





---

LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS  
TEORÍA JURÍDICA Y PRAXIS POLÍTICA



Esta publicación es de **acceso libre, abierto y gratuito**, por tanto su contenido está a disposición del lector sin cargo alguno con el objetivo de incrementar su visibilidad nacional e internacional. Usted puede sin solicitar permiso leerla, compartirla, imprimirla, comunicarla públicamente la obra o generar obras derivadas, siempre que cite la autoría y fuente original. **No se permite utilizar esta obra con fines comerciales.**

---

---

LOS NUEVOS  
DERECHOS HUMANOS  
TEORÍA JURÍDICA Y PRAXIS POLÍTICA

JORGE CREGO  
CAROLINA PEREIRA SÁEZ  
(EDS.)

*Granada, 2024*

**45** *COLECCIÓN*  
**FILOSOFÍA, DERECHO Y SOCIEDAD**

---

Directores ALFONSO J. GARCÍA FIGUEROA  
ANTONIO M. PEÑA FREIRE  
PEDRO SERNA BERMÚDEZ

Este trabajo es resultado del proyecto Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.



**unir** LA UNIVERSIDAD  
EN INTERNET

Diseño de cubierta:  
Mariángel González Arroyo

Maquetación:  
Eloísa Ávila

© Los autores

© Editorial Comares, 2024  
Polígono Juncaril  
C/ Baza, parcela 208  
18220 Albolote (Granada)  
Tlf.: 958 465 382

[www.comares.com](http://www.comares.com) • E-mail: [libreriacomares@comares.com](mailto:libreriacomares@comares.com)  
[facebook.com/Comares](https://facebook.com/Comares) • [twitter.com/comareseditor](https://twitter.com/comareseditor) • [instagram.com/editorialcomares](https://instagram.com/editorialcomares)

ISBN: 978-84-1369-811-3 • Depósito legal: Gr. 801/2024

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES

---

---

## AUTORES

**Pedro Serna.** Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidade da Coruña).

**Gustavo Arosemena.** Profesor de Derechos Humanos (Maastricht University).

**Óscar Vergara.** Profesor Titular de Filosofía del Derecho (Universidade da Coruña).

**Juan Cianciardo.** Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Navarra).

**Noelia Martínez-Doallo.** Investigadora posdoctoral (University of Konstanz).

**Antonio Manuel Peña Freire.** Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Granada).

**Tomás de Domingo Pérez.** Profesor Titular de Filosofía del Derecho (Universidad Miguel Hernández).

**Juan B. Etcheverry.** Profesor Titular (Catedrático) de Filosofía del Derecho (Universidad Austral).

**Ana María Torres Chedraui.** Investigadora (Erasmus University Rotterdam).

**Fernando Toller.** Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad Austral, Buenos Aires).

**Fernando H. Llano Alonso.** Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Sevilla).

**Roberto Andorno.** Profesor Asociado (Titular) de Bioética y Filosofía del Derecho (Universidad de Zúrich).

**José Ignacio Solar Cayón.** Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Cantabria).

**Jorge Crego.** Profesor Ayudante Doctor de Filosofía del Derecho (Universidade da Coruña).

**Ana Paz Garibo.** Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho (Universitat de València).

**Vicente Bellver Capella.** Catedrático de Filosofía del Derecho (Universitat de València).

**Pilar Zambrano.** Profesora Titular de Filosofía del Derecho (Universidad de Navarra).

**Max Silva Abbot.** Docente investigador de Filosofía del Derecho (Universidad San Sebastián, Chile).

**Alfonso García Figueroa.** Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Castilla-La Mancha).

**Ángela Vivanco Martínez.** Profesora Asociada (Titular) de Derecho constitucional (Pontificia Universidad Católica de Chile). Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

**Pablo de Lora.** Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad Autónoma de Madrid).

**José Luis Pérez Triviño.** Profesor Titular de Filosofía del Derecho (Univesitat Popeu Fabra).



---

---

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN .....	1
<i>Jorge Crego, Carolina Pereira Sáez</i>	

### PARTE I

#### GÉNESIS Y ASPECTOS CONCEPTUALES DE LOS NUEVOS DERECHOS

CAPÍTULO 1	
EL DISCURSO DE LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS. PERSPECTIVA GENÉTICO-CRÍTICA .....	17

*Pedro Serna*

1. Introducción .....	17
2. Por qué aparecen NDH .....	19
3. Los NDH presentan una menor universalidad y abstracción .....	24
4. ¿Por qué ciertas demandas se tienden a reivindicar como NDH? Retórica y política de los NDH .....	25
5. La inflación o proliferación de los DDHH como problema .....	32
6. Los NDH como instrumento de transformación moral .....	39

CAPÍTULO 2	
EL PARADIGMA TRANSFORMADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS: RASGOS ESTRUCTURALES Y CONSECUENCIAS PARADÓJICAS .....	51

*Gustavo Arosemena*

1. Introducción .....	51
2. Rasgos del paradigma transformador .....	54
2.1. La acogida irrestricta de los derechos positivos .....	54
2.2. Libertades como poderes .....	57
2.3. Expansión cuantitativa y cualitativa del catálogo de derechos .....	58
2.4. Expansión de las entidades sujetas a obligaciones .....	60
2.5. La doctrina de las causas raíces .....	61
2.6. La difuminación de la diferencia entre derechos e intereses públicos .....	61
2.7. La expansión del concepto de discriminación .....	62
2.8. El aumento de los conflictos de derechos .....	62
2.9. Universalización de la ponderación como herramienta para tomar decisiones jurídicas .....	64

3.	Consecuencias paradójicas. . . . .	65
3.1.	Nuevos derechos en desmedro de la igualdad . . . . .	66
3.2.	El desapoderamiento de los individuos y el empoderamiento de los jueces . . . . .	68
3.3.	La caída del imperio de la ley . . . . .	69
4.	Conclusiones . . . . .	70
CAPÍTULO 3		
LA SOLERA DE LOS DERECHOS. UNA APROXIMACIÓN LÓGICO-SISTEMÁTICA AL PROCESO DE PRODUCCIÓN DE NUEVOS DERECHOS HUMANOS . . . . .		71
<i>Oscar Vergara</i>		
1.	Derechos jóvenes y derechos con solera . . . . .	72
2.	Una nueva floración de derechos. . . . .	75
3.	Poniendo un poco de orden . . . . .	77
4.	Prohibido «hacer minería de principios» . . . . .	83
CAPÍTULO 4		
CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN Y ESPECIFICACIÓN DE NUEVOS DERECHOS. A PROPÓSITO DE LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS . . . . .		91
<i>Juan Cianciardo</i>		
1.	Introducción. . . . .	91
2.	El nuevo rumbo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	92
2.1.	El texto del art. 26 de la Convención Americana. . . . .	93
2.2.	La interpretación del art. 26 por la CorIDH. . . . .	94
3.	Elementos para un análisis de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. . . . .	106
3.1.	Cómo identificar un derecho fundamental, cómo identificar un derecho humano. . . . .	106
3.2.	La necesidad de especificar o determinar . . . . .	111
CAPÍTULO 5		
LA AGENCIA INTENCIONAL PROSPECTIVA DE ALAN GEWIRTH COMO LÍMITE A LA PROLIFERACIÓN DE NUEVOS DERECHOS . . . . .		117
<i>Noelia Martínez Doallo</i>		
1.	Introducción. . . . .	117
2.	La acción humana como el contexto racional de la moralidad. . . . .	118
3.	El método dialécticamente necesario. . . . .	121
4.	Los bienes necesarios para la acción: libertad y bienestar . . . . .	122
5.	La conexión lógica entre bienes y derechos. . . . .	123
6.	El argumento de Gewirth. . . . .	126
7.	Viabilidad del argumento . . . . .	128
8.	Objeciones . . . . .	129
8.1.	Objeciones a los rasgos genéricos de la acción . . . . .	130
8.2.	Objeciones al argumento de Gewirth. . . . .	131
8.3.	Objeciones a la idea de la autocontradicción. . . . .	131
8.4.	Objeciones a la universalidad . . . . .	132
8.5.	Objeciones al concepto de agente intencional prospectivo . . . . .	133
9.	Conclusiones . . . . .	134

PARTE II  
LA INSERCIÓN SISTÉMICA DE LOS NUEVOS DERECHOS

## CAPÍTULO 6

NUEVOS DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO . . . . . 137

*Antonio Manuel Peña Freire*

1. La constitucionalización del ordenamiento jurídico . . . . . 137
2. La concepción de los derechos de la constitucionalización . . . . . 141
3. Constitucionalización y constitución total . . . . . 144
4. La constitución implícita . . . . . 148
5. Conclusiones . . . . . 151

## CAPÍTULO 7

LOS «NUEVOS DERECHOS» EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. . . . . 157

*Tomás de Domingo Pérez*

1. Introducción. . . . . 157
2. Los fundamentos axiológicos del Estado constitucional de Derecho y la teoría de los derechos fundamentales. . . . . 158
3. La incorporación de «nuevos derechos» en el Estado constitucional. . . . . 166
4. Los nuevos derechos y su condición de «derechos subjetivos». . . . . 175
5. Conclusión. . . . . 177

## CAPÍTULO 8

DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: EL ESLABÓN PERDIDO. COMENTARIO A «LEGISLATED RIGHTS – SECURING HUMAN RIGHTS THROUGH LEGISLATION» . . . . . 179

*Juan B. Etcheverry*

1. Introducción. . . . . 179
2. La naturaleza de los derechos humanos . . . . . 181
  - 2.1. Los derechos como relaciones justas de tres términos. . . . . 181
  - 2.2. La relación entre los derechos humanos y el bien común . . . . . 182
  - 2.3. La capacidad directiva de los derechos humanos . . . . . 182
  - 2.4. Los derechos legislados como derechos inderrotables. . . . . 183
  - 2.5. ¿Los principios jurídicos son incapaces de dirigir la conducta? . . . . . 184
  - 2.6. ¿Es preferible que los tratados, las constituciones y la legislación no incluyan normas enunciadas como principios? . . . . . 185
3. El papel de las legislaturas en la protección de los derechos humanos . . . . . 185
  - 3.1. Las legislaturas como foros de principios y de razones. . . . . 185
  - 3.2. Las legislaturas se encuentran en mejores condiciones para determinar los derechos humanos . . . . . 186
  - 3.3. Las legislaturas como foros de principios e intereses . . . . . 188
  - 3.4. La especificación de los derechos: ¿tarea exclusiva de las legislaturas o complementaria con otros órganos de la comunidad política? . . . . . 190
4. Control judicial de constitucionalidad como una forma de especificar la distribución de potestades de la autoridad . . . . . 193
  - 4.1. Riesgos de los sistemas de control judicial de constitucionalidad . . . . . 193
  - 4.2. Motivos insuficientes para tener sistemas de control judicial de constitucionalidad . . . . . 194
  - 4.3. Razones para tener sistemas de control judicial de constitucionalidad . . . . . 196

5.	Determinación judicial del derecho: el eslabón perdido . . . . .	198
5.1.	La especificación judicial de los derechos y su función de control pueden ser en parte inevitables y en parte deseables . . . . .	198
5.2.	Autoridad de la legislación o discrecionalidad de los jueces . . . . .	199
5.3.	Interpretación y justificación del derecho . . . . .	202
6.	Conclusiones . . . . .	203
CAPÍTULO 9		
CONFLICTO DE DERECHOS, PONDERACIÓN Y AJUSTES RAZONABLES . . . . .		205
<i>Ana Maria Torres Chedraui, Gustavo Arosemena</i>		
1.	Introducción. . . . .	205
2.	Caracterizando a los derechos humanos. . . . .	207
3.	La ponderación y los conflictos de derechos . . . . .	208
4.	El merecimiento subjetivo . . . . .	212
5.	Los ajustes razonables . . . . .	213
6.	Una aplicación de los ajustes razonables . . . . .	215
7.	El valor añadido de los ajustes razonables . . . . .	223
CAPÍTULO 10		
LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUMERADOS: HISTORIA, SENTIDO, DIFICULTADES, POSIBILIDADES . . . . .		227
<i>Fernando M. Toller</i>		
1.	Introducción: problemas de Teoría del Derecho tras la cuestión de los derechos no enumerados . . . . .	227
2.	Sistemas con catálogos de derechos de <i>numerus apertus</i> y de <i>numerus clausus</i> . . . . .	229
2.1.	Características de ambos sistemas . . . . .	229
2.2.	El modelo abierto estadounidense y su impacto en Latinoamérica . . . . .	230
2.3.	El sistema europeo de catálogo cerrado . . . . .	233
2.4.	Sumario sobre estos sistemas. . . . .	236
3.	Madison y los orígenes de los derechos constitucionales no enumerados . . . . .	236
3.1.	Los reclamos por una declaración de derechos en el proceso de ratificación de la Constitución . . . . .	237
3.2.	El principio <i>expressio unius</i> y las razones para una cláusula de derechos no enumerados . . . . .	241
4.	<i>Griswold v. Connecticut</i> y el (poco) uso de la cláusula de derechos no enumerados . . . . .	243
4.1.	Un caso solitario . . . . .	243
4.2.	La argumentación del Juez Douglas, con mera mención . . . . .	243
4.3.	La Novena Enmienda en la concurrencia del Juez Goldberg. . . . .	244
4.4.	Los restantes votos . . . . .	247
5.	El debido procesal legal sustantivo como base para derechos no explícitos . . . . .	248
5.1.	La Cláusula del Debido Proceso, una tierra fértil para el dinamismo constitucional . . . . .	248
5.2.	La metodología del debido proceso: «libertad ordenada» e «historia y tradiciones» . . . . .	251
5.3.	<i>Roe v. Wade</i> y <i>Dobbs v. Jackson</i> : debido proceso y arraigo en la historia y tradición . . . . .	252
6.	Elementos para el (correcto) reconocimiento de derechos humanos no enumerados . . . . .	254
6.1.	Reafirmar la pertinencia y vigencia de la doctrina de los derechos no enumerados. . . . .	254
6.2.	Polos opuestos a evitar: parálisis histórica e inflación de nuevos derechos . . . . .	255
6.3.	Los derechos, entre la naturaleza y el consenso. . . . .	257
6.4.	Contenidos extra normativos y dignidad humana como fuente . . . . .	259
6.5.	Derechos implícitos y derechos simplemente no enumerados . . . . .	260
7.	Colofón . . . . .	261

