tormentas; el aumento de la frecuencia y la severidad de los ciclones, con la consiguiente amenaza a la vida, la salud y las viviendas; el detrimento de los arrecifes de coral, con las resultantes repercusiones en la seguridad alimentaria

⁷ Estrategia adoptada en la Reunión Internacional para examinar la ejecución del Programa de Acción para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo, celebrada en Port Louis del 10 al 14 de enero de 2005, A/CONF.207/11 Naciones Unidas. Consultar el Informe de la Reunión Internacional para examinar la ejecución del Programa de Acción para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo Port Louis (Mauricio), 10 a 14 de enero de 2005. Documento disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.207/11> ((consultado el 3 de marzo de 2015).

y los ecosistemas de los cuales dependen los medios de subsistencia de muchos isleños; el cambio de los patrones de lluvia, provocando inundaciones en algunas zonas, sequías en otras y amenazas a los suministros de agua potable; la intrusión de agua salada en los campos agrícolas; y las temperaturas extremas⁸.

Con el tiempo, los efectos acumulativos, cuando son exacerbados por presiones preexistentes como el hacinamiento, el desempleo, la infraestructura deficiente, la contaminación, la fragilidad del medio ambiente, etc., pueden hacer que estos territorios sean inhabitables. Y el cambio climático puede generar un “punto de inflexión”. En particular, la falta de reservas de agua potable por la disminución de las aguas superficiales será la razón principal por la cual las personas ya no podrán permanecer ahí. Por lo tanto, es probable que la gran mayoría de la población tenga que irse mucho antes de que la tierra sea sumergida por el aumento del nivel del mar. Al igual que los procesos del cambio climático, los movimientos de personas fuera de los pequeños Estados insulares y los Estados con zonas costeras bajas probablemente serán lentos y graduales, mientras que algunos eventos, como los ciclones o las grandes mareas, pueden provocar movimientos más abruptos, aunque probablemente temporales (e internos).

Así, el cambio climático podría afectar los movimientos de población de las siguientes maneras: una mayor frecuencia e intensidad de desastres naturales repentinos y latentes, relacionados con cuestiones climáticas que entrañen riesgo de situaciones de emergencia humanitarias y los consiguientes movimientos de población; consecuencias adversas del calentamiento global, la variabilidad climática y otros efectos del cambio climático en los medios de sustento, la salud pública, la seguridad alimentaria y la disponibilidad de agua, podrían exacerbar vulnerabilidades preexistentes y propiciar la migración; la subida del nivel del mar podría hacer que muchas zonas costeras e islas bajo el nivel del mar dejaran de ser habitables; la competencia por recursos naturales que escasean podría dar lugar a tensiones y a conflictos, que a su vez podrían propiciar una migración forzosa.

Por lo tanto, la principal consecuencia de esta vulnerabilidad climática es la necesidad de adaptación, como la reubicación y/o la migración planificada de las poblaciones afectadas. Ya en 1990, el

⁸ Declaración Otin Taai: Declaración y recomendaciones de la Conferencia de Iglesias del Pacífico sobre el Cambio Climático, Tarawa, Kiribati, marzo de 2004

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático de Naciones Unidas (IPCC) advertía que el desplazamiento forzado de personas “podría ser de las consecuencias más graves” del calentamiento global, estimando entre 150 a 250 millones las personas que podrían ser afectadas hacia el 2050⁹.

Uno de los casos representativos de esta realidad es el de Kiribati, un archipiélago compuesto por 33 atolones y una isla volcánica ubicada a 2,152 kilómetros al sur de Hawai, en el océano Pacífico. El punto más alto de esa nación es de 4 metros sobre el nivel del mar. En las diferentes islas viven poco más de 103,000 personas sobre 3,5 millones de kilómetros cuadrados, lo que convierte al archipiélago en un lugar de alta densidad poblacional. Kiribati se enfrenta a las consecuencias del cambio climático: se estima que cada año el agua sube de nivel por lo menos 3.7 milímetros. Por la topografía de las islas, ese aumento del nivel del mar se traduce en varios metros de playa perdidos por año. Esto es grave para los habitantes de Kiribati, ya que la población se concentra en su totalidad a un kilómetro del mar. En el caso de Kiribati, como muchos otros pequeños Estados insulares, el movimiento de población es como solución forzada, como una estrategia de sobrevivencia y una estrategia de adaptación¹⁰.

2. MIGRAR COMO ESTRATEGIA DE ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO

Los movimientos de población han sido una estrategia natural de adaptación de los humanos a las variabilidades del medio ambiente; las barreras jurídicas (y a veces físicas) de ingreso impuestas actualmente por los Estados limitan considerablemente la capacidad de muchas personas de acceder a opciones migratorias. La anticipación y la planificación del movimiento poblacional frente a los efectos del cambio climático pueden evitar los trastornos, la pérdida de la propiedad y la pérdida de vidas, así como la afluencia abrupta de personas que se desplazan de forma espontánea.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de 1992 y su Protocolo de Kioto de 1997 no

⁹ Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. Naciones Unidas, IPCC (1990).

¹⁰ Sobre Kiribati, consultar: Para más información sobre esta política consultar: <http://www.climate.gov.ki/2013/02/12/i-kiribati-want-to-migrate-with-dignity/> (Consultada el 3 de marzo de 2015).

hacen referencia explícita al desplazamiento o la migración¹¹. Estos instrumentos se centran en la adaptación y la mitigación del cambio climático y en los correspondientes mecanismos de financiación y apoyo. Sin embargo, los Acuerdos de Cancún de 2010 invitan a todas las partes a llevar a cabo acciones de adaptación, incluyendo “medidas para mejorar la comprensión, coordinación y cooperación relacionadas con el cambio climático a nivel nacional, regional e internacional que induce al desplazamiento, la migración y la reubicación planeada.”¹²

Ante la vulnerabilidad de su situación, algunos países, entre ellos Tuvalu, ya están negociando acuerdos con países vecinos para reubicar a sus poblaciones¹³. Otros Estados, como Maldivas, comenzaron a ahorrar a fin de comprar tierras para su población en el futuro¹⁴. En el caso de Kiribati, por ejemplo, busca territorios cercanos donde podría trasladar a su población. Después de negociaciones con Fiji, Kiribati compró 3.000 hectáreas de territorio. Aunque la otra alternativa sería que Fiji donara terreno a Kiribati o que se aceptaran a los kiribatianos en calidad de refugiados.

En el Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) se reconoció que la migración puede ser una estrategia efectiva de adaptación al cambio ambiental y climático¹⁵.

11 Véase *ILM*, vol. 31, 1992, p. 851. Instrumento de ratificación de la **Convención** Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Nueva York el 9 de mayo de 1992. BOE. Boletín Oficial del Estado (España) núm. 27, 1 de Febrero de 1994.

12 Decisión 1/CP.16, Acuerdos de Cancún: Resultados de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo el marco de la Convención, en el Informe de la Conferencia de las Partes sobre su decimosexto período de sesiones, Suplemento, Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes, FCCC/CP/2010/7/Add.1 15 de marzo de 2011, párr. 14 (f).

13 CROUCH, B., *Tiny Tuvalu in 'save us plea' over rising seas*, Adelaide, Australia, *Sunday Mail*, 5 de octubre de 2008.

14 REVKIN, A., Maldives Considers Buying Dry Land if Sea Level Rises, *The New York Times*, noviembre de 2008; DOHER, B., “Climate Change Castaways Consider to Move to Australia”, *The Sydney Morning Herald*, 7 de enero de 2012. Véase también el informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, misión a Maldivas (A/HRC/19/54/Add.1).

15 IPCC, 2014: Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad – Resumen para responsables de políticas. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [Field, C.B., V.R. Barros, D.J. Dokken, K.J. Mach, M.D. Mastrandrea, T.E. Bilir, M. Chatterjee, K.L. Ebi, Y.O. Estrada, R.C. Genova, B.

Asimismo, el documento de trabajo interno de la Comisión Europea sobre Cambio climático, degradación medioambiental y migración señala que la migración tiene el potencial de contribuir de diversas maneras a la adaptación¹⁶. La migración puede ayudar a las personas a gestionar los riesgos, a diversificar sus medios de subsistencia, y hacer frente a los cambios ambientales que inciden en sus vidas¹⁷.

En este sentido, el movimiento preventivo, sin dejar de ser forzado, es una respuesta racional de adaptación¹⁸. Al respecto, es importante considerar que los movimientos de población son un fenómeno particularmente complejo, ya que con frecuencia es temporal, circular y/o estacional. En el caso objeto de análisis, el movimiento es definitivo, sin posibilidad de retorno y es forzado, porque es importante recordar que la mayoría de las personas no quiere dejar sus comunidades y que aquellos que no pueden salir pueden ser particularmente vulnerables a los efectos del cambio climático. Por lo tanto, las estrategias de adaptación deben apoyar tanto a los que se van, como a los que se quedan, aunque sea de forma provisional.

3. LA PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL ESTATUTO DE REFUGIADO

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define la migración como un “movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas, que

Girma, E.S. Kissel, A.N. Levy, S. MacCracken, P.R. Mastrandrea y L.L. White (eds.)). Organización Meteorológica Mundial, Ginebra, Suiza, 34 págs.

16 COMISIÓN EUROPEA (2013), *Climate change, environmental degradation, and migration*. Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: An EU Strategy on adaptation to climate change. SWD (2013) 138 final. Comisión Europea, Bruselas.

17 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Seminario De Expertos: Migración y Medio Ambiente*. Diálogo Internacional sobre la Migración N°10. OIM, Ginebra, 2008.

18 Para más detalles, consulte, OIM, Políticas de migración, cambio climático y medio ambiente (2009), disponible en: www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/activities/env_degradation/iom_policybrief_may09_es.pdf.

incluye migración de refugiados, personas desplazadas, migrantes económicos¹⁹.

La mayor parte de la doctrina coincide en definir como migrante ambiental, independientemente de su concreto estatuto jurídico, a toda persona que abandona su territorio de residencia habitual debido principalmente o de forma muy importante a impactos ambientales, ya sean graduales o repentinos, y ya se mueva dentro de un mismo Estado o atraviese fronteras internacionales²⁰.

A pesar de existir numerosas denominaciones para referirse a los movimientos forzados de población en función de su realidad, la situación de la desaparición de pequeños Estados insulares en desarrollo plantea la adecuación de la protección de sus habitantes mediante la aplicación del estatuto de refugiado²¹.

La definición legal de “refugiado” y los derechos de los refugiados figuran en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de

19 Véase Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Cambio climático, degradación ambiental y migración. Diálogo Internacional Sobre La Migración, núm. 18, OIM, Ginebra, 2012.

20 Vid. EL-HINNAWI, E., *Environmental Refugees*, United Nations Environment Programm, Nairobi, Kenya, 1985, p. 4; SUHRKE, A., VISENTIN, A., “The environmental refugee: a new approach”, en *Ecodecision*, septiembre, 1991, pp. 73-74; STOETT, P. J., *Environmental refugees: conceptual problems and international mitigation*, 1993; SUHRKE, A., “Environmental degradation and population flows”, en *Journal of International Affairs*, 47(2), 1994, pp. 473-496; VLACHOS, E., “International migration and environmental refugees”, en Ramphal, S., Sinding, S., *Population growth and environmental issue*, Wesport, Praeger, 1996; KLIOT, N., *Environment, Migration and Conflict: A Critical Review*, University of Haifa, Israel, 2000; KEANE, D., “The Environmental Causes and Consequences of Migration: A Search for the Meaning of Environmental Refugees”, en *Georgetown International Environmental Law Review*, 2004; CASTILLO, J. M., *Migraciones ambientales. Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI*, Virus editorial, 2011, p. 4. También, BORRAS PENTINAT, S., “Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol XIX, N° 2, 2006, pp. 85-108, entre otros.

21 La definición usual de “refugiado medioambiental” proviene de informe de El-Hinnawi del programa de medio ambiente de las Naciones Unidas: “Environmental refugees are defined as those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporary or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By ‘environmental disruption’ in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life”. Ver EL-HINNAWI, *Environmental Refugees*. Nairobi: United Nations Environmental Programme, 1985, p. 4.

1951 y su Protocolo de 1967. De acuerdo con este acervo jurídico, un “refugiado” se define como alguien que: “(...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”²². En relación con este concepto es necesario apuntar, en primer lugar, que la definición de refugiado sólo se aplica a las personas que ya han cruzado una frontera internacional. Este elemento se cumpliría en el caso de los pequeños Estados insulares en desarrollo, pues la desaparición de su territorio nacional conllevaría, irremediablemente, el traslado de su población hacia territorios situados bajo la jurisdicción de otros Estados.