PARTE III  
EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA

CAPÍTULO 11	
SINGULARIDAD TECNOLÓGICA E IDENTIDAD PERSONAL. REFLEXIONES PARA UN DEBATE ÉTICO-JURÍDICO . . . . .	
	265
<i>Fernando H. Llano Alonso</i>	
1. Los neuro-implantes y el uso terapéutico de la inteligencia artificial . . . . .	265
2. La nueva generación de derechos digitales y el reconocimiento de los neuroderechos . . . . .	270
3. Cuando la persona se convierte en un avatar: el <i>novo homo ludens</i> en el metauniverso de internet . . . . .	277
4. Conclusión . . . . .	283
CAPÍTULO 12	
LOS «NEURODERECHOS» COMO RESPUESTA A LOS DESAFÍOS DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS. LA INICIATIVA DE LA UNESCO . . . . .	
	285
<i>Roberto Andorno</i>	
1. El desafío de las neurotecnologías . . . . .	285
2. El rol clave de los derechos humanos frente a los desafíos de las neurotecnologías . . . . .	288
2.1. Libertad cognitiva . . . . .	289
2.2. Derecho a la privacidad mental . . . . .	290
2.3. Derecho a la integridad mental . . . . .	291
2.4. Derecho a la continuidad psicológica . . . . .	292
3. Iniciativa de la UNESCO en materia de neuroderechos . . . . .	293
4. Conclusiones . . . . .	296
CAPÍTULO 13	
INTELIGENCIA ARTIFICIAL JURÍDICA Y DERECHOS: BALANCE PROVISIONAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO . . . . .	
	297
<i>José Ignacio Solar Cayón</i>	
1. Introducción . . . . .	297
2. Inteligencia artificial jurídica en el mercado de servicios legales . . . . .	298
3. Inteligencia artificial en la Administración de Justicia . . . . .	309
3.1. Efectos positivos . . . . .	312
3.2. Aspectos más problemáticos . . . . .	319
CAPÍTULO 14	
UNA EVALUACIÓN DE LA FUNDAMENTACIÓN GENÉRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DIGITALES . . . . .	
	329
<i>Jorge Crego</i>	
1. Introducción . . . . .	329
2. El paradigma de los nuevos derechos humanos digitales . . . . .	333
3. El excepcionalismo como fundamento genérico de los derechos digitales: descentralización y desterritorialización . . . . .	336
4. Del problema del catálogo al problema de la concepción de los derechos humanos . . . . .	342
5. Hacia una reformulación de la concepción de los derechos humanos . . . . .	348

## CAPÍTULO 15

EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS. EL CASO DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS CON GAMETOS DONADOS .....	351
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

*Ana-Paz Garibo*

1. Introducción.....	351
2. La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el anonimato del donante en el ordenamiento jurídico español.....	352
3. La crisis del paradigma del anonimato.....	353
3.1. La diferencia de trato con respecto a los hijos adoptados .....	354
3.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	355
3.3. La evolución de la normativa sobre el anonimato o la identificación del donante en derecho comparado .....	355
3.4. La Recomendación 2156 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa .....	359
3.5. La posición de los Comités de Bioética en nuestro país .....	359
4. Hacia la articulación de un nuevo derecho fundamental: el derecho a conocer los orígenes biológicos .....	359
5. Conclusiones .....	361

## PARTE IV

## LA REVISIÓN DE LOS CONFINES Y DEL SENTIDO DEL DERECHO A LA VIDA

## CAPÍTULO 16

¿ES EL ABORTO UN NUEVO DERECHO?.....	365
--------------------------------------	-----

*Vicente Bellver Capella*

1. Advertencia preliminar .....	365
2. Sobre el discurso de los derechos humanos y la diversidad de interpretaciones sobre el derecho a la vida .....	366
2.1. El derecho a la vida: la perspectiva autonomista .....	368
2.2. El derecho a la vida: la perspectiva existencialista .....	371
3. Algunas consideraciones para preservar la fuerza legitimadora de los derechos humanos .....	372
4. ¿Qué dice el derecho internacional de los derechos humanos sobre el aborto?.....	375
4.1. El aborto en el sistema de Naciones Unidas .....	375
4.2. El aborto en Europa y América .....	381
5. Reflexiones finales sobre la eventual proclamación de un derecho al aborto .....	390

## CAPÍTULO 17

UN NUEVO DERECHO LLAMADO «EUTANASIA», UN NUEVO DERECHO SIN DERECHOS, O LA PROGRESIVA DISOLUCIÓN DEL DERECHO.....	395
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

*Pilar Zambrano*

1. Introducción.....	395
2. La eutanasia como un «nuevo derecho individual» de naturaleza prestacional.....	396
3. La legalización de la eutanasia y la expulsión de la pretensión de obligatoriedad moral del Derecho .....	398
3.1. La dignidad como fundamento de la fuerza categórica de todo imperativo (moral o jurídico).....	398
3.2. La legalización de la eutanasia como negación de la dignidad .....	401
3.3. La legalización de la eutanasia y la expulsión de la pretensión de autoridad moral del Derecho .....	405

4. La legalización de la eutanasia: ¿Un nuevo derecho, o la negación de todo derecho posible? . . . . .	408
5. El derecho prestacional a la eutanasia. ¿Una extensión de la libertad de conciencia o una negación de toda conciencia posible? . . . . .	411
6. Conclusión. . . . .	412

## PARTE V

EL PARADIGMA TRANSFORMADOR EN ACCIÓN:  
EL DERECHO LATINOAMERICANO

## CAPÍTULO 18

EL DERECHO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ¿HACIA UN GIRO COPERNICANO JURÍDICO? . . . . .	417
-----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

*Max Silva Abbott*

1. Introducción. . . . .	417
2. Algunas características del Derecho interamericano . . . . .	418
3. Una rendición incondicional del Estado . . . . .	427
4. El fundamento de esta rendición incondicional . . . . .	433
5. Conclusión. . . . .	437

## CAPÍTULO 19

ECOPOPULISMO Y PROSOPOPEYA. . . . .	439
-------------------------------------	-----

*Alfonso García Figueroa*

1. Introducción: antecedentes y consecuentes . . . . .	439
2. La fundamentación pragmatista y una estrategia retórica de éxito planetario: Gaia . . . . .	443
3. La fundamentación ecoteológica, idónea para un Estado neoconfesional y populista . . . . .	450
3.1. Problemas analíticos-conceptuales (Hume de nuevo) . . . . .	450
3.2. Problemas jurídico-políticos: algo más que riesgo de confesionalismo. . . . .	452
4. ¿De qué naturaleza hablamos? Unas notas exploratorias. . . . .	454
5. Subjetivemos la defensa de la naturaleza (no la naturaleza) . . . . .	459
5.1. Idoneidad de la atribución de derechos a la naturaleza para preservarla . . . . .	460
5.2. Necesidad de la atribución de derechos a la naturaleza para preservarla. . . . .	461
5.3. Ponderación de la atribución de derechos a la naturaleza para preservarla . . . . .	462
6. Conclusión. . . . .	463

## CAPÍTULO 20

LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA Y EN EL PROCESO CONSTITUYENTE DEL PAÍS. . . . .	465
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

*Ángela Vivanco Martínez*

1. Introducción. . . . .	465
2. El reconocimiento de nuevos derechos en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena . . . . .	467
2.1. Aspectos generales. . . . .	467
2.1.1. <i>Derechos reconocidos en instrumentos internacionales.</i> . . . . .	467
2.1.2. <i>Derechos implícitos, desarrollados por la vía interpretativa.</i> . . . . .	468
2.2. Derecho a la identidad personal. . . . .	469

2.3.	Derecho a la identidad de género. . . . .	470
2.3.1.	<i>Derecho a la identidad de género en materia de salud</i> . . . . .	470
2.3.2.	<i>Derecho a la identidad de género en materia de educación</i> . . . . .	473
2.3.3.	<i>Derecho a la identidad de género como una manifestación del derecho a la identidad personal (cambio de nombre y sexo registral)</i> . . . . .	474
2.4.	Derecho de acceso a la información pública . . . . .	477
2.5.	Derecho de acceso a la justicia o tutela judicial. . . . .	478
2.6.	Secreto profesional como parte del derecho a defensa . . . . .	480
2.7.	Interés superior del niño y derechos de los N.N.A al disfrute del más alto nivel de prestaciones sanitarias . . . . .	481
2.8.	Derecho a contraer matrimonio . . . . .	482
2.9.	Derecho a la propia imagen . . . . .	483
2.10.	Derecho al buen nombre . . . . .	485
2.11.	Derecho al olvido. . . . .	485
2.11.1.	<i>Prevalencia del derecho a la información cuando se compromete el interés público</i> . . . . .	486
2.11.2.	<i>Deber de actualización o complementación de noticias publicadas</i> . . . . .	487
2.11.3.	<i>Responsabilidad de los motores de búsqueda</i> . . . . .	488
2.12.	Derecho humano de acceso al agua potable. . . . .	489
2.13.	Derechos fundamentales reconocidos a personas con capacidades especiales. . . . .	491
2.14.	Principio de no devolución en relación a la protección de la condición de refugiado . . . . .	492
2.15.	Principio de confianza legítima como fuente generadora de derechos estatutarios frente a la Administración . . . . .	493
3.	Derechos nuevos en la propuesta de nueva Constitución. . . . .	494
3.1.	Derechos con una correlación con el catálogo de derechos existente en la Constitución vigente . . . . .	496
3.1.1.	<i>Derecho a la vida, medioambiente, seguridad social y salud</i> . . . . .	496
3.1.2.	<i>Igualdad</i> . . . . .	496
3.1.3.	<i>Libertad individual</i> . . . . .	497
3.1.4.	<i>Libertad de conciencia</i> . . . . .	497
3.1.5.	<i>Autodeterminación informativa</i> . . . . .	497
3.1.6.	<i>Libertad de expresión</i> . . . . .	498
3.1.7.	<i>Derecho a la educación</i> . . . . .	498
3.1.8.	<i>Derechos laborales</i> . . . . .	498
3.1.9.	<i>Derecho de propiedad</i> . . . . .	499
3.2.	Derechos nuevos, innovaciones de la Convención Constitucional . . . . .	499
4.	Conclusiones . . . . .	500

PARTE VI  
DEMANDAS EN EL LÍMITE

CAPÍTULO 21		
UNA MANO AMIGA: SEXO, DISCAPACIDAD Y ESTADO <i>SATISFYER</i> . . . . .	505	
<i>Pablo de Lora</i>		
1.	Introducción. . . . .	505
2.	La (ir)relevancia moral del sexo . . . . .	507
3.	¿Derecho al sexo? . . . . .	509
4.	Asistencia sexual al discapacitado: ¿exención frente a una prohibición general? . . . . .	510



5. Los argumentos en contra de la asistencia sexual a los discapacitados . . . . .	513
6. Conclusión: ¿Estado satisfyer? . . . . .	514
<b>CAPÍTULO 22</b>	
¿EXISTE UN DERECHO AL DEPORTE? . . . . .	517
<i>José Luis Pérez Triviño</i>	
1. Introducción. . . . .	517
2. La distinta naturaleza constitucional del derecho al deporte: como principio programático y como derecho autónomo. . . . .	519
2.1. El derecho al deporte como principio programático . . . . .	519
2.2. El derecho al deporte como derecho fundamental. . . . .	521
3. La noción de deporte . . . . .	522
3.1. La noción amplia de deporte . . . . .	523
3.2. La noción restringida de deporte: el deporte institucionalizado. . . . .	524
4. El objeto del derecho al deporte. . . . .	528
4.1. El «deporte» recreativo e institucionalizado como principio programático e institucionalizado . . . . .	528
4.2. El deporte como derecho . . . . .	528
4.2.1. <i>El deporte «recreativo» como derecho</i> . . . . .	529
4.2.2. <i>El deporte institucionalizado como derecho</i> . . . . .	530
5. CONCLUSIONES. . . . .	534



---

---

## INTRODUCCIÓN

Jorge Crego  
Carolina Pereira Sáez

El libro que el lector tiene entre sus manos es fruto de la investigación de varios autores, coordinada en el seno del proyecto de investigación «Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades con referencia PID2019-111115GB-I00. Además, se nutre de la celebración de un simposio internacional desarrollado en A Coruña los días 12 y 13 de octubre de 2022, con el mismo título que el proyecto. Este proyecto tenía por objeto determinar, entre otras cuestiones, si, y en qué medida, los denominados nuevos derechos humanos pueden considerarse derechos en sentido jurídico estricto. Para alcanzar dicho objetivo, el proyecto debía estudiar, en primer lugar, cuáles han de considerarse los nuevos derechos, para lo que se hacía imprescindible atender al proceso histórico de su aparición. A partir de ahí, podían perfilarse sus rasgos generacionales y, por último, atender a la cuestión de si estamos ante verdaderos nuevos derechos, ante versiones nuevas de derechos clásicos o ante pretensiones de otra naturaleza. Ésta es, en último término, la cuestión más relevante, y a ella atiende en su conjunto la presente obra.

El enfoque de la investigación responde a una constatación señalada por Serna hace décadas: existe una estrecha conexión entre catálogo, concepto y justificación de los derechos humanos<sup>1</sup>. No es posible, *pace* Bobbio, considerar en serio los derechos (ni siquiera para protegerlos, menos aún para proponer derechos nuevos) sin atender a su justificación. La específica justificación de los derechos que se sostenga determina

<sup>1</sup> SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 31-36. Estamos ante una de las múltiples circularidades –que no incurren en petición de principio alguna ni otro vicio lógico– que se dan en el pensamiento jurídico, o jurídico-filosófico. Cfr. al respecto, KAUFMANN, Arthur «Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho» en KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, Andrés Ollero y José Antonio Santos (eds.), Granada, Comares, 2007, pp. 125-140.

el concepto, o la concepción, que se habrá de mantener acerca de los mismos y, consiguientemente, el catálogo de derechos que estaremos dispuestos a admitir. Por ello, la solución a los problemas prácticos relacionados con los derechos humanos también dependerá de dicha justificación. Aplicado a los nuevos derechos, esto implica que, a partir de lo que se concluya sobre su justificación, podrán afrontarse sus principales problemas, como los vinculados con su proliferación o las posibles incompatibilidades con derechos clásicos y las consecuencias que se deriven de dicha incompatibilidad.

En este sentido, la ampliación del catálogo con la introducción de nuevos derechos podría conducir a una reformulación, explícita o implícita, de la justificación o del concepto de derechos humanos. A su vez, las justificaciones específicas que se empleen para argumentar la existencia o la identificación de nuevos derechos humanos implicarán una determinada delimitación de su contenido y deberá contrastarse con el tipo de justificaciones históricamente empleadas con respecto a los derechos tradicionales.

El presupuesto del que se parte en esta obra es el de la actual reivindicación de nuevos derechos que, sumada a la importancia que ha adquirido el discurso de los derechos en la vida política, da lugar a lo que se ha dado en llamar el «tiempo de los derechos» o la «política de los derechos»<sup>2</sup>. Los nuevos derechos generalmente surgen como el resultado de transformar en derechos ciertas demandas relacionadas con agravios sufridos por determinados grupos<sup>3</sup>, precisamente por la fuerza retórica del discurso de los derechos. Por un lado, esto entronca con el aspecto político de todos los derechos, en la medida en que se manifiestan como banderas de lucha en la praxis política. Por otro, sin embargo, diversos autores consideran que ese carácter político se manifiesta de forma especialmente relevante en los nuevos y emergentes, al menos por dos motivos. Primero, por el hecho de que los titulares de tales derechos son un conjunto de individuos específico que, por ello, se oponen al resto de individuos no titulares. Segundo, por la propia naturaleza de la política postmoderna en la que se incardina la lucha por esos nuevos derechos<sup>4</sup>.

La fuerte carga política de muchos de los nuevos derechos humanos ocasionaría entonces cierto desajuste con la concepción dominante de los derechos humanos e incluso del Derecho. Lo primero es consecuencia de la ya mencionada interrelación entre catálogo, concepto y justificación. Sobre lo segundo, como se verá en la presente obra, algunos autores sostienen que la incorporación de ciertos nuevos derechos pone

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

<sup>3</sup> FINNEMORE, Martha y SIKKINK, Kathryn, «International Norm Dynamics and Political Change», *International Organization*, 52-4 (1998), pp. 887-1061; BOB, Clifford (ed.), *The International Struggle for New Human Rights*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2009.

<sup>4</sup> SERNA, Pedro, «Política posmoderna y crisis de la razón jurídica», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 13 (2009), pp. 1079-1096.

en entredicho los contornos de la práctica y de la concepción general del Derecho, tal como se ha venido manifestando hasta ahora.

Las nuevas propuestas de derechos son, así, el punto de partida común a los trabajos que se presentan ahora al lector. En algunos de los casos se atiende a ellas desde una perspectiva de teoría general; en otros, estudiando derechos en particular o contextos en los que han proliferado nuevos derechos; en algunos casos, analizando también qué significan (todos ellos, en conjunto, en cuanto nueva generación, o alguno en concreto) para la comprensión del Derecho. Aunque puede ser todavía un poco prematuro intentar extraer conclusiones definitivas, en todos ellos, de una manera u otra, se refleja la necesidad de justificación de los nuevos derechos: principalmente, de su condición de auténticos derechos, pero también de su carácter novedoso. No hacerlo podría suponer, siguiendo a algunos autores, abandonarlos a la deriva de un discurso político que puede, a la postre, lastrarlos o dañar el Derecho mismo.

\* \* \*

En la primera sección del libro, *Génesis y aspectos conceptuales de los nuevos derechos*, se atiende a algunas cuestiones generales, con miras a comprenderlos dentro de la teoría y Filosofía del Derecho. Así, se analizan sus rasgos principales y su posible encuadramiento en la teoría general de los derechos humanos, y se reflexiona sobre cuál pueda ser el paradigma al que responden, lo que proporcionaría un elemento de categorización o caracterización. Se estudian también problemas relativos a su génesis, tratando de discriminar cuándo puede entenderse que un nuevo derecho estaba en realidad implícito en un derecho previo o deriva de él, de tal forma que apoya en dicho derecho previo su legitimidad. Por último, se estudian criterios o formas de razonamiento que pueden estar sirviendo para la producción de nuevos derechos, así como criterios que pueden servir para evitar una proliferación excesiva.

Así, en el capítulo «El discurso de los nuevos derechos humanos. Perspectiva genético-crítica», SERNA estudia el porqué de su surgimiento, el origen de su reivindicación. A continuación, describe algunos rasgos generales que presentan los nuevos derechos con respecto a los derechos ya consolidados; qué funciones cumple su reivindicación en el discurso público y qué valor tiene el argumento, crítico con los nuevos derechos, de la proliferación de derechos. Por último, ofrece una breve reflexión sobre el peculiar punto de vista moral que representa la visión más actual de los derechos humanos.

AROSEMENA, tras referirse a la jurisprudencia relativa a derechos humanos de los más altos tribunales alrededor del mundo, sostiene que los derechos humanos han evolucionado desde un paradigma liberal a un paradigma transformador, que caracteriza con nueve rasgos. A su juicio, según expone en el capítulo titulado «El paradigma transformador de los derechos humanos: rasgos estructurales y consecuencias paradójicas», estos rasgos suponen una forma nueva de entender los derechos, claramente delineada e internamente coherente. Entiende que ninguno de ellos es el principal, determinante de la aparición de los demás, aunque la universalización de la ponderación

como herramienta para tomar decisiones jurídicas es en gran medida, a su juicio, el «aguijón a través del cual se manifiestan las consecuencias negativas» de este paradigma. Se trata de un análisis crítico, que sostiene el carácter contradictorio de esta tendencia transformadora, en la medida en que revela efectos no buscados que contradicen la propia concepción de los derechos, en particular, el desmedro de la igualdad y el desempoderamiento de los titulares de los derechos en favor del empoderamiento de los jueces. Al mismo tiempo, aclara el autor, esta orientación crítica no supone una legitimación implícita del paradigma liberal, derrotado por el paradigma transformador; más bien lleva al autor a preguntarse si los derechos humanos pueden ser rescatados de las contradicciones internas de sus distintos paradigmas.

Como decíamos, el proceso de generación de nuevos derechos merece una atención particular. Pues bien, en el capítulo «La solera de los derechos humanos. Una aproximación al proceso de producción de nuevos derechos humanos», VERGARA analiza el proceso de producción de nuevos derechos considerándolos a la luz de su vinculación sustantiva con derechos previos. A su juicio, aunque no todos los nuevos derechos han de constituir necesariamente una derivación a partir de otro derecho, muchos sí lo pretenden. Para juzgar en estos casos si dichos nuevos derechos están, realmente y desde un punto de vista sustantivo, justificados a partir de derechos ya consagrados, propone analizar sus procesos de derivación. Para ello expone los rasgos característicos de la conclusión y la especificación como formas de derivar sustantivamente unos derechos de otros. Por último, analiza una serie de nuevos derechos pretendidamente derivados del libre desarrollo de la personalidad y de la protección de la vida privada y sostiene que tal pretensión es injustificada, dado que no pueden entenderse extraídos de derechos ya consagrados, ni por conclusión ni por especificación.

Adelantábamos también la importancia de tomar en cuenta hasta qué punto los nuevos derechos pueden no ser sino nuevas concreciones de derechos clásicos, ya reconocidos. CIANCIARDO estudia la exigencia de justiciabilidad directa de los derechos de la segunda generación como posible proceso para esa identificación de nuevas especificaciones de derechos ya existentes, y sus consecuencias para el Derecho. Así, en el capítulo «Criterios para la identificación y especificación de nuevos derechos. A propósito de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos», analiza el empleo de dicho criterio, particularmente en el Sistema Interamericano de derechos humanos. A su juicio, esta demanda de justiciabilidad directa ha producido un cambio de rumbo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que podría derivar en una crisis del sistema. El autor propone, para evitar esa deriva, tener en cuenta dos criterios: de un lado, la distinción entre título, fundamento y medida de un derecho; de otro, la consideración de tres principios interpretativos —el de mínimo vital, el de reserva de lo posible y el de apreciación nacional— que hasta ahora no parecen haber sido tenidos en cuenta debidamente. A juicio del autor, esto puede facilitar que se preserve el equilibrio entre el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

Nos referíamos también a la proliferación de nuevos derechos como una de las objeciones más frecuentes a los nuevos derechos. En el capítulo «La agencia intencional prospectiva de Alan GEWIRTH como límite a la proliferación de nuevos derechos», MARTÍNEZ DOALLO estudia si la propuesta de GEWIRTH, que justifica los derechos humanos en las condiciones necesarias para el ejercicio de la agencia intencional, puede servir para contener la expansión incontrolada de los derechos. La autora considera que, en la medida en que los derechos humanos presentan una naturaleza híbrida, moral y jurídica a la vez, la propuesta de GEWIRTH, que atiende a los derechos humanos entendidos como requisitos morales justificados, puede ayudar a esa acotación de conceptos morales subyacentes al discurso jurídico, en particular al discurso de los derechos. La relevancia de una aportación de este tipo se justificaría, entiende la autora, a partir de la consideración de que el abuso del lenguaje de los derechos desdibuja, e incluso deforma, el concepto subyacente, llegando a albergar todo tipo de pretensiones, con independencia de su fundamento racional. A su juicio, para clarificar el lenguaje normativo es necesario acotar primero los conceptos morales que muchas veces le sirven de fundamento, lo que podría hacerse desde la propuesta de GEWIRTH.

En la segunda sección del libro, titulada *La inserción sistemática de los nuevos derechos*, se atiende al lugar de los nuevos derechos en nuestros sistemas jurídicos constitucionales. Así, se estudia, en particular, su relación con el proceso de constitucionalización del Derecho. Se atiende también a la relevancia de la función judicial, característica del constitucionalismo de nuestros días, en la determinación y especificación de los derechos, así como a formas típicas del razonamiento judicial sobre derechos, como la ponderación, analizando sus riesgos y proponiendo alternativas.

La inserción de los nuevos derechos en nuestros sistemas jurídicos puede dar lugar a disonancias. PEÑA FREIRE atiende a los cambios en la concepción de los derechos que es necesario considerar para comprender los cambios en los ordenamientos jurídicos provocados por la constitucionalización. Para ello, en el capítulo «Derechos humanos y constitucionalización del ordenamiento jurídico», describe dicho proceso de constitucionalización a partir la caracterización de GUASTINI, como impregnación de todo el ordenamiento por la Constitución. A su juicio, esta caracterización no atiende a tres factores que él considera clave, y que permiten distinguir los estados constitucionales de los estados constitucionalizados. Así, entiende, en primer lugar, que la constitucionalización es un proceso incitado por cambios en la concepción dominante de los derechos humanos, principalmente por el abandono de un concepto negativo o defensivo de los derechos. Esto favorece la comprensión de la Constitución como constitución total, concebida como instrumento para la garantía de los derechos de los ciudadanos, y favorece también el reconocimiento de la existencia de una constitución implícita o latente, más allá del texto escrito. Pues bien, el autor se plantea, en particular, la compatibilidad de esta comprensión con los principios del Estado de Derecho y enjuicia críticamente las posibles derivas de la función judicial en este panorama.

También en relación con la inserción de los nuevos derechos en nuestros sistemas jurídicos, DE DOMINGO PÉREZ se propone analizar en qué medida el marco que representa el Estado constitucional de Derecho en España condiciona la reivindicación y el reconocimiento de nuevos derechos. Así, en el capítulo «Los “nuevos derechos” en el Estado constitucional», afirma que es posible sostener la posición central de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional sin necesidad de aceptar los presupuestos conflictivistas del principio de proporcionalidad, evitando, así, las restricciones a derechos fundamentales y la poco rigurosa demanda de nuevos derechos. Se hace necesario, al fin, estudiar los márgenes en los que el legislador puede, legítimamente, reconocer nuevos derechos. A su juicio, sea cual sea el proyecto de convivencia para nuestra sociedad en cuyo seno pueda considerarse oportuno reconocer nuevos derechos, éste ha de resultar respetuoso con la realidad y con el bien común, cuyo núcleo son los derechos fundamentales.

El estudio de la inserción de los nuevos derechos en nuestros sistemas jurídicos pone de manifiesto, en particular, su afectación a la función judicial. ETCHEVERRY atiende específicamente a la relevancia de esta función judicial para los derechos en el capítulo «Determinación judicial del Derecho: el eslabón perdido. Comentario a *Legislated Rights. Securing Human Rights Through Legislation*». El autor estudia la propuesta de WEBBER *et alii* recogida en dicha obra acerca del papel de la legislación democrática en la protección y promoción de los derechos humanos. A su juicio, los autores ponen tanto énfasis en la etapa legislativa que olvidan el papel del eslabón judicial en la cadena de determinación del Derecho. El autor defiende, en particular, los mecanismos judiciales de control de constitucionalidad, instrumento a través del cual se lleva a cabo, en muchas ocasiones, el control judicial sobre las especificaciones de los derechos realizadas por las legislaturas. Entiende que el diferente papel en la especificación de los derechos que las distintas comunidades políticas atribuyen a los tribunales implica una decisión acerca de la forma de distribuir la autoridad en una comunidad política y es comprensible a la luz del proceso de determinación jurídica. En último término, a su juicio, la disociación entre interpretación y justificación de la norma jurídica implícita en la propuesta estudiada no parece coherente con la epistemología práctica sostenida por los autores de la obra.