En segundo lugar, existen dificultades en la caracterización del “cambio climático” como “persecución”. La “persecución” implica violaciones de los derechos humanos que son suficientemente graves, debido a su naturaleza inherente o debido a su repetición²³. Al respecto, el ACNUR organizó una mesa redonda de expertos sobre cambio climático y desplazamiento que se celebró en Bellagio, Italia, del 22 al 25 de febrero de 2011, con el apoyo de la Fundación Rockefeller. En esta reunión se rechazó el uso de los términos “refugiado climático” y “refugiado ambiental”, ya que son inexactos y engañosos²⁴. En este sentido, parte del problema en el contexto del cambio climático es identificar un “perseguidor”. No

22 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (adoptada el 28 de julio de 1951, entrada en vigor el 22 de abril de 1954) 189 UNTS 137, artículo 1 A(2), y su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 (adoptado el 31 de enero de 1967, entrada en vigor el 4 de octubre de 1967) 606 UNTS 267.

23 Véase también Directiva 2004/83/EC del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida [2004], Diario Oficial de la Unión Europea L304/12, artículo 9.

24 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/67/299 Sexagésimo séptimo período de sesiones Tema 70 b) del programa provisional* Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 13 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.acnur.es/pdf-reunionexpertos/2011-02-22.25-Resumen.pdf>

obstante, si se considera que los gobiernos de los pequeños Estados insulares en desarrollo, como los Estados de Kiribati y Tuvalu, no son responsables del cambio climático, ni desarrollan políticas que aumentan sus efectos negativos en determinados sectores de la población, se podría argumentar que el “perseguidor” en este caso es la “comunidad internacional”, y los países industrializados, en particular, cuyo fracaso para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, junto con la emisión histórica de los gases de efecto invernadero, han contribuido a la difícil situación a la cual se enfrentan estos Estados²⁵.

En tercer lugar, según la Convención, los refugiados huyen de su propio gobierno (o de agentes privados de los cuales el gobierno no puede o no quiere protegerlos de ellos), pero una persona que huye de los efectos del cambio climático no escapa de su gobierno, sino que más bien está buscando protección en los países que han contribuido al cambio climático. Esto presenta otro problema en términos de la definición legal de “refugiado”: el gobierno sigue siendo capaz y está dispuesto a proteger a sus ciudadanos²⁶.

En relación con el elemento de la “persecución”, la Convención sobre los Refugiados requiere que tal persecución sea por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a determinado grupo social. Esta cuestión es también problemática por cuanto los impactos del cambio climático son en gran medida indiscriminados, en lugar de estar vinculados a las características particulares, como los antecedentes de una persona o sus creencias. Además, si bien el cambio climático afecta más negativamente algunos países, en virtud de su geografía y sus recursos, no lo hace con base a una característica personal particular, como la nacionalidad o la raza de sus habitantes. En consecuencia, sería difícil de establecer el argumento de que las personas afectadas por el cambio climático pudieran constituir “un determinado grupo social”, porque el derecho exige que el grupo debe

25 Consultar Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *El cambio climático: evaluación científica del IPCC: Informe Final del grupo de trabajo I* (Cambridge University Press, Nueva York, 1990); Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Cambio climático 2007: informe de síntesis: resumen para responsables de políticas* (2007) 5, 6, 12, 13.

26 Ver BURSON, B., “Environmentally Induced Displacement and the 1951 Refugee Convention. Pathways to Recognition”, en Afifi T., y Jager J. (eds.), *Environment, Forced Migration and Social Vulnerability*, Springer, Berlin. 2010, pp. 3-17.

estar conectado por una característica fundamental, inmutable, que no sea el riesgo de persecución por sí mismo.

Consecuentemente, a pesar que la Convención de 1951, enmendada por su Protocolo de 1967, se considera como el principal instrumento de protección de los refugiados y como una norma de derecho internacional consuetudinario²⁷, se ha reconocido que los términos “refugiados climáticos” y “refugiados ambientales” no son, en términos jurídicos, nomenclaturas exactas o útiles y, por lo tanto, deben evitarse. No obstante, es necesario precisar que la Convención de 1951 puede aplicarse en situaciones específicas, por ejemplo, cuando “las víctimas de desastres naturales huyen debido a que su gobierno ha retenido u obstruido deliberadamente la asistencia con el fin de castigarlas o marginarlas debido a alguno de los cinco motivos [de la Convención]”²⁸. Estas acciones pueden llevarse a cabo durante conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, desorden público o inestabilidad política e incluso en tiempo de paz.

La no adecuación del concepto de “refugiado” ha sido confirmada por algunos casos en Australia y Nueva Zelanda, en los que algunos habitantes de Tuvalu y Kiribati habían solicitado el reconocimiento de esta condición de refugiado por los impactos del cambio climático²⁹. No obstante, en ninguno de ellos se admitió el reconocimiento de tal condición de refugiado. Por ejemplo, en uno de

27 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, párr. 4, Doc. ONU HCR/MMSP/2001/09, 16 de enero de 2002, disponible en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf.

28 ACNUR, “Desplazamiento forzado en el contexto del cambio climático: Desafíos para los Estados en virtud del derecho internacional”, presentado en la sexta reunión del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, 20 de mayo de 2009, pp 9-10.

29 Los casos en Nueva Zelanda fueron: Apelación de Refugiados N° 72189/2000, RSAA (17 de agosto de 2000); Apelación de Refugiados N° 72179/2000, RSAA (31 de agosto de 2000); Apelación de Refugiados N° 72185/2000, RSAA (10 de agosto de 2000); Apelación de Refugiados N° 72186/2000, RSAA (10 de agosto de 2000); Apelación de Refugiados N° 72313/2000, RSAA (19 de octubre de 2000); Apelación de Refugiados N° 72314/2000, RSAA (19 de octubre de 2000); Apelación de Refugiados N° 72315/2000, RSAA (19 de octubre de 2000); Apelación de Refugiados N° 72316/2000, RSAA (19 de octubre de 2000); Apelación de Refugiados N° 72719/2001, RSAA (17 de septiembre de 2001). Y los casos en Australia: 0907346 [2009] RRTA 1168 (10 de diciembre de 2010); N00/34089 [2000] RRTA 1052 (17 de noviembre de 2000); N95/09386 [1996] RRTA 3191 (7 de noviembre de 1996); N96/10806 [1996] RRTA 3195 (7 de noviembre de 1996); N99/30231 [2000] RRTA 17 (10 de enero de 2000); V94/02840 [1995] RRTA 2383 (23 de octubre de 1995).

los casos ocurridos en Nueva Zelanda, la Autoridad de Apelaciones del Estatuto de Refugiados explicó que "(...) este no es un caso donde se pueda decir que los recurrentes corran diferencialmente el riesgo de daños equivalente a persecución debido a cualquiera de estos cinco motivos. Todos los ciudadanos de Tuvalu enfrentan los mismos problemas ambientales y las dificultades económicas que se viven en Tuvalu. Más bien, los recurrentes son víctimas desafortunadas, como todos los ciudadanos de Tuvalu, de las fuerzas de la naturaleza que conduce a la erosión de las costas y de que la propiedad familiar esté parcialmente sumergida por la marea alta"³⁰.

En otro caso, que se presentó en Australia, el Tribunal de Revisión de Refugiados declaró: "En este caso, el Tribunal no cree que se puede identificar el elemento de una actitud o motivación, de tal forma que la conducta temida pudiera considerarse correctamente como persecución por motivos de una característica de la Convención según es requisito... Simplemente no existe base para concluir que los países que se pueden decir que históricamente han sido altos emisores de dióxido de carbono o de otros gases de efecto invernadero, tienen algún elemento de motivación para afectar a los residentes de países bajos tales como Kiribati, ya sea por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política"³¹.

La cuestión no deja de ser preocupante: la indefinición jurídica de la situación de los habitantes de las pequeñas islas Estado en desarrollo no hace más que acrecentar su vulnerabilidad e inseguridad frente a las consecuencias del cambio climático. Ante esta realidad, se plantea cómo proceder a la protección de estas personas, realmente en peligro, y evitar que la desaparición de su Estado incremente su indefensión y vulnerabilidad para salvaguardar su dignidad como personas.

4. LA PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El cambio climático puede impactar sobre una serie de derechos humanos: sobre el derecho a la vida³², el derecho a una alimentación

30 Ver Apelación de Refugiados N° 72189/2000, Autoridad de Apelaciones del Estatuto de Refugiados de Nueva Zelanda, 17 de agosto de 2000, párrafo 13.

31 Ver 0907346 [2009] RRTA 1168 (10 de diciembre de 2009) párrafo 51 (Tribunal de Revisión de Refugiados de Australia).

32 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976) 999 UNTS 171, artículo 5; Convención sobre los derechos del niño (adoptada el 20 de noviembre de 1989,

adecuada y el derecho a no padecer de hambre³³, el derecho al agua potable³⁴, el derecho al disfrute del más alto nivel de la salud³⁵ y el derecho a una vivienda adecuada³⁶.

A pesar de las limitaciones de la obligación de protección por parte de un país de acogida, el derecho de los derechos humanos ha ampliado las obligaciones de protección de los países más allá de la categoría de “refugiado”. En efecto, el Derecho internacional de derechos humanos también crea las bases para una “protección complementaria”, es decir, una protección basada en los derechos humanos que es adicional a la prevista por la Convención sobre los Refugiados de 1951.

entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990) 1577 UNTS 3, artículo 6; Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada el 10 de diciembre de 1948) Resolución 217A (III) de la Asamblea General de la ONU, artículo 3.

33 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptada el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976) 993 UNTS 3, artículo 11; Convención sobre los derechos del niño artículo 24(c); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (adoptada el 13 de diciembre de 2006, abierta a la firma el 30 de marzo de 2007) resolución de la Asamblea General de la ONU 61/106 artículos 25(f), 28(1); Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.

34 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 11 y 12; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (adoptada el 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981) Resolución 34/180 de la Asamblea General, 34 UN GAOR Supp (No. 46) en 193, documento de la ONU A/34/46 (CEDAW), artículo 14(2)(h); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 28 (2)(a); Convención sobre los derechos del niño, artículo 24(2)(c).

35 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 7 (b), 10, 12; CEDAW, artículos 12, 14(2)(b); Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (adoptada el 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969) 660 UNTS 195, artículo 5(e)(iv); Convención sobre los derechos del niño, artículo 24; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículos 16(4), 22(2), 25; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Resolución 45/158 de la Asamblea General de la ONU, de 18 de diciembre de 1990 (Convenio sobre los trabajadores migratorios), artículos 43 (1), 45 (1)(c), 70.

36 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 5(e)(iii); CEDAW, artículo 14 (2)(h); Convención sobre los derechos del niño, artículo 27(3); Convenio sobre los trabajadores migratorios, artículo 43(1)(d); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículos 9(1)(a), 28 (1), 28(2)(d); Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25 (1).

En virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷, es preciso que los Estados reconozcan, ante todo y como norma, los derechos civiles y políticos de “todos los individuos en su territorio y sujetos a su jurisdicción, sin distinción” (artículo 2). Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza los derechos sociales, económicos y culturales de todas las personas sin discriminación³⁸. Al respecto, esos pactos aseguran la aplicabilidad a los migrantes de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la vida³⁹, entre otros derechos básicos, entre ellos el derecho a un nivel adecuado de vida y de salud⁴⁰.

Una de las consecuencias más importantes de esta protección complementaria es la prohibición de devolución a una situación de riesgo real, de privación arbitraria de la vida o de tratos inhumanos o degradantes. Aquí también la cuestión es determinar si huir de los impactos del cambio climático puede alcanzar el umbral de protección establecido en la existente jurisprudencia sobre derechos humanos. Sin embargo, a nivel nacional la práctica de numerosos países en la concesión de algún tipo de permiso de permanencia para las personas que huyen de desastres naturales se apoya en la idea de que esas personas están en necesidad de protección internacional, aunque sólo sea temporalmente.