Atendiendo también a la función judicial respecto de los derechos, TORRES CHEDRAUI y AROSEMENA estudian la ponderación como herramienta judicial para la decisión de casos de conflictos de derechos. En el capítulo «Conflictos de derechos, ponderación y ajustes razonables», sostienen que esta forma de razonamiento judicial tiene el inconveniente de que ignora los méritos subjetivos de las posiciones y pretensiones de las partes involucradas en el conflicto. La ponderación, así, resulta un procedimiento externo u objetivo, en el sentido de que evalúa el peso de los derechos y la importancia de su realización, pero para el que la conducta de las partes puede pasar desapercibida. A juicio de los autores, la atención a las conductas humanas, que ayudaría a desentrañar qué causó el conflicto, si podía haberse evitado o si hay alguna forma de superarlo,



puede lograrse mejor aplicando a los casos de conflictos de derechos el criterio de los ajustes razonables. Para sostener esto, analizan una serie de casos de conflictos de derechos, principalmente de la jurisprudencia del TEDH, aunque también de otros altos tribunales, y exponen las líneas de razonamiento que se desarrollarían aplicando a esos mismos casos el criterio de los ajustes razonables. Estas nuevas líneas de razonamiento implicarían abandonar el criterio de la máxima realización como criterio relevante en los casos de conflictos de derechos, para reorientarlos a la búsqueda de la coexistencia de los derechos en la sociedad.

La generación de nuevos derechos involucra cuestiones esenciales de la Teoría del Derecho. En el capítulo «Los derechos humanos no enumerados: historia, sentido, dificultades, posibilidades», TOLLER atiende a las diferencias entre la comprensión de los derechos como sistemas de *numerus apertus* o como sistemas de *numerus clausus*. Este asunto está estrechamente relacionado con la generación de nuevos derechos y, en realidad, también con otros más amplios, como las fuentes del Derecho, formales y materiales, y en particular con el tema de la dignidad humana; con la relación entre Derecho positivo y positivismo, el Derecho natural, la comprensión de la función judicial, etcétera. El autor guía su trabajo estudiando el origen y sentido de la cláusula constitucional estadounidense sobre los derechos no enumerados. A partir de ahí, concluye sosteniendo la posibilidad de nuevos derechos en un sistema jurídico abierto a la dignidad y a contenidos supra-constitucionales, en un marco de institucionalidad, separación de poderes y debida consideración a las normas superiores del ordenamiento.

El discurso de los nuevos derechos humanos ha estado siempre estrechamente relacionado con las nuevas tecnologías. En las primeras propuestas de expansión de los derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya se encuentran menciones al desarrollo tecnológico. Por ejemplo, Karel VASAK, el principal proponente de una tercera generación de derechos, señalaba en 1977 la necesidad de tomar en consideración «el reto del vasto incremento del volumen de comunicación e intercambio de información a nivel internacional»<sup>5</sup>. En el contexto hispanohablante, PÉREZ LUÑO relacionaría en 1991 la tercera generación de derechos con la «erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías»<sup>6</sup>.

No es de extrañar que, como sucedió con la tercera generación, el discurso de los nuevos derechos humanos se relacione con las nuevas tecnologías. La tercera sección de esta obra, *El impacto de la tecnología*, recoge diversos trabajos que estudian la relación de determinados tipos de nuevas tecnologías con los nuevos derechos humanos.

<sup>5</sup> VASAK, Karel, «A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights», *The UNESCO Courier*, 30-11 (1977), p. 32.

<sup>6</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Las generaciones de derechos humanos», *Revista del centro de estudios constitucionales*, 10 (1991), p. 206.

Entre las nuevas tecnologías que han recibido mayor atención por parte del Derecho están las neurotecnologías. Las potenciales amenazas de estas tecnologías a ciertos bienes esenciales para los seres humanos justificarían la incorporación de unos nuevos «neuroderechos» al catálogo de derechos humanos. Junto con las neurotecnologías, la inteligencia artificial y los derechos digitales forman otro de los grandes grupos de nuevas tecnologías que han generado un gran caudal de reflexiones en relación con los derechos humanos. La biotecnología también ha generado desde hace ya décadas una gran cantidad de reflexiones en materia de derechos humanos. Tanto es así que PÉREZ LUÑO reformulaba en 2013 su listado de derechos de tercera generación para incorporar una referencia directa a los derechos en la esfera de la bioética y la biotecnología<sup>7</sup>.

LLANO ALONSO explora en su capítulo el impacto de las nuevas tecnologías y, especialmente, las neurotecnologías y el metaverso en los derechos humanos. En «Singularidad tecnológica e identidad personal. Reflexiones para un debate ético-jurídico», defiende la necesidad de reconocer el derecho a la identidad humana como derecho de cuarta generación, dirigido a proteger la dignidad humana frente a los efectos perniciosos de las neurotecnologías, el metaverso y las propuestas del transhumanismo tecnológico. El autor argumenta que las nuevas tecnologías digitales favorecen la alienación y la alteración del hombre contemporáneo y nuevos derechos relativos a la identidad personal deben proteger la autoconciencia y la agencia de las personas.

El capítulo de ANDORNO continúa con la cuestión de los neuroderechos en el marco del «siglo del cerebro». Partiendo de los interrogantes éticos y jurídicos presentados por la neurociencia y la neurotecnología, el trabajo se apoya en obras anteriores del autor, en colaboración con IENCA, para presentar los que considera son los cuatro bienes jurídicos fundamentales que se han de proteger a través del reconocimiento de nuevos derechos humanos: (i) la libertad cognitiva, (ii) el derecho a la privacidad mental, (iii) el derecho a la integridad mental y (iv) el derecho a la continuidad psicológica. Tras una breve explicación de cada uno de estos bienes, el autor describe los avances en materia de neuroderechos en el marco de la UNESCO, fomentados por el Comité Internacional de Bioética y cristalizados en el *Informe sobre las cuestiones de ética de la neurotecnología* de 2021 y la propuesta de elaboración de unas recomendaciones sobre ética de la neurotecnología que se presentará a la Conferencia General en 2025.

Junto con las neurotecnologías, el otro gran ámbito de desarrollo tecnológico actualmente en boga es la inteligencia artificial. A la relación entre inteligencia artificial y derechos humanos se dedica el trabajo de SOLAR CAYÓN. El capítulo evalúa los efectos del uso de sistemas de inteligencia artificial en dos áreas de la actividad jurídica: el mercado de prestación de servicios digitales y la administración de justicia. Partiendo de la premisa de que el acceso a servicios legales es una condición fundamental para

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Las generaciones de derechos humanos», *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2-1 (2013), pp. 174-175.

el ejercicio efectivo de los derechos, el autor defiende que la introducción de servicios jurídicos basados en inteligencia artificial puede afectar positivamente a dicho acceso y, por tanto, al disfrute de los derechos de los ciudadanos. SOLAR CAYÓN explora las transformaciones en el sector de los servicios legales derivados de la introducción de servicios basados en inteligencia artificial, así como los problemas que pueden plantearse. Además, el artículo esboza los efectos tanto positivos como negativos que podrían derivarse del aumento del uso de sistemas de inteligencia artificial en la administración de justicia.

En el capítulo titulado «Una evaluación de la fundamentación genérica de los derechos humanos digitales», CREGO estudia si la necesidad de unos nuevos derechos humanos para el ciberespacio puede fundamentarse sólidamente en el argumento del carácter singular o excepcional del ciberespacio. Según este argumento las características del ciberespacio, principalmente su descentralización y la desterritorialización, explica que los derechos preexistentes resulten insuficientes para proteger adecuadamente a los individuos en el ciberespacio. A juicio de este autor, la propuesta de ampliación del catálogo de derechos es inadecuada para resolver los retos derivados de esa descentralización y desterritorialización, las cuales, por otro lado, no son exclusivas del ciberespacio. A su juicio resulta necesario, más bien, reformular el concepto dominante de derechos humanos, que los entiende como «normas políticas» cuyos obligados primarios son los estados.

En comparación con la neurotecnología y la inteligencia artificial, la biotecnología es un campo más asentado. Las implicaciones éticas y jurídicas del uso de biotecnología han sido objeto de amplio estudio, tanto en el campo bioético como en el biojurídico. Pese a todo, la biotecnología también ha avanzado en los últimos años y la regulación jurídica de su uso ha ido evolucionando. La profesora GARIBO explora el impacto de las técnicas de reproducción humana asistida en el Derecho para defender la necesidad de reconocer un derecho fundamental a conocer los orígenes biológicos, derecho cuya titularidad, defiende la autora, debiera ser universal. En concreto, argumenta la necesidad de modificar la regulación actual de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida para incorporar el derecho de personas concebidas a través de estas técnicas con gametos de donante anónimo a conocer sus orígenes biológicos. El trabajo identifica tres elementos sobre los que basa la propuesta: (i) la transición desde el anonimato a su levantamiento en una serie de ordenamientos jurídicos del entorno, (ii) las recomendaciones al respecto por parte del Consejo de Europa y del Comité de Bioética de España y (iii) la potencial discriminación frente a la descendencia por adopción.

En la sección cuarta del libro, titulada *La revisión de los confines y del sentido del derecho a la vida*, se estudian casos de posibles nuevos derechos que tienen una incidencia particular por su conexión con la vida humana, es decir, con un derecho humano clásico esencial. Se atiende, en particular, a los efectos que esos posibles nuevos derechos tendrían para el Derecho, en general, y para otros derechos clásicos o consolidados en particular.

Así, en el capítulo «¿Es el aborto un nuevo derecho?», BELLVER estudia la respuesta a esta pregunta atendiendo principalmente al Derecho internacional de los derechos humanos. Expone primero cómo el hecho de que tenga sentido hacerse esta pregunta se debe, por lo menos en parte, a la dificultad para acordar hoy una interpretación sobre el lenguaje de los derechos humanos, y muy en particular sobre el derecho a vida. A su juicio, los nuevos derechos –sean nuevas propuestas, sean reconfiguraciones de derechos ya existentes–, cuando funcionan como ropajes de demandas de justicia variopintas, pueden facilitar la hipertrofia y la incoherencia del discurso de los derechos, afectando incluso a su eficacia y legitimidad. En realidad, como el estudio de este caso pone de manifiesto, el significado de los derechos depende, en gran medida, de cómo se entienda su fundamento; en el caso del aborto, aunque no solo, muy en particular de la concepción de ser humano de que se parta, lo que aconseja ser cuidadoso en el empleo del discurso de los derechos y distinguir las discrepancias sobre los derechos de las discrepancias filosóficas. Para concluir, estudia las consecuencias que tendría la eventual proclamación de un nuevo derecho al aborto, atendiendo en particular a su limitación al ejercicio de otros derechos.

ZAMBRANO estudia la eutanasia como nuevo derecho y argumenta que la legalización de la eutanasia como derecho prestacional en España expulsa del sistema jurídico toda pretensión de obligatoriedad moral y la sustituye por una lógica utilitaria, abandonando la racionalidad moral en favor de la técnica. Según expone en el capítulo «Un nuevo derecho llamado “eutanasia”, un nuevo Derecho sin derechos, o la progresiva disolución del Derecho», esto implica, a su juicio, la renuncia a la obligatoriedad moral del ordenamiento jurídico, y para los derechos, transformados en meros intereses, la pérdida de su fuerza categórica. Para la libertad de conciencia implica, además, la pérdida de su objeto, que resulta ininteligible fuera del contexto de algún sistema propiamente moral. A partir de estas tesis, la autora infiere algunas pautas de reflexión acerca de la validez y legitimidad de este nuevo derecho que pueden resultar extensibles a la creación de nuevos derechos en general.

La emergencia del discurso de los nuevos derechos humanos implicó desde sus inicios una transformación del proceso de proclamación de derechos. ALSTON identificaría ya en 1984 algunos rasgos particulares de este proceso. Entre ellos señalaba que los derechos clásicos fueron el resultado de un proceso de «incubación». De este modo, muchos de los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos eran derechos ya consolidados en las constituciones estatales. Sin embargo, el discurso de los nuevos derechos implica una inversión de este proceso, de forma tal que, en general, los derechos se reivindican y se proclaman en el ámbito internacional y de ahí pasan al ámbito estatal<sup>8</sup>. El estudio de la realidad latinoamericana permite evaluar

<sup>8</sup> ALSTON, Philip, «Conjuring up new human rights: A proposal for quality control», *American Journal of International Law*, 78-3 (1984), 614.

los efectos de esta inversión y el rol de las organizaciones internacionales o los discursos transnacionales en la justificación de los nuevos derechos humanos. A ello se dedica la sección titulada *El paradigma transformador en acción: el derecho latinoamericano*.

El trabajo de SILVA ABBOTT incide sobre el fenómeno del dominio de las organizaciones internacionales en el discurso de los nuevos derechos. El autor describe un «giro copernicano jurídico» en las relaciones entre los ordenamientos jurídicos estatales y el Derecho internacional, empleando como ejemplo el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. SILVA ABBOTT defiende que, al contrario de lo que sucedía en sus orígenes, actualmente los ordenamientos jurídicos estatales están sometidos a un ordenamiento interamericano del que, en la visión de los agentes de este último sistema, derivan tanto su legitimidad como su razón de ser. El contenido de la Carta Interamericana de los Derechos Humanos acordado por los Estados estaría siendo transformado, reconfigurando la relación entre Derecho estatal y Derecho internacional. La maleabilidad del catálogo de derechos, la falta de control sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el prestigio que todavía tiene el discurso de los derechos humanos pone en riesgo la soberanía de los Estados, al abrirse la posibilidad de que la Corte imponga contenidos ideológicos a los ordenamientos estatales.

GARCÍA FIGUEROA explora en su trabajo, «Ecopopulismo y prosopopeya», las recientes teorías y propuestas jurídicas dirigidas a reconocer derechos cuyo sujeto sería la naturaleza. Sitúa sus orígenes en la propuesta de STONE e identifica la Constitución de Montecristi de Ecuador como hito institucional. El autor distingue entre una fundamentación pragmatista representada en la figura de Gaia y una fundamentación ecoteológica recogida en la idea de Pacha Mama. Para GARCÍA FIGUEROA, la segunda presenta más inconvenientes debido a que implica la imposición de una visión teológica contraria a las concepciones liberales de los derechos humanos. La fundamentación pragmatista podría tener cierto valor retórico aunque, señala el autor, «tiende a *teologizarse*». Sobre la fundamentación ecoteológica, GARCÍA FIGUEROA identifica tipos dos problemas: (i) los problemas analítico-conceptuales (la asunción de cierta «metaética naturalista» que infringe la ley de Hume) y los problemas jurídico-políticos (el riesgo de «ecopopulismo»). Debido a todo lo anterior, el autor considera que la propuesta de reconocer derechos a la naturaleza no es proporcionada y plantea la pertinencia de subjetivar la defensa de la naturaleza, es decir, protegerla como presupuesto necesario de los derechos de los seres humanos.

El estudio del paradigma transformador en su manifestación en el ámbito latinoamericano termina con una exploración del desarrollo de los nuevos derechos en Chile, elaborado por la profesora VIVANCO MARTÍNEZ. Este trabajo presenta el desarrollo de nuevos derechos en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena y su presencia en la propuesta de constitución chilena de 2022, finalmente rechazada en plebiscito ratificatorio. La propuesta de constitución contaba con un profuso catálogo con más de cien derechos. El trabajo presenta las principales innovaciones, distinguiendo entre aquellas

novedades que guardan relación con la constitución vigente y aquellos genuinos nuevos derechos presentes en la propuesta.

El discurso de los nuevos derechos ha dado lugar a lo que se pueden denominar *Demandas en el límite*. Este es el título de la última sección del libro. Se trataría de una serie de pretensiones que podrían incluso llegar a considerarse razonables pero cuya formulación como derechos humanos generaría consecuencias difíciles de justificar. De lo que se trata en este caso es entonces de dilucidar hasta donde estaríamos dispuestos a extender el catálogo de nuevos derechos, atendiendo a las consecuencias que dicha extensión puede ocasionar.

Adentrándose en la discusión de una de las demandas en el límite, DE LORA presenta la siguiente pregunta como objeto de su trabajo: «¿no debería el poder público también garantizar que los discapacitados puedan disfrutar de su sexualidad mediante “apoyos”?»). El autor emplea el concepto de «ciudadanía sexual» acuñado por RICHARDSON para cuestionarse cuál es la posición de las personas discapacitadas con respecto a dicha «ciudadanía sexual». En el capítulo, DE LORA argumenta en favor de reconocer un «derecho al sexo» entendido como inmunidad al respecto de la contratación, bajo ciertas condiciones, de servicios sexuales en el mercado. Sin embargo, plantea razones «tentativas» y prudenciales que llevan a negar la existencia de un derecho como correlativo de un deber de prestación de asistencia sexual, salvo en el caso de personas con impedimentos severos para tener relaciones sexuales. Estas conclusiones derivan de un análisis de la posibilidad de considerar la satisfacción sexual como una necesidad o interés básico, de la distinción entre diversos sentidos de la expresión «tener un derecho» y de las implicaciones de la posible existencia de dicho derecho con respecto a las políticas relativas a la prostitución.

El capítulo del profesor PÉREZ TRIVIÑO se centra en la clarificación de los posibles objetos de un pretendido derecho al deporte y ofrece una respuesta a la pregunta que da título al trabajo: «¿Existe un derecho al deporte?». El autor expone el desarrollo histórico de la incorporación progresiva del derecho al deporte en las constituciones y se formula la pregunta de cuál deba ser el significado de dicho derecho. Esta pregunta la descompone en dos elementos: la posible consideración del deporte como un bien esencial merecedor de protección como derecho humano y el grado de compromiso que debieran asumir los poderes públicos. A su vez, distingue varias concepciones del «derecho al deporte» a partir de dos variables: la consideración del derecho al deporte como un principio programático o como un derecho *stricto sensu* y la identificación del objeto de dicho derecho con el deporte recreativo o el deporte institucionalizado. PÉREZ TRIVIÑO concluye afirmando que el derecho humano al deporte recreativo es una manifestación de la libertad general de las personas y no requiere su identificación con un derecho específico. Por otro lado, afirma que el derecho humano al deporte federado difícilmente puede poseer el atributo de universalidad predicado de los derechos humanos.

Como se pone de manifiesto en este volumen, la conformación de una nueva generación de derechos es un proceso en marcha, todavía sin concluir. Esto dificulta su estudio, aunque sea solamente por la falta de perspectiva, ya que, como señalaría HEGEL, «la lechuza de Minerva sólo comienza su vuelo con el crepúsculo»<sup>9</sup>. Esta dificultad se manifiesta en el conjunto de la obra. Por ejemplo, está por ver cómo se consolida la relación de los «nuevos derechos» con los viejos derechos y hasta qué punto la «nueva generación» termina por presentar unos rasgos definitorios propios. Por eso es quizá razonable asumir que algunas de las posturas recogidas en los trabajos que siguen se presentan, de algún modo, como provisionales, condicionadas a la evolución que la propuesta de catálogo de nuevos derechos pueda sufrir fruto de los avatares políticos y las discusiones doctrinales.

El carácter provisional de cualquier estudio de los nuevos derechos humanos es inevitable y responde tanto a la naturaleza de su objeto como a la tarea de la Filosofía del Derecho. En palabras de ARISTÓTELES, «es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que la admite la naturaleza del asunto»<sup>10</sup>. El Derecho es, en gran medida, una actividad humana. Así pues, no es de extrañar que la tarea de la Filosofía del Derecho deba acometerse, en ocasiones, sin la suficiente distancia temporal que aseguraría estudiar una realidad ya estable. De lo contrario, se correría el peligro de estudiar una práctica, un Derecho, que ya no existe o que ha sido transformado sustancialmente. Precisamente esa es la intención de esta obra: pensar el propio tiempo, siempre con la necesaria perspectiva histórica, pero evitando incurrir en el estudio de una realidad inerte de forma meramente especulativa. Precisamente por esto el presente trabajo estudia el fenómeno de los nuevos derechos humanos en los intersticios de la teoría jurídica y la práctica política.

\*\*\*

Quienes hemos trabajado para que este libro vea la luz, desde la organización científica que está en el origen de las aportaciones que recoge, hasta las correcciones finales de los originales, no podemos dejar de agradecer, muy sinceramente, la generosa ayuda de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) para que haya podido publicarse en los dos formatos en lo que lo hace.

<sup>9</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Fundamentos de la filosofía del derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*, Joaquín Abellán García (trad.), Madrid, Tecnos, 2017, p. 21 (VII 28).

<sup>10</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 3, 1094b, María Araujo y Julián Marías (trads.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 2.





---

---

PARTE I

**GÉNESIS Y ASPECTOS CONCEPTUALES  
DE LOS NUEVOS DERECHOS**



---

---

## CAPÍTULO 1

# EL DISCURSO DE LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS. PERSPECTIVA GENÉTICO-CRÍTICA<sup>1</sup>

Pedro Serna<sup>2</sup>

*A Andrés Ollero, amigo y maestro, en su 80.º cumpleaños*

### 1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos, considerados como un todo, poseen una dimensión casi mítica. En palabras de IGNATIEFF, constituyen «el mayor artículo de fe de una cultura laica que teme no creer en nada más (...) la lengua franca del pensamiento moral global, tal como el inglés se ha convertido en la lengua franca de la economía global»<sup>3</sup>. Según MOYN, tanto en el ámbito del pensamiento como en el de la acción social, como mejor se comprenden los derechos es como supervivientes, como «el dios que no fracasó mientras otras ideologías políticas sí lo hicieron. Si evitaron el fracaso, fue sobre todo porque fueron ampliamente entendidos como una alternativa moral a las utopías políticas en quiebra»<sup>4</sup>. Y, precisamente por ello, puede afirmarse que la postulación de un (nuevo) «derecho humano a...» incorpora un refuerzo simbólico muy claro<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del proyecto *Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política* (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

<sup>2</sup> Universidade da Coruña (España). Orcid: 0000-0002-6760-7443. El autor agradece al prof. Óscar Vergara (Universidade da Coruña) su revisión de la redacción de una primera versión de este texto; la ayuda del prof. Jorge Crego (Universidade da Coruña) en la transformación del sistema de citación; a los profesores Juan Cianciardo (Universidad de Navarra) y Tomás de Domingo (Universidad Miguel Hernández) las sugerencias de forma y contenido en diferentes versiones de este texto; y al Rector José María Vázquez (UNIR) la lectura y revisión del manuscrito final, que ha permitido preservarlo de erratas y otros inconvenientes. Asimismo, agradece a la *Università degli Studi di Palermo* la posibilidad de realizar una estancia de investigación, como *Visiting professor*, durante el verano de 2022, en la cual tuvo lugar parte de la actividad investigadora que dio lugar al presente estudio. El autor agradece su hospitalidad a la profesora Isabel Trujillo y a los profesores Francesco Viola y Francesco Biondo.

<sup>3</sup> IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, F. Beltrán Adell (trad.), Barcelona, Paidós, 2003, p. 75.

<sup>4</sup> MOYN, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2010, p. 5.

<sup>5</sup> VON ARNAULD, Andreas y THEILEN, Jens T., «Rhetoric of Rights. A Topical Perspective on the Functions of Claiming a ‘Human Right to...’», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart

En este sentido, no parece que estén en crisis, o que su tiempo haya pasado, aunque autores como el mencionado MOYN los consideren muertos casi desde su nacimiento<sup>6</sup>. Por el contrario, afirma Amartya SEN

«[v]ivimos en un mundo en el que se invoca constantemente la idea de los derechos humanos. El concepto se invoca en una gran variedad de contextos: derechos democráticos para protestar contra los abusos autoritarios, derechos civiles para reclamar libertades políticas básicas, derechos a libertades personales relativas a autonomías elementales en la vida privada, derechos económicos contra el hambre y las privaciones, derechos a la salud para la atención médica, derechos de gays y lesbianas para salvaguardar la libertad de seguir estilos de vida minoritarios, y así sucesivamente. La retórica de los derechos humanos es omnipresente en el mundo contemporáneo.

Sin embargo, a pesar de este tremendo atractivo de la idea de derechos humanos, muchos la consideran también carente de fundamento e incluso de razón y contundencia. Es cierto que el uso frecuente del lenguaje de los “derechos de todos los seres humanos”, que puede verse en muchas argumentaciones y pronunciamientos prácticos, no ha estado acompañado adecuadamente por un escrutinio crítico de las bases y la coherencia de los conceptos subyacentes. Esto se debe en parte –prosigue SEN parafraseando a Marx– a que la invocación de los derechos humanos tiende a provenir sobre todo de quienes están más preocupados por cambiar el mundo que por interpretarlo»<sup>7</sup>.

Por tanto, no parece haber perdido vigencia la afirmación del antiguo Secretario General de Naciones Unidas, Boutros BOUTROS-GHALI, quien en 1993 se refería a ellos como «el lenguaje común de la humanidad»<sup>8</sup> y como expresiones de la «moral universal»<sup>9</sup>; de modo que no es exagerado concluir que estamos ante «el concepto jurídico, moral y político distintivo de los últimos 60 años»<sup>10</sup>.

---

Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 38.

<sup>6</sup> MOYN, Samuel, *The Last Utopia*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

<sup>7</sup> SEN, Amartya, «The Global Reach of Human Rights», *Journal of Applied Philosophy*, 29-2 (2012), p. 91.

<sup>8</sup> BOUTROS-GHALI, Boutros, *Statement*. World Conference of Human Rights. Vienna, 14-25 June 1993. 1st plenary meeting, 14 June 1993. Disponible en <https://searchlibrary.ohchr.org/record/27608?ln=en> (fecha de la última consulta, 28/02/2023), p. 7; BAXI, Upendra, *The Future of Human Rights*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2002, pp. 1-3.

<sup>9</sup> BOUTROS-GHALI, Boutros, *Mensaje a la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*, 30 de marzo de 1993. Disponible en <https://www.unmultimedia.org/avlibrary/asset/2334/2334744/> (fecha de la última consulta, 24/02/2023).

<sup>10</sup> CRUFT, Rowan, LIAO, S. Matthew y RENZO, Massimo, «Philosophical Foundations of Human Rights: An Overview», en Rowan Cruft, S. Matthew Liao y Massimo Renzo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 1.

A continuación, se intentará tratar los siguientes puntos: por qué surgen *nuevos* derechos humanos, es decir, cuál es el origen de la reivindicación de nuevos derechos; qué rasgos generales presentan, en general, estos nuevos derechos con respecto a los derechos ya consolidados; qué funciones cumple la reivindicación de los nuevos derechos en el discurso público; y qué valor tiene el argumento, crítico con los nuevos derechos, de la inflación o proliferación de los derechos<sup>11</sup>. En el último epígrafe se ofrecerá una breve reflexión crítica sobre el peculiar punto de vista moral que representa la visión más actual de los derechos humanos.

## 2. POR QUÉ APARECEN NDH

La literatura se muestra unánime en considerar que los nuevos derechos humanos (en adelante, NDH) surgen cuando se advierte que «el derecho actual de los derechos humanos [en adelante, DDHH] y su práctica no proporcionan una protección adecuada para algunos valores sociales, políticos o de otro tipo, o bien no protegen adecuadamente a ciertos grupos vulnerables o marginalizados»<sup>12</sup>. Esto ha sido denominado por Mart Susi «tesis de la inadecuada protección»<sup>13</sup>.

Dicha creencia puede tener, según este autor, diferentes orígenes, o responder a diversas intenciones. En primer lugar, el deseo de provocar un cambio político, ya sea a nivel interno, ya internacional. En este caso, los DDHH son vistos como instrumentos al servicio de una agenda política: si fueran establecidos y reconocidos ciertos NDH, una determinada agenda política se podría realizar más plenamente. Tal sería el caso, según Susi, del derecho a la justicia administrativa, del derecho a verse libres de la corrupción, de los derechos de las personas mayores, o del derecho a la democracia, concebido como instrumento jurídico para la intervención en países no democráticos.