Aunque, en teoría, cualquier violación de los derechos humanos podría dar lugar a una obligación de no devolución⁴¹, en la mayoría de los casos será prácticamente imposible para un solicitante establecer que el control sobre la migración fue desproporcionado en relación con cualquier incumplimiento de un derecho humano⁴². Esto es porque, a diferencia de la absoluta prohibición de devolver a alguien a un lugar donde estaría sujeto a tratos inhumanos o degradantes, la mayoría de las disposiciones de derechos humanos permiten una prueba de equilibrio entre los intereses del individuo y los del Estado, y colocan así la protección de la devolución fuera del alcance en todo, excepto en los casos más excepcionales.

37 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2296, núm. 40906.

38 Véase la resolución 2200A (XXI), anexo.

39 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2296, núm. 40906, artículo 6.

40 Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo, artículos 11 y 12.

41 R c. Juez especial, ex parte Ullah [2004] UKHL 26, párrafos 24 - 25 (Lord Bingham), 49-50 (Lord Steyn), 67 (Lord Carswell) en inglés.

42 Kacaj c. Secretario de Estado para el Departamento del Interior del Reino Unido [2002] EWCA Civ 314, párrafo 26, en inglés.

Por lo tanto, aunque la violación de derecho humano, como el derecho a un nivel de vida adecuado, pueda considerarse como una forma de trato inhumano y que dé lugar a la protección internacional, la cuestión es determinar si se considera que esas violaciones, que no son infligidas por el Estado del que se huye, dan lugar a la protección o si se consideran como malos tratos que dan lugar a una obligación de protección por parte de un tercer Estado⁴³. La jurisprudencia ha determinado el significado de “trato inhumano o degradante”, en el sentido de que no se le puede usar como un remedio para la pobreza general, el desempleo o la falta de recursos o de atención médica, excepto en las circunstancias más excepcionales⁴⁴. Y a pesar de que esta jurisprudencia existente no impide que los impactos climáticos sean reconocidos como una fuente de tratos inhumanos⁴⁵, parece en gran manera inadecuado a la situación de los desplazamientos inducidos por el clima, en los que la responsabilidad del desplazamiento es muy difusa, atribuible a un gran número de Estados contaminantes durante muchos años, en lugar de malos tratos directos de algún gobierno determinado hacia una persona en particular y la gran cantidad de personas desplazadas puede requerir soluciones determinadas en grupo, en lugar de soluciones individuales.

Además, a diferencia de la protección tradicional, que responde a la huída de un daño infligido o sancionado por el Estado de origen, la protección que se busca para desplazamientos inducidos por el clima es la inversa: las personas pueden exigir protección en los Estados industrializados precisamente porque ellos tienen la responsabilidad de ayudar a quienes han sufrido como resultado de sus emisiones a lo largo del tiempo⁴⁶.

43 7 R c. Juez especial ex parte Ullah [2004] UKHL 26, en inglés; Comité de Derechos Humanos, Observación General 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (11 de abril de 1986), párrafo 5; véase también Comité de Derechos Humanos, Observación General 18: No discriminación (10 de noviembre de 1989)

44 D c. el Reino Unido (1997) 24 EHRR 423; N c. el Secretario de Estado para el Departamento del Interior del Reino Unido [2005] UKHL 31; ELH c. Francia (1997) 20 EHRR 29, párrafo 42; consulte también las opiniones del Comité contra la Tortura, como en AD c. Los Países Bajos, Comunicación No. 96/1997 (24 de enero de 2000), documento de la ONU CAT/C/23/D/96/1997, párrafo 7.2.

45 R c. Juez especial ex parte Ullah [2004] UKHL 26, en inglés; Comité de Derechos Humanos, Observación General 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (11 de abril de 1986), párrafo 5; véase también Comité de Derechos Humanos, Observación General 18: No discriminación (10 de noviembre de 1989).

46 Esta es una variación sobre el argumento contenido en la petición de los Inuit: Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que buscan alivio

5. LA PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL ESTATUTO DE APATRIDIA

La potencial desaparición de los Estados insulares por los efectos del cambio climático aumenta el riesgo de generar el fenómeno de la “apatridia “de facto” a gran escala, que podría convertirse en apatridia “de jure” si el Estado afectado considerara que ha cesado su existencia”⁴⁷ y en caso de que no hubiesen adquirido otra nacionalidad (por ejemplo, trasladándose a otro país y convirtiéndose en sus ciudadanos).

En el Derecho internacional, un “Estado” existe si reúne cuatro elementos constitutivos: si un territorio definido tiene una población permanente, un gobierno eficaz y la capacidad de entablar relaciones con otros países⁴⁸. La posible desaparición de los pequeños Estados insulares en desarrollo, por la pérdida de territorio por la inmersión, determinaría, de acuerdo con el Derecho internacional, la desaparición del país como entidad legal. Asimismo, puede suceder que mucho antes de la desaparición del territorio físico, el Estado se vuelva inhabitable por la situación de precariedad en la subsistencia de su población. En consecuencia, la falta de población o incluso la pérdida de un gobierno eficaz, antes de la desaparición física del Estado, serían factores determinantes para la desaparición jurídica de su subjetividad internacional.

En ese sentido, la desaparición de los Estados insulares ha sido un aspecto que ha recordado el ACNUR ante el Grupo de Trabajo Especial sobre la Cooperación a Largo Plazo (GTE-CLP) de la CMNUCC, identificando los problemas que pueden enfrentar las poblaciones de Estados como Maldivas, Tuvalu, Kiribati o las Islas Marshall⁴⁹.

de las violaciones que resultan del calentamiento global provocado por actos u omisiones de los Estados Unidos, 7 de diciembre de 2005, disponible en inglés en : http://www.earthjustice.org/library/legal_docs/petition-to-the-inter-american-commission-on-humanrights-on-behalf-of-the-inuit-circumpolar-conference.pdf. Véase también BYRAVAN, S., CHELLA RAJAN, S., “Proporcionando nuevos hogares para los exiliados del cambio climático” (2006) 6 *Climate policy* 247.

47 PARK, S. “Cambio climático y el riesgo de apatridia: La situación de los ‘Estados insulares en hundimiento’, *Serie de Investigación: Política de Protección y Asesoría Legal*. División de Protección Internacional (ACNUR), Ginebra, 2011, p. 33.

48 Ver el artículo 1 de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y los Deberes de 1933.

49 Consultar ACNUR, “Cambio Climático y apatridia: una visión general”. Documento presentado para la 6ª sesión del Grupo de Trabajo Especial sobre la Cooperación a Largo Plazo (GTE - CLP) según la Convención Marco de las Naciones

La definición legal de “apátrida” viene establecido en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, el cual se restringe deliberadamente a la persona que “...no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación”⁵⁰. Es decir, esto se refiere a un país que realmente ha denegado o privado a una persona de nacionalidad. En el caso de la posible desaparición de los pequeños Estados insulares, la Convención de 1954 no protegería a sus habitantes, a menos que el país en cuestión hubiese retirado formalmente la nacionalidad de las personas, lo cual resulta improbable por las obligaciones impuestas por el derecho de los derechos humanos. No obstante, si un país se reconoce como inexistente, entonces su antigua población estaría cubierta por la definición de “apátrida”, siempre que no hubiese adquirido una nueva nacionalidad. Esto obligaría a los países signatarios a proporcionar a estas personas en su territorio los derechos contenidos en dicho tratado, incluyendo que “...facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización...”⁵¹. La aplicación de este precepto requiere que la población del Estado extinto tenga que abandonar su hogar y llegar a un país signatario antes de poder reclamar sus beneficios⁵². Esta posibilidad parece ser remota por: la novedad de esta situación no determina si los Estados estarían dispuestos a considerar que un país preexistente ha “desaparecido” y que la Convención sólo obliga a los pocos Estados que la han ratificado y, por lo tanto, son escasos los que reconocen este estatuto.

Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), 1 al 12 de junio de 2009. Bonn, Alemania.

50 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (adoptada el 28 de septiembre de 1954, entrada en vigor el 6 de junio de 1960) 360 UNTS 117 (Convenio de 1954), en el artículo 1 inciso 1: “A los efectos de la presente Convención, el término “apátrida” designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”.

51 Ver el artículo 32 de la Convención de 1954.

52 Al respecto es importante apuntar que, aunque poco ratificada e implementada, la Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia obliga a los Estados a garantizar que ninguna persona se convertirá en apátrida como resultado de la transferencia de un territorio (artículo 10). Consultar también el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la nacionalidad, nota 91, artículo 1, que contiene el “derecho a la nacionalidad”; el artículo 4 exige a los Estados tomar medidas para prevenir la apatridia como consecuencia de la sucesión.

6. LA DIGNIDAD HUMANA COMO BASE DE LA PROTECCIÓN Y LA JUSTICIA CLIMÁTICA

Ante la indefinición jurídica y la desprotección de los migrantes climáticos, el valor de la dignidad inherente al ser humano, en sus distintas manifestaciones, permite fundamentar la protección de estas personas, frente a la responsabilidad de los principales emisores de gases de efecto invernadero responsables del cambio climático. La dignidad humana, en este contexto, se relaciona inevitablemente con la idea de justicia climática⁵³. La justicia climática, a su vez, es una de las formas de la justicia ambiental, y no busca más que el trato justo de todas las personas y países, así como evitar las discriminaciones que pueden conllevar determinadas decisiones y proyectos que pretenden precisamente tratar el problema del cambio climático.

La primera manifestación de la dignidad respecto a las pequeñas islas Estado en desarrollo es evitar términos como “desaparición” o “hundimiento” de las islas, si bien, como ya se ha sugerido algunos pequeños Estados insulares y/o con zonas costeras bajas, pueden dejar de existir debido al aumento del nivel del mar y a los impactos de éste sobre el Estado y su gente⁵⁴. Al respecto, a pesar de la novedad de la situación de pérdida de territorio, existe una presunción general de continuidad de la condición de Estado y de personalidad jurídica internacional en virtud del Derecho internacional. Así, la condición de Estado no se pierde de forma automática con la pérdida de territorio habitable, ni está necesariamente afectada por los movimientos de población. Es más, de acuerdo con el valor de la dignidad, el derecho a ser reconocido con una nacionalidad o a tener un visado, que permita el libre tránsito, no deben ser condiciones para que se dejen de respetar los derechos humanos de las personas, pues todos los seres humanos tienen un valor intrínseco, el valor de la dignidad, del cual jamás se debe privar a nadie⁵⁵. Sería poco probable que muchos países desaparezcan completamente debido a la elevación del nivel

53 BORRÀS PENTINAT, S. “La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 13, 2013, pp. 3-49.

54 Véase, en general: McADAM, J., “Disappearing States”, *Statelessness and the Boundaries of International Law*, en *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, pp. 105-130; Jane McAdam, compiladora, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2010.

55 RACHELS, J., *Introducción a la filosofía moral*. Nueva York: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 204.

del mar; persiste una preocupación muy real acerca de que algunos de esos países pueden llegar a ser inhabitables, probablemente debido a insuficientes recursos de agua dulce.

La segunda manifestación de la dignidad en el proceso de migración es la asunción necesaria de que los derechos humanos básicos son los que corresponden por igual a toda persona, ya sean nacionales o extranjeros. El fundamento de la protección de estos derechos, universalmente reconocidos, es la misma dignidad humana más allá de circunstancias accidentales⁵⁶. Así, se debe afirmar, que los migrantes, como seres humanos que son, tienen dignidad y valor y no pueden ser reducidos o disminuidos a meras mercancías, objetos de comercio intercambiables en los negocios del mercado global, que se limite la migración como estrategia de desarrollo⁵⁷.

Partiendo de esta generalidad y considerando que la reubicación planificada de poblaciones enteras puede ser necesaria en el caso de los pequeños Estados insulares en desarrollo, la dignificación del movimiento poblacional debe garantizar el disfrute de los derechos pertinentes y la seguridad de quienes son reubicados. Estos derechos comprenden los derechos a disfrutar y practicar la cultura y las tradiciones propias y de continuar ejerciendo los derechos económicos en sus áreas o países de origen. En particular, los individuos deben tener acceso a información sobre las razones y procedimientos de su movimiento y, cuando sea pertinente, sobre la compensación y la reubicación⁵⁸.

El respeto de la dignidad de estas personas debe partir por su participación en la planificación y gestión de cualquier movimiento planeado y de disfrutar de sus derechos a la vida, la dignidad, la libertad, la seguridad y la autodeterminación. Las decisiones sobre dónde, cuándo y cómo reubicar a las comunidades tienen que ser sensibles a las identidades y las fronteras culturales y étnicas para evitar posibles tensiones y conflictos. También tienen que

56 PARDO, D. (Septiembre, 2012). "Migración internacional y derechos fundamentales". *Ideas y valores*. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-00622012000300024&lang=es.

57 La CDI ya ha confirmado, por ejemplo, la importancia de los principios elementales del derecho internacional para los desplazamientos relacionados con el clima. Estos principios incluyen la humanidad y la dignidad humana, mientras que el principio de cooperación internacional merita un examen adicional. Toda la documentación relacionada con el trabajo de la CDI sobre la protección de personas en caso de desastres está disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/guide/6_3.htm.

58 Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Principios 7-9.

salvaguardar los medios de vida sostenibles, las tradiciones, el acceso a la tierra y el respeto de los derechos sobre la tierra y la herencia. Los intereses de las personas con vulnerabilidades particulares, por ejemplo, adultos mayores, indígenas, minorías étnicas y personas con discapacidad, tienen que ser reconocidos en todas las etapas de cualquier proceso de reubicación.

Todos estos derechos son especialmente relevantes para los pequeños Estados insulares en desarrollo, pero las necesidades e intereses de las comunidades de acogida también deben ser respetados y cuidadosamente equilibrados en este proceso. En definitiva, la participación de todas las personas debe basarse en los principios de igualdad, respeto y diversidad.

El contexto del cambio climático, sin duda, plantea cuestiones particulares en torno a las responsabilidades estatales compartidas y a la cooperación internacional, en razón sobre todo de la distinta responsabilidad en provocar la alteración climática. En concreto, de acuerdo con el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992: “los Estados tienen, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar para que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”⁵⁹. El impacto del cambio climático sobre los

59 En 1941, el laudo arbitral en la causa *Trail Smelter* estableció que, “en virtud de los principios del derecho internacional, [...] ningún Estado tiene derecho a usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que cause daños debido a gases en o hacia el territorio de otro Estado o las propiedades o personas que allí se encuentren, cuando el caso es de graves consecuencias y el daño está establecido por pruebas objetivas claras y convincentes”. Causa *Trail Smelter* (United States of America v. Canada), Estados Unidos, *Reports on International Arbitral Awards*, vol. III, p. 965; véase también la causa *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), *Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1949*, p. 4 y p. 23; causa *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva (1996) P.C.I.J. (Ser. A/B), núm. 226 y 241; causa *Gabčikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), en 41. Véase Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972 y Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, Véase *International Legal Materials* 11, 1972, p. 1416 y en UN Doc. A/CONF/48/14/Rev.1 y United Nations Conference on Environment and Development, “Rio Declaration on Environment and Development”, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev. 1 (1992) y 31 *ILM* (1992), p. 874, respectivamente.

pequeños Estados insulares en desarrollo resulta claro, y en última instancia es causado por el mal uso de los recursos naturales por parte de las naciones desarrolladas, a las que corresponde proporcionar una compensación y respetar los derechos de la población afectada, que se ve forzada a abandonar sus tierras. En respuesta a esta responsabilidad, el principal aunque no exclusivo deber y responsabilidad de los Estados es prevenir y proteger a las personas del desplazamiento, mitigar sus consecuencias, proporcionar protección y asistencia humanitaria y encontrar soluciones duraderas.

En su Opinión Consultiva OC-18/03, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decretó que:

...la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio”, independiente de su situación migratoria, “puesto que el respeto y garantía de goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

Según la ONU, la migración es un derecho cuando se especifica que el individuo migrante busca condiciones de vida dignas y calidad moral. En el artículo 13.1 de la Declaración Universal de los derechos humanos se reconoce “el derecho que toda persona tiene a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Si la migración es un derecho, y además, en este caso una necesidad de supervivencia, no se debería criminalizar a quienes lo ejercen. Por lo tanto, con el fin de garantizar este derecho es necesario que las políticas migratorias salvaguarden la dignidad de quienes migran y que se orienten a organizar la migración climática a fin de minimizar sus efectos sobre los derechos humanos de las personas afectadas y asegurar que no se agrave su vulnerabilidad debido al proceso de migración⁶⁰. Al respecto, los Estados de destino de la migración climática tienen la obligación de no discriminar y de adoptar políticas que aseguren la igualdad efectiva entre los migrantes y la protección de sus derechos más fundamentales.

60 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Migración, medio ambiente y cambio climático: Datos empíricos para la formulación de políticas (MECLEP)*, Ginebra, Julio 2014. Disponible en línea en: http://publications.iom.int/bookstore/free/MECLEP%20Glossary_SP.pdf. Consultado el 3 de marzo de 2015.

Así, garantizar un proceso de migración que salvaguarde la dignidad de las personas migrantes es fundamental para evitar el abuso de sus derechos, especialmente, cuando se trata de los migrantes indocumentados. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 2003⁶¹ aplica explícitamente los derechos elaborados en la Carta Internacional de Derechos Humanos a la situación concreta de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias. La Convención, que entró en vigor en 2003, ha sido ratificada hasta ahora por 45 Estados. Desgraciadamente ni un solo país de destino de migrantes ha ratificado la Convención. Otros convenios, que han sido negociados bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo, contienen importantes disposiciones a tener en cuenta y que reafirman los derechos humanos de los migrantes⁶².

Asimismo, la dignidad del migrante climático se debe traducir, en virtud del concepto de justicia climática, en la obligación de proporcionar socorro humanitario a las personas afectadas por el cambio climático. Esa asistencia debería apoyar a los migrantes que se desplazan a raíz de cambios del medio ambiente en el momento en que migran y puede tener diferentes modalidades, o bien como respuesta de emergencia a un desastre repentino, o bien como acciones planificadas de antemano para acompañar desplazamientos sostenidos de migrantes o prestar asistencia a su reasentamiento. El socorro humanitario debería asegurar que se respeten los derechos más básicos de los migrantes inducidos por el medio ambiente, de conformidad con los principios de derechos humanos, y que se preste la debida atención a los principios fundamentales de no discriminación, participación, empoderamiento y responsabilización⁶³.

No obstante, la falta de garantías internacionales de protección y la necesidad de dignificar a aquellas poblaciones obligadas a reubicarse a otros territorios extranjeros, dejando sus tierras ancestrales han motivado que algunos pequeños Estados insulares en desarrollo hayan propuesto políticas migratorias para asegurar el futuro respeto de su población víctima de las actividades de los

61 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, núm. 39481.

62 Por ejemplo, el Convenio relativo al empleo (revisado) (1949, OIT C97); Trabajadores migrantes (Disposiciones complementarias), Convenio, 1975 (OIT C143).

63 Véase Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/67/299, 13 de agosto de 2012.

Estados industrializados. Así, el Presidente de Kiribati, Anote Tong, además de pedir a la comunidad internacional la ayuda y el apoyo necesario para ayudar a su país, también ha propuesto una política de migración, denominada, precisamente, “la migración con dignidad”⁶⁴. Con el fin de minimizar el impacto que la reubicación permanente tendrá para su nación y de su pueblo, esta estrategia propone la creación de programas para proporcionar la educación y la formación necesaria para la población de Kiribati, con el fin de poder aprovechar más las oportunidades económicas en el extranjero en países desarrollados naciones, como Australia y Nueva Zelanda.

El gobierno de Kiribati rechaza, en el ámbito de esta política, la consideración de sus habitantes de refugiados, por entender que ésta es una respuesta ante un suceso inesperado, mientras que el cambio climático no sólo es esperado sino que su realidad es evidente. El objetivo, al margen de las denominaciones de los migrantes, es lograr las condiciones necesarias para que su pueblo pueda migrar con dignidad, y no en situación de desventaja.

Esta política se basa en los Principios Dhaka de 2013⁶⁵, adoptados por el Institute for Human Rights and Business que, a su vez, se fundamentan en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos, así como las normas laborales de 2011. Su objetivo es la protección de los derechos humanos y laborales y el fomento de los negocios, en particular el sector de la contratación, para ser más respetuoso de los derechos de los trabajadores migrantes.

La iniciativa de Kiribati es una respuesta a la indiferencia de la comunidad de Estados responsables de haber contribuido al fenómeno del cambio climático y a la inadecuación de los instrumentos internacionales de protección de las personas que se ven forzadas a migrar. Y, si bien esta política es un paso muy importante para dignificar la población de Kiribati, no es suficiente: por una parte, porque sólo ayuda a allanar el camino para aquellos que están listos y dispuestos a emigrar, pero no llega a todos, especialmente a aquellos con habilidades de alfabetización muy limitadas o los que tienen los medios de vida muy precarios; y, por otra, revierte la responsabilidad

64 Para más información sobre esta política consultar: <http://www.climate.gov.ki/2013/02/12/i-kiribati-want-to-migrate-with-dignity/> (Consultada el 3 de marzo de 2015).

65 Para más información ver: <http://www.dhaka-principles.org/>. (Consultado el 3 de marzo de 2015).

a las víctimas del cambio climático, sin saber si ésta es o no una política, que puede dar lugar a respuestas positivas a largo plazo en los países de origen y de acogida. Al respecto, la protección de la dignidad y de los derechos de los migrantes climáticos exige la concertación de acuerdos políticos, en virtud de los cuales se negocie el reasentamiento de la población afectada, a la espera de un instrumento jurídico internacional que permita establecer un estatuto de protección adecuado a esta realidad.

En todo caso, éste es un primer paso para construir el concepto de justicia climática, fundamental para que se asuman las responsabilidades frente a las causas y efectos del cambio climático.

CONCLUSIONES

En la actualidad, no se puede negar la existencia de un nexo de causalidad entre las emisiones históricas de gases de efecto invernadero, en la mayoría de los países del Norte Global, los cambios generados en el medio ambiente mundial y las consecuencias que afectan, en mayor medida, a los países del Sur Global.

La dignidad, como valor para el logro de la justicia climática, es un concepto especialmente relevante, más aún cuando aquéllos más afectados por el cambio climático antrópico son los menos responsables de las emisiones de efecto invernadero que han causado el problema y, en cambio, los niveles de vida que han generado el calentamiento global son los que menos sufrirían sus consecuencias directas.

Los movimientos forzados de población de los pequeños islas Estado en desarrollo es una realidad, por lo que se debe comprometer a los principales emisores de gases de efecto invernadero en la defensa y garantía de los derechos de estos grupos vulnerables y establecer políticas que los garanticen. En este sentido, y desde la perspectiva de los derechos humanos, el bienestar, la seguridad y la sostenibilidad de los migrantes son tan urgentes como su lucha por la justicia.

La libertad de movilidad es, sin duda, un derecho humano que permite a los pueblos construir las relaciones humanas y establecer comunidades sostenibles. El ejercicio de este derecho adquiere especial relevancia en relación a la migración forzada inducida por el cambio climático que, si bien ha sido provocada por los grandes Estados contaminadores, sufre una constante violación de los derechos humanos, por la indiferencia política de esta realidad.

La situación de gravedad y de injusticia generada requiere una respuesta proactiva de protección y dignificación de las víctimas del cambio climático, en especial de las poblaciones de los pequeños Estados insulares en desarrollo. Al respecto, es preciso también que el Derecho internacional proporcione un marco de protección de esas personas vulnerables sin depender solamente de la voluntad política de los Estados.

Consecuentemente, los retos que plantea la migración en el contexto del cambio climático exigen la necesidad de adoptar un nuevo enfoque estratégico de las políticas, un replanteamiento de las categorías de derechos humanos correspondientes a los migrantes, así como el establecimiento eventual de mecanismos de protección para las personas que se ven forzadas a trasladarse.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEVEDO MENANTEAU, P., “Desplazados ambientales, Globalización y Cambio Climático: Una mirada desde los Derechos Humanos y los Pueblos”, disponible en http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/doc_de_trabajo_ndeg12_desplazados_ambientales_globalizacion_y_cambio_climatico_diciembre_2011_final.pdf.

BANCO MUNDIAL, “To Relocate or Not to Relocate”. En: *Safer Homes, Stronger Communities: A Handbook for Reconstructing after Natural Disasters*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial, Washington, D.C., 2010, pp. 77 a 91.

BELLO, G., Alteridad, vulnerabilidad migratoria y responsabilidad asimétrica. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 2010.

BORRAS PENTINAT, S., “Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, N° 2, 2006, pp. 85-108.

_____, “La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n. 13, 2013, pp. 3-49.

CAMPBELL, J. (2010), *Climate-Induced Community Relocation in the Pacific: The Meaning and Importance of Land*. En: *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives* (J. McAdam, editor), pp. 57 a 79.