Un segundo factor es el impulso nacido de la sociedad civil o de la agenda de grupos de intereses especiales. Ejemplos de esto serían el derecho de acceso a la gestación subrogada, a la vivienda adecuada y a la tierra, etcétera.

En tercer lugar, cabría mencionar la convicción de que el Derecho de los DDHH vigente en un determinado momento no permite una protección suficiente frente a ciertos desafíos que surgen del mundo contemporáneo. Por ejemplo, la convicción de que resultan necesarias provisiones más específicas sobre derechos genéticos o sobre

<sup>11</sup> La expresión es de WELLMAN, Carl, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder (Co.), Westview Press, 1999. Mucho antes había llamado la atención sobre las exigencias de la universalidad como límite a la ampliación del catálogo de los derechos LAPORTA, Francisco, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4 (1987), p. 34.

<sup>12</sup> SUSI, Mart, «Novelty in Human Rights. The Decrease in Universality and Abstractness Thesis», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>13</sup> *Idem.*

los denominados neuroderechos, que ofrecerían un mejor marco para incorporar nuevos derechos que pueden haber emergido ya en debates éticos o políticos; o el derecho a la asistencia consular como derecho humano; o el acceso a Internet.

Un cuarto factor reside en los desarrollos tecnológicos y científicos. Así, por ejemplo, la aparición de úteros artificiales consolidaría el derecho al acceso a la subrogación gestacional (artificial); pero también sería el caso de los derechos genéticos, la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada, que deberían reflejarse en el Derecho de los DDHH<sup>14</sup>.

Un quinto factor es una eventual (nueva) conceptualización de valores morales y sociales. Este factor difiere de los cuatro anteriores, cuyo origen parece ser puramente instrumental o utilitario, en que presenta una naturaleza eminentemente conceptual o de principios<sup>15</sup>. Así, PIETRZYKOWSKY sostiene que los derechos de los animales surgen de un discurso de índole moral a partir de un cambio en la percepción del animal, de su des-reificación<sup>16</sup>. También tendrían este origen los derechos a la tierra, que representan un valor universal para muchas comunidades, individuos y grupos a lo largo del globo<sup>17</sup>, y al agua, según otros autores. En relación con ello, SUSI subraya la importancia de la noción de dignidad, que es vista por algunos como una fuente para extender el círculo de los DDHH: RICE deriva de ella el derecho de acceso al Derecho, en un sentido análogo al defendido históricamente por Bentham cuando defendía la Codificación y atacaba el *common law*<sup>18</sup>. ANDORNO afirma incluso que la noción de dignidad humana tiene la capacidad de ayudar a identificar qué pretensiones merecen ser reconocidas como derechos humanos<sup>19</sup>.

Finalmente, el sexto origen posible de un NDH es el análisis puramente intelectual y filosófico<sup>20</sup>. Este factor consiste en considerar, por ejemplo, el agua o la integridad mental como derechos a partir de la comprensión de lo que suponen el agua para la

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> PIETRZYKOWSKY, Tomasz, «Animal Rights», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>17</sup> GILBERT, Jeremie, «The Human Right to Land: ‘New Right’ or ‘Old Wine in a New Bottle’?», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>18</sup> RICE, Simon, «Bentham Redux: Examining a Right of Access to Law», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, pp. 542-543.

<sup>19</sup> ANDORNO, Roberto, «The Relevance of Human Rights for Dealing with the Challenges Posed by Genetics», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, p. 336.

<sup>20</sup> SUSI, Mart, «Novelty...», *op. cit.*, p. 25.

humanidad, o la integridad mental para el ser humano individual (tal parece el origen de este último derecho, según BUBLITZ<sup>21</sup>).

Ahora bien, es importante subrayar que la respuesta a los factores mencionados no siempre consiste en proponer un nuevo derecho humano: a veces simplemente se refuerza o se extiende la interpretación de un derecho ya existente<sup>22</sup>. Con el tiempo, surge un nuevo derecho, o se adapta el ya consolidado. En otras ocasiones, por el contrario, se intenta articular un nuevo derecho desde el comienzo. Así, por ejemplo, en la Conferencia de El Cairo en 1994 se siguió la estrategia de no considerar los derechos sexuales y reproductivos como NDH, sino como comprendidos dentro de los derechos ya existentes<sup>23</sup>.

En muchos casos los nuevos derechos no son propiamente nuevos, sino más bien especificaciones de los derechos clásicos en ámbitos particulares, o para colectivos humanos específicos. La pregunta que surge de inmediato a partir de esta constatación es por qué se habla, por ejemplo, de derechos de las mujeres, los LGTBI o los campesinos y, en cambio, no han surgido como derechos emergentes los derechos de los trabajadores del mar, de los policías, de los mineros, de las familias numerosas, de los empleados expatriados de empresas transnacionales, etc.

Para responder a esta cuestión es preciso indagar cómo surgen los nuevos derechos emergentes, es decir, cómo se genera su incorporación al discurso de los derechos humanos. Conocemos con bastante detalle cómo surgieron los derechos de las dos primeras generaciones, y también, hasta cierto punto, los de la tercera generación<sup>24</sup>. Por lo que respecta a los derechos de la cuarta generación y los derechos emergentes, existen algunos estudios que arrojan luz sobre este asunto<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> BUBLITZ, Jan-Christoph, «The Nascent Rights to Psychological Integrity and Mental Self-Determination», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, pp. 398-403.

<sup>22</sup> *Vid.*, por ejemplo, CIANCIARDO, Juan, «Criterios para la identificación y especificación de nuevos derechos. A propósito de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos», en este mismo volumen, pp. 91 ss.

<sup>23</sup> SUSI, Mart, «Novelty...», *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>24</sup> Sobre historia de los derechos, *vid.* PECES-BARBA, Gregorio (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, 4 tomos, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 1998. Sobre la tercera y cuarta generaciones, *vid.* RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *Claves para entender los nuevos derechos*, Madrid, Catarata, 2011; RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2010, donde se entrelazan los aspectos histórico-políticos con el análisis normativo. Ara Pinilla, autor de la primera monografía sobre derechos de la tercera generación en España, no se ha ocupado del tema. Cfr. ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990.

<sup>25</sup> Singularmente los de FINNEMORE, Martha, y SIKKINK, Kathryn, «International Norm Dynamics and Political Change», *International Organization*, 52-4 (1998), pp. 887-917; y BOB, Clifford, «New Human Rights Issues. Understanding their Contentious Rise», *Colombia Internacional*, 69 (2009), pp. 14-35.

Esos estudios concluyen, en lo que ahora interesa, que los nuevos derechos son normalmente el resultado de transformar en derechos demandas relacionadas con agravios sufridos por determinados grupos: tales agravios tienden a presentarse como una violación de sus derechos, aunque no todas las enfermedades sociales son percibidas por el movimiento internacional de derechos humanos como una cuestión de derechos<sup>26</sup>, puesto que este movimiento tiene su propia agenda.

En el proceso de emergencia y reconocimiento de los derechos intervienen diferentes grupos de actores-clave: a) quienes los reclaman y sus defensores; b) los vigilantes o guardabarreras (*gatekeepers*) del sistema, es decir, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las principales ONG dedicadas a derechos humanos y, en menor medida, algunos intelectuales; c) los Estados; y d) quienes se oponen al reconocimiento de estos derechos.

La importancia de los grupos b) y c) en el proceso es obvia: al final, son los Estados quienes únicamente pueden crear Derecho internacional<sup>27</sup>, sin que deba despreciarse, en lo que a nuestro tema respecta, el *soft law* desarrollado de un tiempo a esta parte por los *treaty bodies* y otros actores, acerca de cuya legalidad y legitimidad, no obstante, merece la pena abrir una amplia discusión que no es posible abordar aquí ni siquiera someramente<sup>28</sup>.

Según Bob<sup>29</sup>, en el surgimiento o emergencia de nuevos derechos pueden describirse las siguientes cuatro etapas:

- a. Colectivos agraviados presentan sus pretensiones como derechos humanos. Esto es, obviamente, una decisión política: no todos deciden hacerlo así, por diversas razones, una de las cuales puede ser que no estén en condiciones de hacerlo<sup>30</sup>.
- b. Los guardabarreras proceden al reconocimiento y la aceptación, lo cual produce la inclusión esas reivindicaciones en la agenda internacional de derechos humanos.
- c. Los Estados y las organizaciones internacionales los aceptan progresivamente y se crea nuevo Derecho internacional (en muchos casos a través de instrumentos de *soft law*, en otros a través de instrumentos de Derecho internacional convencional).

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>27</sup> SHAWKI, Noha, «New Rights Advocacy and The Human Rights of Peasants: *La Via Campesina* and The Evolution of New Human Rights», *Journal of Human Rights Practice*, 6-2 (2014), p. 308.

<sup>28</sup> Cfr., al respecto, el solvente estudio desarrollado en la tesis doctoral, aún no publicada, de SERRANO NÚÑEZ, Ana Olivia, *La universalidad en la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos: treaty bodies y el derecho a la salud*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2024, dirigida por los profesores María del Pilar Zambrano y Vicente Garrido Rebolledo, especialmente el capítulo segundo.

<sup>29</sup> BOB, Clifford, «New Human Rights Issues», *op. cit.*, p. 18.

<sup>30</sup> SHAWKI, Noha, «New Rights Advocacy...», *op. cit.*, p. 308.



- d. Se implementa o traspone el nuevo derecho a nivel doméstico o interno de cada Estado. Este proceso también es progresivo y desigual.

Conviene aclarar que no todas las reivindicaciones consiguen recorrer por completo este proceso. De hecho, la aceptación por parte de los Estados no es un proceso homogéneo ni sincrónico, sino que constituye un proceso complejo donde operan diferentes factores<sup>31</sup>, entre los que cabe mencionar los siguientes<sup>32</sup>:

- a. El rol desempeñado por quienes ponen en marcha la iniciativa.
- b. La naturaleza misma de los derechos, respecto de la cual es preciso subrayar que algunas reivindicaciones son presentadas como fundadas en normas o valores que ya gozan de una amplia aceptación y reconocimiento, lo cual amplía sus posibilidades de éxito, mientras que otras no. De hecho, oscilan entre presentarse como nuevos derechos o como formas de ejercicio de un derecho ya reconocido<sup>33</sup>. Lo segundo plantea menos problemas, pues la nueva pretensión se ampara bajo el paraguas de lo ya vigente y operativo. Ejemplos relativamente recientes podrían ser el denominado «derecho al agua»<sup>34</sup>, y también algunas construcciones jurisprudenciales sobre derechos humanos<sup>35</sup>.
- c. La existencia de eventos críticos que favorezcan la atención sobre la reivindicación.
- d. El logro de un corpus o conjunto de normas o principios que esté en condiciones de ser incorporado a los sistemas jurídicos estatal e internacional. Para ello, habrán de cumplir en mayor o menor medida ciertos requisitos<sup>36</sup>. Esos factores, de los que depende la robustez de las normas relativas a los nuevos derechos, son los que a continuación se exponen. En primer, lugar, el pedigrí, es decir, la profundidad de una norma en términos históricos, su conexión con

<sup>31</sup> FINNEMORE, Martha, y SIKKINK, Kathryn, «International Norm Dynamics and Political Change», *op. cit.*, *passim*.

<sup>32</sup> CARPENTER, R. Charli, «Orphaned Again? Children Born of Wartime Rape as a Non-Issue for the Human Rights Movement», en Clifford Bob (ed.), *The International Struggle for New Human Rights*, 2009, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, pp. 14-29.

<sup>33</sup> La distinción, en RAWLS, John, *El liberalismo político*, A. Domènech (trad.), Barcelona, Crítica, 1996, pp. 50-52.

<sup>34</sup> DE DOMINGO, Tomás, «Una aportación a la reconstrucción del concepto de derecho subjetivo en el Estado constitucional de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII (2016), p. 238.

<sup>35</sup> Ver, por ejemplo, en el sistema español, la pionera STC 254/1993, de 20 de julio (derecho a la autodeterminación informativa); y las más rompedoras STC 19/2023, de 22 de marzo (derecho a la eutanasia); y STC 44/2023, de 9 de mayo (derecho al aborto).

<sup>36</sup> FRANCK, Thomas M., «The Emerging Rights to Democratic Governance», *American Journal of International Law*, 86-1 (1992), pp. 46-91; LEGRO, Jeffrey W., «Which Norms Matter? Revisiting The Failure of Internationalism», *International Organization*, 51-1 (1997), pp. 31-63; FLORINI, Ann, «The Evolution of International Norms», *International Studies Quarterly*, 40-3 (1996), pp. 363-389.

ideas históricamente enraizadas. En segundo lugar, la determinación, en el sentido de una claridad, precisión y especificidad que permitan una aplicación e implementación consistente de la norma. Legro la denomina especificidad e incluye en ella el acuerdo sobre su claridad a la hora de aplicarla e implementarla<sup>37</sup>. En tercer lugar, la coherencia, es decir, la capacidad de este conjunto de normas de completar y reforzar otras normas ya aceptadas. Florini subraya que «[n]inguna norma existe en el vacío. Las relaciones sociales en las que están inmersos los Estados dependen de una red de entendimientos normativos compartidos sobre qué comportamiento es aceptable. Cualquier norma nueva debe encajar coherentemente con otras normas existentes, es decir, con el resto del “genotipo”. La legitimidad de una norma depende crucialmente de dicha coherencia, y la coherencia a su vez engendra legitimidad»<sup>38</sup>. Y, finalmente, la adherencia, entendiendo por tal la capacidad para insertarse en el marco de un sistema jerarquizado de normas.