- CANEY, Simon. Cosmopolitan Justice, Responsibility, and Global Climate Change. *Leiden Journal of International Law*, v. 18, 2005.
- CASTILLO, J. M., *Migraciones ambientales. Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI*, Virus editorial, 2011.
- CRIPPS. E., "Where we are now: Climate Ethics and Future Challenges", *2 Climate Law*, 117, 2011.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA (IFRC), *World Disasters Report 2013: Focus on technology and the future of humanitarian action*. Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2013.
- FERRIS, E., *Planned relocations, disasters and climate change. Conference on Climate Change and Migration in the Asia-Pacific: Legal and Policy Responses*, Sídney, 10-11 de noviembre 2011.
- FORESIGHT, *Migration and Global Environmental Change*. Informe de proyecto final. Oficina del Gobierno para la Ciencia, Londres, 2011.
- GARDINER, S. M., CANEY, S., JAMIESON, D., SHUE, H. (ed.), *Climate Ethics: Essential Readings*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- GEMENNE, F., BRÜCKER, P., IONESCO, D., (ed.) 2012 *The State of Environmental Migration 2011*. Institute for Sustainable Development and International Relations (IDDRI) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), París.
- KÄLIN, W., "Conceptualizing Climate-Induced Displacement", en *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2010.
- LACZKO, F., AGHAZARM, C. (ed.), *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. OIM, Ginebra, 2013.
- LOWE, D., "Refugiados climáticos: ¿quién debe cargar los costos?", *REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasília, Año XXII, n. 43, jul. /dez. 2014, pp. 169-187.
- MARTIN, S., *Managing environmentally induced migration. En: Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. OIM, Ginebra, 2009.

McADAM, J., "Desplazamiento por cambio climático y derecho internacional: Normas complementarias de protección", abril de 2011.

MORTREUX, Colette; BARNETT, Jon. Climate change, migration and adaptation in Funafuti, Tuvalu. *Global Environmental Change*, v. 19, 2009, pp. 105-112.

OLIVER-SMITH, A. (ed.), *Introduction - Development-Forced Displacement and Resettlement: A Global Human Rights Crisis. En: Development & Dispossession. The Crisis of Forced Displacement and Resettlement. School for Advanced Research Advanced Seminar Series, School for Advanced Research Press, Santa Fé, 2009.*

PARK, S. "Cambio climático y el riesgo de apatridia: La situación de los 'Estados insulares en hundimiento', *Series de Investigación: Política de Protección y Asesoría Legal*. División de Protección Internacional (ACNUR), Ginebra, 2011.

PIGUET, E., LACZKO, F., (eds.), *People on the Move in a Changing Climate: The Regional Impact of Environmental Change on Migration*. Global Migration Issues Vol.2. Springer, Dordrecht, 2014.

SCHENSUL, D., DODMAN, D., "Populating Adaptation: Incorporating Population Dynamics in Climate Change Adaptation Policy and Practice". En: *The Demography of Adaptation to Climate Change* (G. Martine y D. Schensul, editores). UNFPA, IIED y El Colegio de México, Nueva York, Londres y la Ciudad de México, 2013, pp. 1- 23.

SHUE, Henry. Avoidable Necessity: Global Warming, International Fairness, and Alternative Energy. In SHAPIRO, Ian; DeCEW, Judith Wagner (eds.). *NOMOS XXXVII: Theory and Practice*. New York: New York University Press, 1995.

WARNER, K., *Desplazamiento inducido por el cambio climático: Política de adaptación en el contexto de las negociaciones climáticas de la CMNUCC*, abril de 2011.

WARNER, K. et al. (ed.), *Planned relocation and climate change. En: Changing climates, moving people: Framing migration, displacement and planned relocation*. UNU-EHS Publication Series, Policy Brief No. 8, junio de 2013. Instituto de Medio Ambiente y Seguridad Humana de la Universidad de las Naciones Unidas (UNU-EHS), Bonn.

WARNER, K. *et al.*, Integrating Human Mobility Issues Within National Adaptation Plans. United Nations University - Nansen Initiative Joint Policy Brief #2, Policy Brief No. 9. Instituto de Medio Ambiente y Seguridad Humana de la Universidad de las Naciones Unidas (UNU-EHS), Bonn, 2014.

WARNER, K. *et al.*, *Where The Rain Falls: Climate Change, Food and Livelihood Security, and Migration*. Global Policy Report of the Where the Rain Falls Project, CARE France y UNU-EHS, Bonn, 2012.

WESTING, A., "Environmental Refugees: a growing category of displaced persons", en *Environmental Conservation*, N° 19, 3, 1992, pp. 201-207.

ZETTER, R., *Proteger a las personas desplazadas debido al medio ambiente: Desarrollar la capacidad de los marcos jurídicos y normativos*, Centro de Estudios sobre Refugiados, Informe de Investigación, febrero de 2011.



VULNERACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS

Waldimeiry Corrêa da Silva

Doctora en Derecho internacional y Relaciones internacionales;
Profesora Adjunta en la Universidad Loyola Andalucía; Consejera del Comité
Nacional de Enfrentamiento a la Trata de Personas de Brasil (CONATRAP/SNJ).

Juan Antonio Senent-de Frutos

Doctor en Derecho; Profesor Titular de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política en la Universidad Loyola Andalucía;
Investiga en el campo de la teoría crítica de los derechos humanos.

1. INTRODUCCIÓN

El tráfico de órganos humanos se considera una modalidad de Trata de seres humanos. Con ella nos enfrentamos a una “forma contemporánea de esclavitud” que viola la dignidad humana de un modo específico. Implica la vulneración no sólo de la libertad o capacidad de autodeterminación de los sujetos, sino a su vez, de niveles más radicales y básicos como la integridad corporal, la “dignidad del cuerpo” y con ello la vida humana, la salud, y la autoestima en su nivel psico-biológico más primario y como condición de posibilidad del pleno desarrollo bio-psico-social de los sujetos.

Esta modalidad de Trata de personas se encuentra todavía con un marco jurídico internacional de carácter específico en construcción y poco generalizado. Ante esta nueva forma de violación de la dignidad humana, nos enfrentamos a una paradoja. Es cierto que avanzamos en la elaboración de algunos instrumentos jurídicos internacionales, lo que implica un progresivo desarrollo de un consenso internacional a nivel jurídico, político, bioético y científico. Pero por otro lado, nos encontramos con un fenómeno persistente que surge en las décadas finales del siglo XX fruto del desarrollo biomédico, y a su vez, con que esta forma de explotación humana se ha agravado en los últimos

años de forma cada vez más visible. Como señala Romeo-Casabona¹, el tráfico internacional de órganos humanos es una realidad palpable:

Cada año, según la Organización Mundial de la Salud, el mercado negro de órganos humanos mueve 10.000 trasplantes por los que se paga y cobra una cantidad a cambio de un corazón, un riñón o una porción de hígado. El negocio ilegal de partes vitales genera un comercio difícil de cuantificar pero que la organización Global Financial Integrity calcula en, al menos, 550 millones de euros anuales (sin descartar que llegue a los 1.000 millones) (2015).

¿Cómo conciliar esta “contradicción” entre mejora del nivel normativo y su creciente vulneración en el nivel fáctico? Nos debemos preguntar cómo es posible este creciente negocio ilícito internacional. Si por un lado, el consenso jurídico, afirma la protección de los derechos humanos que en su desarrollo normativo, tanto a nivel internacional, como nacional en los respectivos países occidentales estaría *negando esta posibilidad*, y acercándonos cada vez más a una sociedad libre de la barbarie; y de otro, el consenso bioético, expresado también a través de diversos instrumentos internacionales, protege la dignidad de la persona y de su cuerpo en las aplicaciones médicas y en la investigación científica. Sin embargo, ante esta nueva forma de explotación humana, consideramos que tenemos ir más allá de los consensos institucionales y formales, que siendo necesarios no son suficientes para neutralizar este fenómeno. En este contexto, cabe preguntarse por los mecanismos ideológicos que redefinen la idea de dignidad humana universal y que están justificando o propiciando la contradicción entre el consenso institucional formal en sociedades modernas donde no se admite la mercantilización y cosificación de los seres humanos, y un mercado ilícito internacional que tiene como destinatarios y beneficiarios a demandantes de órganos humanos de esos mismos países modernos y desarrollados.

Para enfrentar este problema, en este trabajo revisamos el contexto normativo internacional más directamente aplicable, pero lo confrontamos con una mirada geopolítica crítica que desvela la persistencia de una *trama jerárquica de explotación Norte-Sur*, y a

¹ El profesor Carlos Romeo-Casabona es uno de los expertos del Consejo de Europa y redactor del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, firmado en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015, *vid. infra*.

su vez, una cierta legitimación ideológica de la misma en el contexto de la *cultura neoliberal* a nivel global.

Por ello, necesitamos *reconocer y confrontar el marco de comprensión o de inteligibilidad de estas prácticas* que permite y posibilita este hecho creciente. No se trata sólo de contrarrestar con el desarrollo jurídico estos hechos, sino también de conocer la posible legitimación cultural y su funcionalidad a nivel económico, político y geográfico que posibilita esta trama ilícita internacional, de la llamada “industria del trasplante” o el también conocido como el “turismo de trasplante²”.

2. CONTEXTO GEOPOLÍTICO DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS

Los avances tecnocientíficos de la medicina de las últimas décadas han desarrollado una nueva posibilidad terapéutica por medio de trasplantes de órganos humanos para curar enfermedades crónicas o terminales. Ello ha generado una necesidad de órganos humanos para trasplantes a nivel global. Según el Observatorio Mundial de Donaciones y Trasplantes (GODT)³, creado por la OMS, en 2010 el número de órganos trasplantados, incluidos riñones, representó menos del 10% de lo que se necesita en realidad a escala mundial⁴.

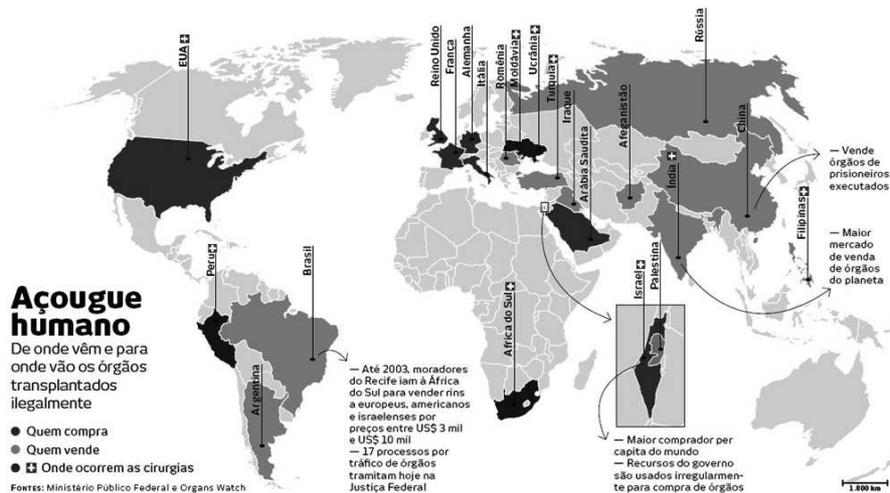
Hay por tanto una carencia de órganos disponibles por medio de trasplantes lícitos según la OMS (por donación *postmortem* o entre vivos no lucrativa). Esto provoca un contexto social global donde emerge el tráfico de órganos humanos entre vivos, como una modalidad de la Trata de personas. En este sentido, se hace cada vez más visible el crecimiento del tráfico de órganos a nivel internacional, donde los “proveedores” o “donantes” son del Sur global y de las clases más vulnerables económica y socialmente o

2 El transplante de turismo es el movimiento de los órganos, donantes, receptores o profesionales de trasplante a través de fronteras jurisdiccionales para trasplantes. Para un estudio más detallado véase: COHEN, I. Glenn, *Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs* (April 20, 2013). *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 41, No. 1, 2013. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2254341>>.

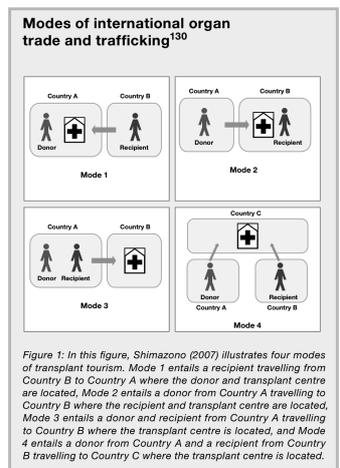
3 www.transplant.observatory.org

4 De acuerdo con Nancy Schepter (2014): “Los factores de oferta y demanda con respecto a los trasplantes de riñón ilustran los desafíos particulares en tanto la demanda de encuentro de los órganos y la reducción de la oferta ilícita de los mismos. En los Estados Unidos, por ejemplo, las donaciones de riñón entre 1990 y 2003 aumentó en sólo el 33%, mientras que el número de pacientes en espera de riñones creció un 236%”.

marginadas cultural y políticamente; y los receptores o beneficiarios son de los países desarrollados o de las élites económicas, políticas y culturales del Sur como se puede observar en el mapa que sigue⁵.



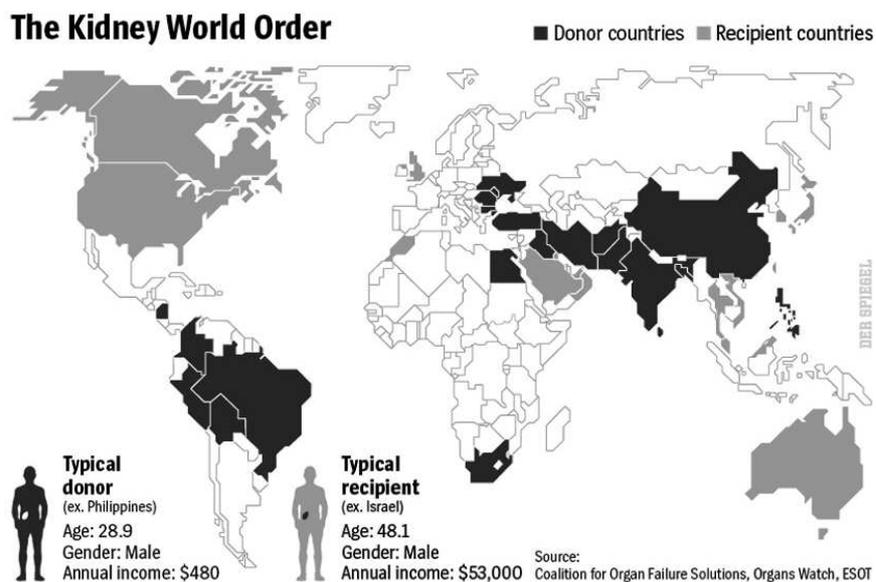
Aunque distintos instrumentos y mecanismos de protección de derechos humanos busquen salvaguardar la dignidad humana, como después analizaremos en el cuarto apartado, se observa que las causas productoras de la esclavitud contemporánea son complejas, sea en el plano local o global, por tratarse de corrupción política, por el crecimiento poblacional (sobre todo en zonas más pobres), lo que genera una masa humana excluida y al margen de una inserción productiva en la economía globalizada, siendo susceptibles de tornarse “esclavos potenciales” (BALES, 2000, p.15). Para que ello sea posible, además hay que considerar el factor ideológico-cultural que lo propicia, como veremos en el tercer apartado, en el contexto de la “sociedad de mercado” que tiene hoy una proyección global, donde a los excluidos económicamente, a los desposeídos, sólo



5 Mapa disponible en: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/foto/0,,21448606,00.jpg>>, último acceso: 27/03/2015.

se los reconoce por su valor como mercancía (BAUMAN, 2008, p. 61). Pero a su vez, se trata también de una forma de subvaloración social y política entre grupos sociales y políticos que implica una precisa trama jerárquica de poder entre unos y otros. Ello permite estructurar globalmente un mercado del Tráfico de órganos con al menos tres actores claves: los proveedores, receptores e intermediarios (donde se incluyen los profesionales de trasplantes facilitadores como hospitales, proveedores de servicios, los traductores y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁶. Con relaciones complejas entre los diferentes actores como se puede observar en el esquema⁷ a continuación:

Estos modos no se dan de modo geográficamente indiferenciado, sino jerarquizado donde los proveedores proceden de países subdesarrollados, como se pone de manifiesto en el siguiente mapa mundial⁸:



6 Pascalev A, De Jong J, Ambagtsheer F, Lundin S, Ivanovski N, Codreanu C, Gunnarson M, Yankov J, Frunza M, Bystrom I, Bos M, Weimar W, Trafficking in human beings for the purpose of organ removal: a comprehensive literature review. Disponible en: <www.hottproject.com> (December 2013).

7 OSCE Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region: Analysis and Findings*, Occasional Paper Series no. 6 (July 2013), p. 29.

8 Disponible en: <<http://www.spiegel.de/international/world/bild-847473-383998.html>>

Ante esta trama global se hace fundamental comprender esta práctica como una forma contemporánea de esclavitud, tanto por su poder simbólico de denunciar la reducción de personas a cosas, a objetos de intercambio como mercancía, y porque implica una ruptura con los parámetros mínimos de sociabilidad (ESTERCI, 1992, p. 44). Y a su vez, ello nos hace plantearnos la persistencia de las formas contemporáneas de esclavitud en el ámbito de la matriz modernidad-colonialidad, y en particular con respecto al tráfico de órganos humanos. Por ello, a nuestro juicio, esta trama no se puede entender sino en el marco de un “patrón colonial de poder” (GROSFOGUEL, 2006, p. 28) que implica un proceso de estructuración compleja de dimensiones sociales en el sistema mundial que se articulan con una lógica centro/periferia o desarrollado/subdesarrollado. Si la esclavitud en tiempos modernos nos puso de manifiesto la dimensión colonial de la modernidad en siglos anteriores, esta nueva forma de Trata de seres humanos vehiculada por el desarrollo tecnocientífico se actualiza en un contexto internacional formalmente “postcolonial”, pero que sin embargo sigue estando atravesado por formas de “colonialidad del poder” (Quijano, 2000) en la sociedad mundial que tiene como polo dominante a los países modernos o modernizados y a sus respectivas élites con respecto a otros países dependientes, minorizados o subalternos en términos del sistema mundial y en particular en relación a los sujetos más inferiorizados de esos contextos que son las víctimas del tráfico internacional de órganos. Este patrón de poder, articula otra cara de modernidad actual en el contexto de la globalización neoliberal que acompaña (o se vehicula) en sus propios desarrollos jurídicos, políticos, económicos o científicos, y que bajo capa de buenos principios, permite y legitima la dominación de los otros (subdesarrollados, sin racionalidad) al servicio de las élites sociales modernas o incluso sociedades que se benefician de la explotación de los otros para incrementar su calidad de vida. Por ello, entendemos que no nos encontramos a nivel internacional en una sociedad global post-colonial, sino que subsisten las prácticas en nuestro contexto actual que nos evocan al mismo pasado colonial donde se legitimaba culturalmente la esclavitud y la dominación humana de una raza superior racional y naturalmente, y de quienes se quieren asimilar a ellos en el modo de vida, esta vez, en los lugares de destino de la modernización-colonización.

3. LA IDEA DE DIGNIDAD HUMANA UNIVERSAL Y SU CRISIS EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

En el contexto cultural de progreso en la autocomprensión moral de la humanidad, puede situarse la Declaración de Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH). El núcleo de los derechos humanos universales es la dignidad humana universal. Porque hay un reconocimiento de la universalidad e igualdad de la dignidad de todo ser humano, pueden y deben afirmarse derechos humanos universales. Por ello, los derechos humanos se han definido como “el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (Pérez Luño, 2004). En este sentido, a una idea de dignidad, le corresponde unos ciertos derechos. Por ello, la dignidad se va historizando en los diversos momentos, aunque esa historización no agota la posibilidad de su ampliación o incluso de su reducción.

Esta referencia a la dignidad humana, nos sitúa pues, en el corazón teórico de los derechos humanos tal y como se formularon a mediados del siglo XX en el consenso axiológico entonces alcanzado. Ciertamente puede narrarse una historia de la idea de dignidad humana. Pero en realidad, esta historia no es un despliegue pacífico de la mejor idea moral que emerge en la conciencia humana⁹. Esta historia se da en un campo de lucha ideológica y social por la

9 Desde una visión centrada en Occidente, suele presentarse los antecedentes culturales más próximos de la idea de dignidad humana en la modernidad ilustrada. Con el tránsito a la Modernidad se produciría una secularización de la matriz ético religiosa para definir la dignidad humana y se pretende entender desde una ámbito exclusivamente ético y racional desvinculado de instancias trascendentes y omnicomprensivas. En un supuesto humanismo autocentrado, la dignidad se alcanzará en un proceso de autorreconocimiento. Si la diferencia ontológica del ser humano frente al resto del mundo existente reside en su racionalidad y libertad, esto es, en su capacidad razón y de voluntad; esta racionalidad distintiva le servirá para fundamentar su valor. En la formulación ilustrada de Kant, la dignidad del ser humano se reconoce racionalmente por constituir el ser humano un “fin en sí mismo”, algo valioso en sí mismo, y que por tanto no puede estar considerado como un simple medio de nuestras acciones, pues es a su vez, capaz de autodeterminarse. Por ello, el ser humano tendrá *valor* y las cosas tendrán *precio*. El valor del ser humano es cualitativo, y por tanto ilimitado; el de las cosas, será cuantificable y por tanto limitado. El ser humano no debe ser reducido a ningún cálculo de valor o de coste, si así fuera sería alienado de su propia condición.

conquista de la hegemonía para la definición jurídica de lo humano. Y ciertamente surge precisamente como rebelión ante la exclusión y cosificación de algunos sujetos y categorías de lo humano que en los diferentes lugares y épocas se da. Es por tanto la reacción ante la vida imposibilitada y negada por el tratamiento institucional o social lo que puede desembocar en la ampliación del espacio de la dignidad humana. Sin embargo, la dignidad humana no siempre se ha entendido universalista e igualitariamente por encima de cualquier especificación o cualificación humana, más bien, la historia de la dignidad humana es la de su propia negación, cuando se reduce a un círculo étnico, religioso, cultural, político, clasista, de género, de edad, de capacidad, de mérito social... Incluso la formulación en la modernidad ilustrada de una idea de dignidad universal del ser humano, no impide no proyectar esa misma comprensión moral del ser humano sin discriminaciones ni jerarquizaciones entre todos seres humanos. Por ello, en realidad no hay un despliegue de la idea, aun cuando las ideas y exigencias de la dignidad en los diversos contextos expresen el proyecto utópico de la lucha que se realiza y por ello, anima y orienta esa lucha. De ahí que, el ilustrado Marx radicalizara la ilustración liberal al señalar cómo el dinamismo de la libertad no reside en la simple búsqueda de la verdad por uno mismo liberado de la tutela paternalista que nos sume en una infancia sin capacidad de verdad; sino más ampliamente consiste en la rebelión frente a la in-dignidad, en “derrocar todas las situaciones en las que el ser humano es un ser humillado, esclavizado, abandonado, despreciable” (Marx, 1964). Por ello, el proceso de llegar a ser auténticamente humano consiste en liberarse de las diversas alienaciones y opresiones, en dignificarse.

En este contexto, cuando hablamos de derechos humanos nos referimos a un proceso de lucha por la dignidad humana. Las exigencias de la dignidad humana, articuladas social y políticamente abren el proceso de lucha por los derechos humanos, sin embargo siempre es un proceso abierto e inacabado, pues el momento de institucionalización y de positivación en forma de derechos reconocidos a las personas por los poderes públicos o derechos fundamentales no agota las exigencias de la dignidad humana que constituye su referente utópico; que se puede articular en forma de nuevos derechos, o de nuevas técnicas de protección de los derechos; en derechos por instituir frente o junto a los derechos instituidos o reconocidos, o por recuperar en caso de los derechos vaciados de protección y efectividad o derogados. Por ello, el proceso de jurídico de protección de los derechos humanos es, en el

mejor de los casos, una reacción ante las prácticas sociales que niegan o reducen la dignidad humana en cuanto violación o cosificación de la humanidad de los sujetos.