Las deficiencias referidas a estas características manifiestan o generan problemas que pueden ser de índole técnico-jurídica (de positivación o formalización, en el sentido de HERVADA<sup>39</sup>, o de garantía, en el sentido subrayado por FERRAJOLI<sup>40</sup>), o revelar problemas de justificación de la pretensión que pretende ser transformada en derecho. Sería, por ejemplo, el caso del denominado derecho al desarrollo, o el del derecho al aborto. Existen estudios sobre unos y otros<sup>41</sup>. A continuación, se abordará solo el segundo tipo de problemas, los que hacen referencia a la justificación, pues los de índole técnica han de ser abordados preferentemente por internacionalistas y constitucionalistas.

### 3. LOS NDH PRESENTAN UNA MENOR UNIVERSALIDAD Y ABSTRACCIÓN

Los NDH presentan, comparados con los ya establecidos o consolidados, una disminución de su universalidad y de su abstracción, lo cual podría, como veremos, comprometer de algún modo su condición de derechos propiamente humanos.

En cuanto a la menor universalidad, es fácilmente comprensible que, si se considera que el discurso de los derechos humanos no proporciona suficiente protección a ciertos grupos y se piensa que introduciendo nuevos derechos humanos ésta se podrá

<sup>37</sup> Vid. LEGRO, Jeffrey W., «Which Norms Matter?», *op. cit.*, pp. 34 y 40.

<sup>38</sup> Vid. FLORINI, Ann, «The Evolution of International Norms», *op. cit.*, p. 376.

<sup>39</sup> HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1989, pp. 177-181.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi, «Derechos fundamentales», en Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, p. 26.

<sup>41</sup> La incorporación de nuevos derechos desde una perspectiva constitucional que atiende al Derecho español fue tratada tempranamente por DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 15-116.

lograr, se proponen derechos que no son aplicables ni predicables universalmente, es decir, su universalidad se verá comprometida. Algún autor ha designado este rasgo característico de los NDH como *tesis del decrecimiento de la universalidad*<sup>42</sup>.

Algo semejante cabe decir respecto de la abstracción. Cuando lo que sucede es que se propone ampliar el alcance de un derecho humano, su objetivo concreto, la mejora de un derecho ya establecido en cuanto a un aspecto específico, se acaba proponiendo derechos nuevos que se desarrollan «a la sombra» de otros derechos ya establecidos: así, el derecho a la tierra surge de la concreción de los derechos a la propiedad, la vivienda y la alimentación. El NDH será menos abstracto que el/los derechos humanos «matriz», y por eso se ha formulado también, en relación con los NDH, la *tesis del decrecimiento de la abstracción*<sup>43</sup>.

Una pregunta que surge a partir de aquí, y que podemos dejar planteada, es: si el movimiento de desarrollo de los nuevos derechos humanos avanza en esta dirección, ¿es posible mantenerlo indefinidamente? ¿Es posible avanzar indefinidamente por la senda decreciente en cuanto a la universalidad y a la abstracción y a la vez, seguir hablando de derechos *humanos*? Sobre este asunto se volverá más adelante, pero no debe perderse de vista su importancia: *la fuerza normativa, retórica y moral de los derechos humanos radica en que son humanos*, es decir, universales, y no pertenecientes meramente a una categoría reducida de sujetos que poseen una determinada condición (arrendatario, campesino, inversor, persona de cierta edad o condición, etcétera). De ahí la suma pertinencia de la observación y de la cuestión que acaban de formularse.

#### 4. ¿POR QUÉ CIERTAS DEMANDAS SE TIENDEN A REIVINDICAR COMO NDH? RETÓRICA Y POLÍTICA DE LOS NDH

Hemos señalado que, en ciertos casos, la opción por la reivindicación de un NDH guarda relación con determinadas agendas políticas que se desean impulsar, y *no necesariamente* con que se considere, al menos inicial e indubitadamente, que un determinado problema es una cuestión de derechos humanos. ¿Por qué, entonces, se decide presentarlo en términos de derechos humanos? Aunque ya se ha apuntado algo al respecto, conviene volver ahora sobre la cuestión, para incidir en que esto nos remite al valor retórico de los derechos humanos en el mundo actual, que ha sido tratado recientemente con gran solvencia por VON ARNAULD y THEILEN<sup>44</sup>.

Hay quien piensa que la denominada «perspectiva de derechos humanos» es más retórica que jurídica. Además, desde el punto de vista del Derecho, es correcto afirmar que las implicaciones normativas de un derecho humano o fundamental deben

<sup>42</sup> SUSI, Mart, «Novelty...», *op. cit.*, p. 28.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> VON ARNAULD, Andreas y THEILEN, Jens T., «Rhetoric of Rights», *op. cit.*, cuya exposición seguiremos en líneas generales.

distinguirse de su uso como herramienta retórica. Aunque es muy difícil separar ambas dimensiones, la política y la jurídica, en el análisis filosófico y jurídico es importante al menos hacerse cargo de que ambas dimensiones existen, son diferentes y no siempre se refuerzan recíprocamente.

En el discurso de lo que se ha dado en llamar «emprendedores normativos» (*norm entrepreneurs*<sup>45</sup>) ambas perspectivas se dan mezcladas e incluso se confunden muchas veces de forma no siempre inocente, a mi juicio.

La fuerza retórica de los derechos humanos es innegable: constituyen tal vez, como ya se ha señalado, el *topos* o lugar común más relevante del discurso político de nuestro tiempo, junto con la democracia y el Estado de Derecho, aunque este último en menor medida, sobre todo en aquellas sociedades en que ha ido expandiéndose el discurso populista<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Los emprendedores normativos o emprendedores de normas son aquellos actores que intentan «"movilizar la opinión popular y el apoyo político dentro y fuera del país que los acoge", «"estimular y ayudar en la creación de organizaciones de ideas afines en otros países"», y «"desempeñar un rol significativo en la elevación de sus objetivos más allá de su identificación con los intereses nacionales de su gobierno"». AYOUB, Phillip M., «A Struggle for Recognition and Rights: Expanding LGTB Activism», en Alison Brysk y Michael Stohl (eds.), *Expanding Human Rights. 21st Century Norms and Governance*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2017, p. 13, nota 2. AYOUB toma esta definición o caracterización de NADELMANN, a quien cita de referencia a través de un trabajo de un tercer autor. En realidad, NADELMANN no habla de «emprendedores normativos», sino de «emprendedores morales transnacionales». Cfr. NADELMANN, Ethan A., «Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society», *International Organization*, 44-4 (1990), p. 482 y *passim* (pp. 479-526). Los emprendedores normativos son normalmente grupos, organizaciones o activistas, abogados de derechos humanos, algunos académicos muy vinculados a ciertas organizaciones no gubernamentales, etcétera. Muchas veces, las personas que integran estas organizaciones acaban transitando a los organismos internacionales: comités, *treaty bodies*, cortes y otras instituciones. Por ejemplo, sobre el papel de estos actores en el ámbito internacional, aplicado al caso de los derechos de las mujeres, puede verse JOACHIM, Jutta, «Framing Issues and Seizing Opportunities: The UN, NGOs and Women's Rights», *International Studies Quarterly* 47 (2003), pp. 247-274.

<sup>46</sup> Sobre el impacto del populismo en los derechos, *vid.* Gerald L. Neuman (ed.), *Human Rights in a Time of Populism. Challenges and Responses*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. En esta obra, WALDRON dedica un estudio a lo que denomina «derechos del rule of law» y cómo les afecta lo que denomina la «impaciencia populista», que se relaciona sobre todo con la crítica al empleo que hacen los presuntos delincuentes de los derechos a la intimidad personal y familiar, a la lentitud del sistema de administración de justicia, al garantismo de los jueces en el proceso penal, frente a lo cual los populistas enarbolan la voluntad de los parlamentos, entendiendo que debería ser esta la que prevaleciera, etcétera. Cfr. WALDRON, Jeremy, «Rule-of-Law Rights, in Populism Impatience», en Gerald L. Neuman (ed.), *Human Rights in a Time of Populism. Challenges and Responses*, *op. cit.*, pp. 46-50. El trabajo de Waldron se centra en ámbito anglo-norteamericano, con bastantes referencias al «trumpismo». Teniendo en el horizonte más bien el mundo latinoamericano y otras latitudes (Italia, Europa del Este), la caracterización del populismo y de su ataque al Estado de Derecho que ofrece CIANCIARDO difiere parcialmente de la descrita por Waldron. En efecto, para el profesor argentino, la crítica populista se despliega en varias direcciones, que se actualizan según las circunstancias: «a) la pérdida de relevancia del Poder Legislativo (dentro de un contexto de cuestionamiento general de la representación política en aras de transferir poder a las "asambleas

Uno de los aspectos que debe destacarse en cualquier *topos* o lugar común es su potencial simbólico. Los tópicos inducen a la fascinación y ejercen una suerte de encantamiento cuasi mágico, como ya se ha dicho: formular o propugnar la existencia de un «derecho humano a...» incorpora un elemento simbólico muy relevante que, además, suele ser un primer paso para la creación de futuras normas jurídicas. Por un lado, desarrolla la comprensión compartida sobre el significado de aquello que se pretende defender como derecho y, por otro, genera un espacio de comprensión que operará también como espacio de negociación, de discusión, de divergencia de discursos, pero siempre en torno a ese mismo *topos*, es decir, albergando concepciones de un mismo concepto ya puesto y generado). En definitiva, el *topos* estructura el debate sobre cómo dirigir y resolver un potencial problema de DDHH<sup>47</sup> o, añadimos nosotros, como si fuera de DDHH.

Propugnar la existencia de un NDH implica, como señalan VON ARNAULD y THEILEN, un doble movimiento retórico: por una parte, se adopta el lenguaje de los derechos humanos en general y, por otra, se pretende establecer ese supuesto derecho como derecho humano por sí mismo, como un *topos* singular o particular<sup>48</sup>.

Reclamar la existencia de un «derecho humano a...» cumple, desde el punto de vista retórico, al menos, las siguientes funciones (seguiré aquí el desarrollo de los citados autores). En primer lugar, permite *llamar la atención* (función apelativa) sobre ciertas situaciones que se consideran lo suficientemente injustas como para considerarlas una cuestión de DDHH, al menos desde el punto de vista de los emprendedores de normas. Esto se relaciona con el elemento afectivo implicado en la apelación a los DDHH: se crea o se aspira a crear un *pathos*, a establecer una agenda y una conciencia popular. El lenguaje de los derechos se emplea como medio para movilizar el apoyo público. El propósito es estimular la movilización y fortalecer los vínculos entre los activistas. Pero ello no solo aporta visibilidad, sino también patetismo a la reivindicación. Hablar de un «derecho humano a verse libre de la corrupción» tiene mucha más fuerza retórica que hablar de las obligaciones de los Estados de prevenir la corrupción basándose en el discurso de los derechos humanos de manera más general<sup>49</sup>. El NDH se asemeja, entonces, a lo que J. FEINBERG llamaba «derechos en el sentido de manifiesto»

---

de base”, lo que muchas veces, paradójicamente, conduce a un decisionismo radical); b) la desconfianza en los organismos burocráticos de control de la acción gubernamental (...); c) la crítica al Poder Judicial, que sigue dos direcciones antagonicas: c’) la exacerbación del legalismo (el caso de Forza Italia); c’’) la cooptación del Poder Judicial mediante su depuración ideológica y la incorporación a sus filas de adeptos a la causa (algunos ejemplos del neoconstitucionalismo relativista latinoamericano)». CIANCIARDO, Juan, «Populismo y rule of law», en Eduardo Magoja y Luciano Laise (coords.), *Estado de derecho, teoría del derecho e interpretación jurídica*, Buenos Aires, Ábaco, 2022, pp. 51-52.

<sup>47</sup> VON ARNAULD, Andreas y THEILEN, Jens T. «Rhetoric of Rights», *op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 39-40.

para referirse a pretensiones inespecíficas en cuanto a qué deberes comportan y cómo y por parte de quién deberían ser satisfechos<sup>50</sup>. Pero esto no debe confundirse con esta función apelativa en cuanto tal: una visión peyorativa de los «derechos-manifiesto» omite la importancia del *pathos* en la etapa de movilización de un NDH.

En segundo lugar, reclamar la existencia o el reconocimiento de un «derecho humano a...» sirve también como *medio de contestación*, pues generalmente se propone para generar cambios en una situación considerada indeseable por aquellos que proponen el NDH. Usualmente, los NDH son *anti establishment* y buscan empoderar a ciertos grupos vulnerables (niños, personas mayores, demandantes de asilo) o encauzar problemas sociales no resueltos adecuadamente a juicio de los proponentes (contaminación, corrupción). Los proponentes del NDH intentan un giro en el paradigma retórico, ya sea re-enmarcando cuestiones jurídicas y políticas que hasta el momento no habían sido planteadas en términos de derechos (por ejemplo, la corrupción o el bienestar animal), ya sea derivando nuevos derechos a partir de derechos ya establecidos y ajustándolos para adecuarlos a problemas específicos (por ejemplo, el derecho a la verdad, derivado de aspectos procesales del derecho a la vida y a la libertad). Este giro es parte de una batalla en el discurso de los movimientos políticos y sociales (feminista, de lucha contra la discriminación racial, etcétera). Es interesante subrayar que, en todos los ejemplos que citan estos autores, la apelación a los DDHH muestra la estrecha relación entre enmarcar algo como un derecho humano y definir conceptos. En algunos casos concretos, ello se orienta a hacer posible enmendar o corregir el discurso popular, de manera que el reconocimiento jurídico ya no sea visto, por ejemplo, simplemente desde la óptica de la medicina, sino concebido a través del lenguaje de los DDHH. Sería el caso de la protección de las personas con discapacidad, por ejemplo. En este sentido, se advierte la intención de transformar la mentalidad popular, de cambiar las ideas de las personas, su modo de pensar, y no simplemente de avanzar en la esfera de protección de ciertos bienes. En este sentido, no es exagerado afirmar que, en muchos casos, la propuesta de nuevos derechos tiene por objeto la transformación moral de la sociedad o, más claramente, la transformación o la sustitución de la moral socialmente dominante.