Si estas luchas por los derechos humanos pueden desplegarse en consensos sociales, debemos considerar el consenso de postguerra en el que surge la DUDDHH de 1948. A partir de la Declaración las exigencias de la dignidad se proyectaban en un marco de integración tanto de los derechos civiles y políticos (llamados derechos de primera generación/dimensión), pero también de los derechos económicos, sociales y culturales (también llamados derechos de segunda generación/dimensión). En esta línea, además de definir la dignidad humana como lo propio de su naturaleza, incondicionado e igual para todos en el artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, se afirma que los derechos “inherentes” a la dignidad humana no consistirán sólo en los civiles y políticos, sino a su vez, como establece el artículo 22, “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Por tanto, se afirmaba la indivisibilidad e interdependencia de las exigencias jurídico-fundamentales de la dignidad humana. Esta visión compleja de la proyecciones de la dignidad humana, liberación del “temor y de la miseria”, como se afirma en el Preámbulo de la Declaración, fundamenta tanto las dimensiones jurídico-fundamentales de la libertad, como la satisfacción de las necesidades básicas y los mecanismos de posibilitación socio-institucional para un ejercicio igualmente posible de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad.

Este es el consenso sobre la dignidad humana que justifica el despliega institucional del Estado social, sobre todo en las décadas posteriores a la segunda guerra mundial, también llamado el consenso socialdemócrata, que pretende la construcción de sociedades inclusivas y garantizadoras de los condiciones para el ejercicio y la protección de una vida digna.

Sin embargo, como bien sabemos y padecemos, asistimos a una época de deconstrucción y reformulación de la idea de dignidad humana, cuyo origen está conectado con la estrategia de

la globalización neoliberal. La tesis que sostendremos aquí es que las impugnaciones y el intento de transformación del Estado de derecho que continúa hasta el presente, no son fruto de fuerzas extrañas o de simples límites internos de factibilidad, sino de una “guerra” al interior de nuestras sociedades contra las progresivas institucionalizaciones de éste por parte de ciertas élites económicas, culturales y políticas, y que pretenden liberarse de los límites jurídicos y políticos para allanar el camino a su estrategia de acumulación ilimitada de capital y de la dominación global del mundo disponible. Desde esta perspectiva, los derechos humanos protegidos en el ámbito del Estado social, tiene el grave inconveniente de que distorsiona el mercado y limita la potencia de los agentes más fuertes, obligando a todos a asumir cargas sociales para la protección de los débiles, perdedores y de los extraños a la comunidad. Hay por ello no sólo un cierto cansancio de los valores hace unas décadas consensuados, sino un combate contra los valores justificadores del consenso sobre derechos humanos en la de postguerra. Como denunciaban Hayek y Milton Friedman, el “socialismo” en sus diversas formas (para ellos era la misma “perversión” el capitalismo de Estado como la economía social de mercado), es lo que amenaza el futuro de las sociedades libres capitalistas, y ello exigía la superación del Estado “social”. Veamos brevemente estos cuestionamientos.

Se empezó sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX, a defender la necesidad de eliminar las realizaciones y el propio proyecto del Estado social de derecho que arranca de las luchas emancipatorias del siglo XIX y XX. Éste suponía un impedimento para la apropiación ilimitada por parte de algunos agentes económicos al ordenar y asignar recursos públicamente al margen de los cauces de mercado “espontáneo”. El proyecto neoliberal consiste en el cuestionamiento, deslegitimación y erosión de los derechos humanos desde una visión interdependiente, y con ello, una regresión reductiva al ideario del Estado liberal centrado en derechos formales para operar en el mercado. La estrategia de redefinición del espacio jurídico-político desde estas posiciones trata así de producir una ruptura del consenso keynesiano y de la solidaridad institucionalizada. En este sentido, representa una declaración de guerra desde las élites económicas frente al resto de la sociedad. Para ello, era preciso una redefinición ideológico-cultural.

Así, en las últimas décadas, se han sustituido las referencias al interés general y las promesas de una sociedad para todos, por el anuncio y la celebración de un modelo de sociedad en el cual el valor guía es la *competitividad*. Donde se proclama que no hay posibilidad de asegurar la vida de todos, sino que sólo hay sitio en la sociedad para los mejor dotados en la lucha en el mercado, tanto local como globalmente. Ello implica un giro importante, pues ya no se pretende idealizar las relaciones de producción capitalistas prometiendo la realización del interés general como en el liberalismo clásico. En este sentido, este giro llevado a cabo por el modelo neoliberal, representa lo que Hinkelammert (1998) ha llamado el paso del "liberalismo utópico" al "capitalismo cínico". El cinismo de esta nueva fase consiste en que ya no pretende enmascararse las disfunciones del capitalismo para el cumplimiento del interés general apelando a recursos ideológicos, sino que directamente se anuncian las limitaciones estructurales del único sistema económico que se ha declarado posible, y que dada la imposibilidad de las alternativas, no cabe sino aceptar y celebrar esa realidad limitada como buena y sin posibilidad de transformación. Por ello, ya no hay necesidad de maquillar la realidad de la sociedad de mercado con falsas promesas, sino que el sistema se hace veraz y anuncia aquello que produce en la realidad y que está viniendo como consecuencia de su propio funcionamiento. El que se produzcan *casualties*, "bajas", ya no es algo que se pretende ocultar científicamente y compensar o anular políticamente en su caso con sistemas de protección social, sino que sería algo consustancial a la propia dinámica. Es la consecuencia de la aplicación del valor guía del modelo neoliberal. Y el hecho de que se produzca desempleo, pobreza y exclusión para los perdedores prueba que el sistema funciona correctamente; pues tendrá como correlato el éxito profesional, la opulencia y el poder de los que alzan triunfantes sobre el fracaso de los otros. Por ello, no todos los seres humanos son dignos o valiosos, sino que su valor se mide por su propio éxito o "mérito", y por tanto en contra de lo que defendiera Herbert Hart (1961), no todos serían merecedores de igual respeto y consideración. Es la legitimación de sociedades fragmentadas y permanentemente fragmentadoras, que justifican la exclusión o la explotación.

En esta fase, resulta plausible el diagnóstico de Franz Hinkelammert acerca de la modernidad liberal, sobre todo a partir de su radicalización neoliberal, cuyo núcleo ético político no sería la defensa de "antropocentrismo" que se libera de las formas premodernas

o medievales de opresión, sino que su proyecto ético político se afirma como “mercadocentrismo” que permite someter a los seres humanos concretos. Implica la imposición del “mercado libre” como institución suprema de la vida económica frente a las cuales los seres humanos tienen una condición subalterna como piezas para el funcionamiento de la institución. Supone la erosión y de reducción de los “auténticos” derechos humanos a los derechos civiles y políticos, marginando los derechos sociales del núcleo de las exigencias de la dignidad humana, para a su vez, entender el centro de esos derechos “auténticos” como el derecho formal a operar en el mercado. Así sólo se permitiría reconocer, para que el mercado funcione *sin distorsiones* (sin límites éticos y jurídicos de carácter social o ecológico que alteren o restrinjan la propia dinámica espontánea del mercado) derechos del propietario en el mercado. Con ello, se reconocen derechos tanto a personas jurídicas como a las personas naturales, de modo que la empresa aparece como sujeto de derechos humanos, con la tendencia a reducir los derechos humanos fundamentales a aquellos que sean compartidos por las mismas. Los derechos que se refieren a la satisfacción de las necesidades básicas o que se vinculan con el respeto a la naturaleza, son olvidados o directamente negados en cuanto entrarían en conflicto con el ámbito de acción de la “libertad de mercado”, y por ello, pueden ser sacrificados.

En estas condiciones, desde la ideología neoliberal, la única relación permitida a los individuos frente a las instituciones sociales es la del sometimiento ciego. Por ello, la justicia sólo es entendida como conformidad y cumplimiento de la legalidad que marca la sociedad de mercado. En este sentido, como define Friedrich Hayek (1980), “la justicia no es, por supuesto, cuestión de los objetivos de una acción sino de su obediencia a las reglas a la que está sujeta”. Las reglas a las que se refiere Hayek son las leyes del mercado, el derecho de propiedad y la libertad contractual, lo cual constituye las “únicas reglas morales”(1981). Por tanto, lo que se hace en el mercado y se produce desde él, es justo por sí mismo. Por ello no es posible una crítica del mismo en nombre de sus resultados, aunque genere condiciones de muerte para muchos seres humanos y para la propia naturaleza.

Este contexto ideológico neoliberal que entiende así la dignidad humana y la idea de justicia, tiene por supuesto su proyección necesaria en la concepción y en la práctica del propio sistema jurídico. El sistema jurídico, así posicionado, sería un sistema subalterno y

funcional a la racionalidad económica capitalista. Como describe Günther Jakobs, existe un *predominio de la economía*, entendida desde este paradigma neoliberal, sobre los otros subsistemas sociales:

La sociedad es una sociedad de explotación, lo cual no significa que sea una sociedad *también* de explotación, sino *principalmente*. El sistema "economía" se impone en caso de duda frente a todos los demás; la puesta en peligro del lugar de posicionamiento de la economía se considera un sacrilegio (...). El éxito económico se decide en el mercado, esto es, en un marco de competencia, donde siempre resulta mejor parado aquel que aprovecha todas las posibilidades existentes (...); es más, cualquier vulneración de reglas cuya observancia implica costes genera una ventaja desde el punto de vista competitivo. [Ello implica] el aprovechamiento de todas las posibilidades, cuando no la violación de reglas" cuando con ello, se consiga una ventaja competitiva. [Por ello, en el mercado, así entendido y practicado, existe] "una incitación permanente a aprovechar la frontera de lo permitido y a arriesgar transgresiones que se puedan solapar. (2004, 39)

Este análisis de Jakobs muestra el *doble* funcionamiento del mercado, el que se sujeta a reglas jurídicas, y el que *no* se sujeta a reglas, si ello permite una utilidad a quien las transgrede al conseguir una ventaja comparativa. En nuestro caso, la corrupción política, y los "paraísos" bioéticos y biojurídicos que permiten el tráfico de órganos humanos, y también el "turismo de trasplantes", escapan a las reglas generales, permiten a quienes transgreden las reglas de los trasplantes lícitos, conseguir una ventaja comparativa en términos de lucro por esta nueva "industria" médica o un incremento de sus condiciones de salud para los receptores de estas prácticas clandestinas, a costa de quienes son "lógicamente" explotados.

Tales circunstancias provienen de la tendencia de la expansión de la economía de mercado a la sociedad de mercado. Como muestra Sandel (2014, pp.15-16), en vez de mantenerse adscrito a los ámbitos de transacción de bienes materiales, el mercado rige crecientemente la vida como un todo. Según este modelo, las principales consecuencias nocivas dicen respecto a la desigualdad y corrupción en el seno de la sociedad. Cuanto mayor es el poder del capital, más importante será su falta. Las personas excluidas socialmente estarán cada vez más en situación de vulnerabilidad. Ya en la segunda consecuencia, la corrupción, el autor señala que las prácticas desplegadas por algunas

organizaciones comprometen el concepto de ciudadanía, al paso que ponen en venta bienes que no deberían, por la perspectiva moral, ser vendidos como las partes del cuerpo humano. En este sentido, las advertencias básicas de Sandel son: los mercados –hace referencia al uso de precios expresados en dinero- conducen inevitablemente a la materialización, que “corrompe” y “desplaza” las normas morales que deberían, de otra manera, guiar nuestras interacciones.

En suma, las relaciones de poder que atraviesan toda la sociedad global y las asimetrías que genera, crean un sistema paralelo donde se violan los principios formales de las sociedades liberales (aunque no neoliberales), que afirman abstractamente la dignidad de todo ser humano, y los derechos inherentes e inviolables que le son debidos. Pero entendemos que no se trata sólo de hechos que contradicen el consenso jurídico y bioético de los países desarrollados. Son hechos que tienen un carácter transnacional, y que en cierto modo se dan en paralelo a las prácticas legales y lícitas biomédicamente, en el campo de servicios de los servicios de salud. Los datos actuales, apuntan a que no se trata de un mero hecho de corrupción legal o de la praxis médica a nivel intranacional, sino que se desenvuelve en una trama jerárquica transnacional, donde las víctimas proceden de los países subdesarrollados. Son hechos que se explican y legitiman por la exterioridad de las víctimas, porque están fuera de las propias fronteras no sólo físicas y políticas, sino culturales. Es una legitimación cínica pero eficaz, que acompaña la *globalización neoliberal*: los que no tienen valor social, cultural o económico, les queda un recurso para “vender”: sus cuerpos. Pero incluso, los que no tienen calidad humana, ¿por qué no pueden ser utilizados para beneficiar a los que sí tienen calidad humana? No se trata sólo de la posibilidad de ser explotados, sino también de ser aniquilados. Es el reino de la perversión más cínica perpetrado con los mejores medios técnicos y científicos.

4. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS COMO MODALIDAD DE TRATA DE PERSONAS

La Trata de personas está definida por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El conocido como

Protocolo de Palermo¹⁰ define en su artículo 3 la Trata de Personas, como se puede observar en el cuadro siguiente:

De acuerdo con el Artículo 3 del Protocolo de Palermo:

<p>“a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, <u>con fines de explotación</u>. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;”</p>	Tipo de Explotación	Sectores donde se ejerce la explotación
	SEXUAL	Prostitución Forzada Explotación sexual comercial infantil Pornografía (fotografías, películas, Internet) Turismo sexual Relaciones sexuales remuneradas Agencias matrimoniales Embarazos forzados
	LABORAL	Servicio doméstico Fábricas, maquiladoras Trabajo agrícola Construcción, minas, pesca Mendicidad
	SERVIDUMBRE	Matrimonio servil Prácticas culturales o religiosas Trabajo doméstico Alquiler de vientres
	FALSAS ADOPCIONES	Compra o venta de niños para adopción
	COMISIÓN DE DELITOS MENORES	Robos Venta de drogas, armas, artículos robados
	TRÁFICO DE ÓRGANOS	Sustracción, sin consentimiento o bajo coerción, de los órganos, tejidos o sus componentes
	MILITAR	Soldados cautivos Niños soldados
	ESCLAVITUD	El estatus o condición de una persona sobre la cual se ejercen todos los poderes asociados al derecho de propiedad o alguno de ellos

La inclusión del tráfico de órganos en el Protocolo se destina a cubrir las situaciones en que una persona es explotada por un traficante para obtener ganancias en el “mercado de órganos”. Las fuerzas del mercado llevan a la oferta y la demanda; aquellos que tengan la necesidad de un trasplante de órganos y, a su vez, dispongan de los necesarios recursos económicos y puedan acceder a esta oferta de “servicios” de salud” comprarán un órgano de aquellos que son desesperadamente pobres, o de “agentes” que obtuvieron el órgano por la fuerza o engañosamente. Así, las cuestiones sobre consentimiento y explotación relacionadas con la extracción de órganos se complican por el hecho de que a menudo las víctimas consienten a la extracción de sus órganos, e incluso pueden recibir el pago acordado por ellos. Sin embargo, como es común en situaciones de trata con fines de explotación, la prestación del “servicio” es impulsado por la pobreza

10 Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000.

extrema. En la situación de la extracción de órganos, muchas personas dan su consentimiento a la extirpación de sus órganos, pero puede haber engaño en cuanto a la cantidad de pago por el órgano o si no habrá ningún pago en absoluto. También pueden no estar plenamente informados sobre la naturaleza del procedimiento, su recuperación y el impacto de la extracción de órganos en su salud. Alternativamente, el consentimiento puede ser obtenido a través de distintos grados de coacción o abuso de la vulnerabilidad (SCHEPER-HUGHES, 2014).

En relación al tráfico de órganos, según la interpretación del Protocolo de Palermo para constituirse el crimen de la trata de personas para remoción de órganos, la persona debe ser transportada con la finalidad de remoción de sus órganos; por tanto, solamente considera Trata cuando ocurre entre vivos. Ante la imprecisión conceptual sobre el tema, la OMS, en 2008, teniendo como referencia el concepto de Trata de seres humanos del Protocolo de Palermo, realiza una interpretación para la definición sobre la trata de órganos, el comercio de transplantes y el turismo de transplantes a través de la Declaración de Estambul sobre Tráfico de Órganos y Turismo de Transplante (2008)¹¹ definiendo que:

El tráfico de órganos es la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para trasplante.

Se puede observar un avance conceptual pues añade que la trata también puede ocurrir entre personas vivas y fallecidas. No obstante, aun tenemos un indicador incompleto que reduce a la finalidad de exploración “a través de la remoción de órgano para trasplante” y no incluye el “tráfico de partes del cuerpo humano”.

Para contribuir al enfrentamiento del Tráfico de órganos, ya que el mismo vulnera la dignidad humana y el derecho a la vida y constituye una amenaza a la salud pública (Preámbulo), se configura

¹¹ Es una Declaración organizada por la OMS en que participaron entidades médicas, científicas y gubernamentales de 150 países preocupados con el aumento substancial del Tráfico de órganos y tejidos humanos.

el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos¹² que prohíbe lucrarse con transplantes y da a las víctimas el derecho a indemnización, lo que podría cubrir costes de asistencia médica, psicológica y social. Este instrumento define: “por ‘tráfico de órganos humanos’ se entenderá toda actividad ilícita en relación con órganos humanos” (Artículo 1)¹³. Un punto muy novedoso e importante del presente Convenio es tipificar como delito el tráfico de órganos entre personas vivas y fallecidas, avanzando conceptualmente la definición de la OMS (Declaración de Estambul), y propiciando un desarrollo normativo en modalidad de trata de órganos como una vulneración de derechos humanos que ocurre tanto por la vulnerabilidad económica de los “proveedores”, como por la debilidad de la salud de los “receptores” con la intermediación de los “aprovechadores” que explotan a ambos y se aprovechan de la falta de órganos disponibles para transplantes.

Para completar el desarrollo normativo es importante señalar el proceso de reconocimiento de lo que podríamos llamar “dignidad del cuerpo humano”, desarrollado especialmente en el ámbito de la prácticas clínicas e investigadoras en el campo de la biomedicina. Frente a la tradición moderna e ilustrada que concentra el ámbito de valor de lo humano en la dimensión moral e intelectual de la persona, de la mano de concepciones antropológicas no dualistas ni disgregadoras de la unicidad pisco-orgánica del ser humano, se ha dado paso en las últimas décadas a una comprensión más integradora de la persona, y por consiguiente, también a una proyección del ámbito de dignidad también sobre el cuerpo o sus partes, en suma, sobre el nivel biológico del ser humano.

12 El pasado 25 de marzo de 2015 se aprobó y fue abierto a la firma de los Estados contando ya con 14 firmas (más que las 5 para su entrada en vigor), que ocurrirá en tres meses tras el depósito de las firmas (artículo 28.3).

13 Asimismo señala en el artículo 4: “ tipificar como delito con arreglo a su Derecho interno la extracción, si se ha cometido intencionalmente, de órganos humanos de donantes vivos o muertos:

- a) cuando, la extracción se realiza, sin el consentimiento libre, informado y específico del donante, antes o después de fallecimiento, o en el caso del donante difunto, sin que la extracción esté autorizada por su legislación interna.
- b) cuando, a cambio de la extracción de órganos, se haya ofrecido o se le haya concedido al donante vivo, o a un tercero, un beneficio económico o una ventaja comparable.
- c) cuando, a cambio de la extracción de órganos de un donante difunto, se haya ofrecido o se le haya concedido a un tercero un beneficio económico o una ventaja comparable”.

En este contexto, con respecto a la prohibición del comercio del cuerpo humano o de sus partes, cabe destacar entre los instrumentos jurídicos internacionales o regionales que buscan proteger los derechos humanos en el contexto de las prácticas médicas la prohibición del comercio con el cuerpo humano o sus partes, el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina* (1997). Elaborado en el ámbito del Consejo de Europa pero con una vocación universal para la adhesión al mismo de otros Estados (artículo 38), y establece en su artículo 1 que “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad (...)” y en su Capítulo VII, la “Prohibición del lucro y utilización de una parte del cuerpo humano”: Artículo 21. Prohibición del lucro. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro. El convenio establece que la extracción de órganos sólo puede tener lugar con la información adecuada y el consentimiento (artículo 22). Si bien estos principios suponen un avance, cabe destacar que tienen también un valor limitado si no se considera o se hace abstracción de la situación geopolítica, con las tramas de poder que se articulan en ella entre los diversos actores y lugares del planeta, como estamos viendo en el contexto de los trasplantes clandestinos, lo que no permite suponer un consentimiento libre e informado como si no existiera la situación de vulnerabilidad y de diversas formas de violencia sobre los “donantes” del Sur.

En esta línea de proyectar la dignidad humana sobre el cuerpo humano, también se inscribe la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000). En su Capítulo I sobre “Dignidad”, incluye los aspectos relacionados con la integridad física de la persona y la necesidad de que en el ámbito de las prácticas científicas y clínicas se mercantilice el cuerpo humano. Así, en su artículo 3 titulado “Derecho a la integridad de la persona”, establece en el apartado 1, “Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica”, y en el apartado 2, “En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular (...) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro”.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Se ha puesto de manifiesto una doble respuesta al tráfico de órganos. De un lado, la existencia de un consenso político, ético y científico sobre trasplantes de órganos humanos, desarrollado en las últimas décadas bajo el auspicio de la OMS, a través de la Asamblea Mundial de Salud, que ha elaborado unos *principios rectores de la OMS sobre trasplantes de células, tejidos y órganos humanos* y de la Declaración de Estambul (1998); en el ámbito de la ONU, mediante la definición de la modalidad de tráfico de órganos como una forma de Tráfico de seres humanos (2000) y del Consejo de Europa tanto en marco de la bioética (1997) como de la criminalidad transnacional organizada (2000 y 2015). Por otro lado, se observa que el tráfico de órganos es una respuesta a la escasez de órganos para trasplantes realizada mediante el aprovechamiento de las situaciones de vulnerabilidad a los grupos más pobres, excluidos y discriminados. El tráfico de órganos humano estimula las ganancias por lucro, quebranta la donación altruista además de transmitir la idea de que algunas personas carecen de dignidad y sus vidas (y órganos) pueden ser utilizadas para fines de mercantilización.

También fue analizado que el contexto normativo internacional camina en el sentido de primero reprimir el tráfico de órganos, buscando con ello disuadir la demanda y los actores intermediarios que se benefician de esta trama perversa. No obstante, las raíces o causas profundas no son directamente observadas en el nivel jurídico y científico, ya que no cuestiona la legitimación ideológica que permite que a unas vidas puedan ponerse precio y sean comercializadas, mientras otras vidas humanas vean garantizada su dignidad y su consiguiente protección.

BIBLIOGRAFÍA

BALES, K. *La nueva esclavitud en la economía global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2000.

BAUMAN, Z., *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*, Barcelona, Arcadia, 2008.

COHEN, I. Glenn, *Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs* (April 20, 2013). *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 41, No. 1, 2013. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2254341>>.

ESTERCI, N. *Escravos da Desigualdade*. CEDI/KOINONIA: Rio de Janeiro, 1994.

GOSFROGUEL, R., "La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global", *Tábula Rasa*, nº 4, 2006.

HAYEK, F. A., "El ideal democrático y la contención del poder", en *Estudios Públicos* (Santiago de Chile) No. 1, Diciembre, 1980.

HAYEK, F. A., "Entrevista", *Mercurio*, Santiago de Chile, 19 de abril de 1981.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

HINKELAMMERT, Franz. *El grito del sujeto*, San José: DEI, 1998.

JAKOBS, G. *Dogmática del Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Thompson, 2004.

MARX, K., "La introducción a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel. Crítica de la religión", Erik Fromm (Ed.), *Marx y su concepto de hombre*, Méjico, FCE, 1964.

PASCALEVA A, DE JONG J, AMBAGTSHEER F, LUNDIN S, Ivanovski N, Codreanu C, Gunnarson M, Yankov J, Frunza M, Byström I, Bos M, Weimar W. *Trafficking in human beings for the purpose of organ removal: a comprehensive literature review*. Disponible en: <www.hottproject.com>. Diciembre 2013.

QUIJANO, A., «Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina», en *La colonialidad del saber : eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.

ROMEO-CASABONA, Carlos, "Entrevista 24 de marzo de 2015", http://www.eldiario.es/sociedad/trafico-organos-negocio-organizado-internacional_0_369913821.html

SANDEL, M. *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites Morales Del mercado*. 2ª edición, Barcelona: Debate, 2014.

SCHEPER-HUGHES, Nancy. "Perpetual scars. A forensic examination of the persistente problem of trafficking vulnerable people for their organs, and what it would take to stamp it out". *New Internationalist* (NI) 472, Mayo 2014 (pp.12-23).

ANEXO



DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

(Adoptada y proclamada por la Asamblea General
en su resolución 217 A, de 10 de diciembre de 1948)

PREÁMBULO

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias,

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones,

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso,

LA ASAMBLEA GENERAL

Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho

nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

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

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas

exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30

Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.