Ahora bien, aunque los NDH pueden ser usados para la contestación, se ha subrayado por algunos autores que también pueden reflejar y servir para legitimar estructuras de poder prevalentes. Apelar a los DDHH no es monopolio de los que luchan contra la opresión, sino que pueden también ser empleados como medios de «contra-contestación» por quienes defienden el *statu quo*, es decir, para enmascarar agendas que los primeros calificarían de regresivas. Así, se invoca el «derecho al turismo» frente a críticas anticapitalistas y antiimperialistas. Esto da buena cuenta, por un lado, de la naturaleza de constructo de los DDHH y de su debilidad si se los priva de un sustrato ontológico,

<sup>50</sup> FEINBERG, Joel, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall, 1973, p. 67.

así como de la inherente fragilidad teórica de los NDH y del carácter esencialmente contestable que presentan en tanto que medios para generar cambios de paradigma.

En tercer lugar, enmarcar un asunto como de DDHH cumple la función de conectar diferentes discursos locales, regionales y globales a través de la política, el Derecho y la moral y, en virtud de todo ello, contribuye a otorgar prioridad a dicho asunto. La Declaración y Programa de Acción de Viena estableció que «el carácter universal» de los derechos humanos «no admite dudas»<sup>51</sup>, lo cual refiere los asuntos que ellos abarcan a la idea de *humana conditio*, es decir, a una humanidad común subyacente que se expresa a través de «un lenguaje común para unificar circunscripciones diferentes»<sup>52</sup>. Hay, pues, una connotación de universalidad construida dentro de su gramática, incluso aunque algunas de sus configuraciones jurídicas estén limitadas a contextos particulares, sean nacionales o supranacionales de ámbito regional. Al respecto, no importa ahora tanto la universalidad en sí como la *pretensión* de universalidad contenida en el lenguaje de los DDHH, que se añade a su carácter simbólico, así como a su relevancia práctica<sup>53</sup>. Así, por ejemplo, existe una razón práctica para apelar a los DDHH al manejar cuestiones bioéticas, y es la siguiente: exceptuando los derechos humanos existen pocos mecanismos disponibles para operar como *lingua franca* global a la hora de tratar cuestiones biomédicas, si es que hay algún otro<sup>54</sup>: constituyen, en ese sentido, un verdadero «tópico supranacional», en el sentido de BORNSCHEUER<sup>55</sup>. En definitiva, los DDHH tienen un alcance potencialmente universal en la práctica y ello aporta un factor empírico en un mundo crecientemente marcado por corrientes de comunicación y de intercambios materiales globales. No solo presentan una dimensión global y local, sino que también poseen una naturaleza híbrida, pues ofrecen configuraciones o instanciaciones jurídicas, morales y culturales, al conectar pretensiones, movimientos y posiciones no solo geográficamente, sino también a través de las disciplinas y de los diferentes tipos de discurso práctico. A pesar de todas las diferencias entre los varios dialectos de DDHH, hablar de un «derecho humano a...» aparece como un *topos* inteligible, capaz de atravesar estas divisiones. Parte del atractivo de la retórica de los DDHH reside precisamente en este carácter híbrido, que permite conectar (a veces, parcialmente, controversialmente) estas formas diversas de discurso<sup>56</sup>.

En cuarto lugar, en aquellos casos en los que las personas afectadas, los movimientos sociales y las instituciones de la sociedad civil están invocando los DDHH con vistas a contestar el *statu quo*, el uso del lenguaje de los DDHH envuelve lo que

<sup>51</sup> Conferencia Mundial de DDHH, Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, n.1, (p. 4 de la traducción española).

<sup>52</sup> VON ARNAULD, Andreas y THEILEN, Jens T. «Rhetoric of Rights», *op. cit.*, p. 44.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> ANDORNO, Roberto, *op. cit.*, p. 339.

<sup>55</sup> Citado en VON ARNAULD, Andreas y THEILEN, Jens T. «Rhetoric of Rights», *op. cit.*, p. 45, nota 105.

<sup>56</sup> VON ARNAULD, Andreas y THEILEN, Jens T. «Rhetoric of Rights», *op. cit.*, p. 45.

puede llamarse una función de activación o de «disparo», es decir, representa un intento de hacer que actúen instituciones concretas para que lleven a cabo proclamaciones o interpretaciones dotadas de autoridad, promuevan el derecho en cuestión con sus recursos y personal, o proporcionen reparaciones que no estarían disponibles de otro modo. Tal activación implica estrategia: no solo el compromiso con las instituciones, sino también la forma en que ciertos temas se enmarcan dentro del lenguaje de los DDHH por los activistas y los solicitantes, así como por las mismas instituciones públicas. Si una pretensión es (o debería ser) presentada como un nuevo «derecho humano a...» o como parte de un derecho humano preexistente depende del contexto. Normalmente, el discurso jurídico buscará asentarse sobre el elemento de habitualidad, estableciendo lazos con normas preexistentes, restando protagonismo al elemento de novedad, pero en ocasiones la invocación de un «derecho humano a...» independiente tiene sus propias ventajas: por ejemplo, puede servir para subrayar lagunas o fallas en la comprensión actualmente dominante de los DDHH y, en consecuencia, subrayar la necesidad de un cambio o activación de las instituciones más políticamente orientada a la acción<sup>57</sup>.

En quinto lugar, la apelación a los DDHH permite a actores marginalizados desarrollar nuevos vocabularios de reivindicación pública, y anticipar nuevas formas de justicia aún por venir. BENHABIB habla al respecto de un efecto iurisgenerativo o generador de derechos, entendiendo por tal la «capacidad del Derecho de crear un universo normativo de sentido que puede a menudo escapar al ‘origen de la producción formal del derecho’ para expandir el significado y el alcance del derecho mismo»<sup>58</sup>. En sentido convergente, ARNAULD y THEILEN mencionan a Arabella LYON, quien propone considerar los DDHH no como una verdad textual, sino como prácticas deliberativas performativas que conducen a la constitución de nuevas formas de vida. Sobre este aspecto se volverá más adelante, al tratar de los derechos como ejercicios espirituales. En todo caso, a la luz de lo anterior, puede decirse que los intentos de establecer un cierto «derecho humano a...» son formas de facilitar la iurisgénesis: al dirigir el discurso en una determinada dirección, el «derecho humano a...» se convierte en una especie de eje discursivo que no solo refuerza ciertos valores y, por tanto, restringe el discurso, sino que puede también servir como punto de referencia para (futuras) interpretaciones del Derecho internacional<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 46-47.

<sup>58</sup> BENHABIB, Seyla, *Dignity in Adversity. Human Rights in Troubled Times*. Cambridge, Polity, 2011, p. 15. BENHABIB apunta que «iusgeneratividad» es un término originalmente sugerido por R. COVER. Siendo más precisos, el término que introduce COVER es *iurisgénesis*, y la entiende como el «proceso de creación de significado jurídico», no necesariamente en poder exclusivo del Estado, sino más bien como resultado de un proceso colectivo y social. *Vid.* COVER, Robert M., «Foreword: Nomos and Narrative», *Harvard Law Review*, 97-1 (1983), p. 11.

<sup>59</sup> VON ARNAULD, Andreas y THEILEN, Jens T. «Rhetoric of Rights», *op. cit.*, p. 47.



Por otro lado, es bien conocido que, por vía interpretativa, un derecho humano legalmente reconocido tiende a generar un conglomerado de derechos concomitantes o implícitos<sup>60</sup>; a la luz de esto, es posible pensarlo no tanto como una norma con un significado fijado establemente, sino más bien como un elemento dentro del proceso iurisgenerativo: entonces, proclamar un nuevo «derecho humano a...» lo que hace es desplegar elementos discursivos previamente aceptados mediante la construcción a partir de la potencialidad o invención; al hacerlo, el *nuevo* derecho humano deviene (o pretende devenir) su propio *topos*, que puede, a su vez, ser (re)interpretado<sup>61</sup>.

Por último, cabe hablar de una función retórica que no mencionan ARNAUD y THEILEN, pero que a nuestro juicio resulta particularmente relevante en el contexto de los nuevos derechos más controvertidos política e ideológicamente: es la que podría denominarse *función de (intento de) blindaje contra la discusión o la contestación*: si se logra consolidar el *topos* con toda su fuerza simbólica, los defensores del nuevo derecho humano se sitúan en una posición privilegiada en las discusiones y debates públicos, que les permite, en ciertos casos, evitar dichos debates o acudir incluso a actitudes y comportamientos que, en rigor, resultan poco consistentes con los derechos humanos más clásicos, como la denominada *cancelación* o la limitación de la libertad de expresión de las personas adversarias o que enarbolan la contestación y, en general, poco compatibles con sociedades abiertas a un espacio ideal de comunicación de ideas y a un debate libre entre argumentos. En este sentido, la ampliación del ámbito del discurso de los derechos puede conducir a una reducción o empobrecimiento del discurso político, como recordó GLENDON en los 90 y muy recientemente, DE LORA<sup>62</sup>.

En resumen, plantear como cuestiones de derechos humanos determinados objetivos políticos o cuestiones jurídicas se orienta, en último extremo, a aprovechar el potencial retórico del discurso de los derechos humanos. No nace necesariamente de la relación de tales asuntos con las exigencias dimanantes o inherentes a la dignidad, la libertad, la igualdad o cualquier otra dimensión asociada a la común condición humana. Ese enorme potencial retórico explica también que en nuestros días se haya avanzado —a la sombra de los derechos humanos— en la dirección de reivindicar también derechos (nuevos derechos) para sujetos no-humanos, por ejemplo, los animales o los entes naturales, con independencia de si su protección puede realizarse o no adecuadamente por otros medios. Más aún, hoy hay quien habla simplemente de «derechos», y reivindica que una «buena sociedad» ha de basarse en un número siempre creciente de ellos,

<sup>60</sup> Vid., por ejemplo, MELCHIOR, M. «Rights Not Covered by Convention», en Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 594-595.

<sup>61</sup> VON ARNAULD, Andreas y THEILEN, Jens T. «Rhetoric of Rights», *op. cit.*, p. 47.

<sup>62</sup> Vid. DE LORA, Pablo, *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales*, Barcelona, Deusto, 2023, pp. 148-150.

pretendiendo a la vez prescindir de la referencia exclusiva a lo humano y a la dignidad humana, pero reclamando para ellos el alto prestigio moral y valor simbólico que solo han alcanzado por ser originalmente derechos humanos. Es el caso, por ejemplo, de SCHULZ, entre otros<sup>63</sup>.

## 5. LA INFLACIÓN O PROLIFERACIÓN DE LOS DDHH COMO PROBLEMA

Como se ha insinuado, no todo son ventajas en este enorme potencial, porque la sobreexplotación retórica de un lugar común puede producir hartazgo o, al menos, pérdida de fuerza o de capacidad persuasiva de un *topos*. Es lo que en cierto modo cabe pensar a partir de la denuncia de la llamada «inflación de los derechos humanos» o «proliferación de los derechos humanos».

La denominada inflación es «la censurable tendencia a etiquetar todo lo socialmente deseable como un derecho humano<sup>64</sup>. Y, ciertamente, si todas las causas sociales se vinculan a los derechos humanos, ¿qué queda de los derechos humanos propiamente dichos? Más aún, se preguntaba ya a comienzos de los 90 Mary Ann GLENDON, ¿qué queda de la política?<sup>65</sup>. Además, puede producirse la paradoja de que, al incrementarse el número de los derechos, se amplíe notablemente el riesgo de colisiones constitucionales y, en consecuencia, se acabe produciendo un descenso en la protección de los derechos<sup>66</sup>. Recientemente, AROSEMENA y DE LORA han subrayado también este aspecto<sup>67</sup>.

Por ello tiene sentido preguntarse si el número de los derechos puede crecer indefinidamente. En un trabajo de 1984, reconocido por muchos como el primer texto que llamaba la atención sobre los problemas derivados del expansionismo de los derechos, al menos en el ámbito del Derecho internacional, ALSTON propuso un «control de calidad» para los NDH en dicho ámbito, sugiriendo que, en lo relativo al contenido, un NDH debería satisfacer los siguientes criterios: a) reflejar un valor social fundamentalmente importante; b) ser relevante, inevitablemente en grados diversos, en todos los sistemas de valores; c) que sea posible reconocer que se trata de una interpretación de las obligaciones de la Carta de Naciones Unidas, una proyección de normas del Derecho internacional consuetudinario o la formulación declarativa de principios generales del

<sup>63</sup> Vid. SCHULZ, William F. y RAMAN, Sushma, *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2020.

<sup>64</sup> ANDORNO, Roberto, «The Relevance...», *op. cit.*, p. 336.

<sup>65</sup> GLENDON, Mary Ann, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. New York, The Free Press, 1991.

<sup>66</sup> POLLICINO, Oreste, «The Right to Internet Access. Quid Iuris?», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>67</sup> Vid. DE LORA, Pablo, *Los derechos en broma...*, *op. cit.*, p. 151, se remite en este punto a Ignatieff; y AROSEMENA, Gustavo, «El paradigma transformador de los derechos humanos: rasgos estructurales y consecuencias paradójicas», en este mismo volumen, pp. 63 ss.

Derecho; d) ser consistente con, pero no meramente repetitivo de, el cuerpo ya establecido de Derecho internacional público de los DDHH; e) ser capaz de alcanzar un grado muy alto de consenso internacional; f) ser compatible o, al menos, no claramente incompatible, con la práctica general de los Estados; y g) ser lo suficientemente preciso para dar lugar a derechos y obligaciones identificables<sup>68</sup>. Por lo que se refiere al control, éste debería quedar exclusivamente en manos de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y no de ningún otro órgano<sup>69</sup>.

Por su parte, NICKEL sugiere que, para evitar la inflación de derechos, estos deben referirse únicamente a bienes, protecciones y libertades extremadamente importantes. Además, plantea justificaciones suplementarias, como que el derecho en cuestión constituya una respuesta a una amenaza común y sería contra el respectivo bien, que sea factible o viable en la mayoría de los países del mundo, que no imponga más cargas que las que, estando justificadas, sean estrictamente necesarias, etcétera<sup>70</sup>. Para BREMS, si bien es cierto que no existen límites formales a lo que puede ser proclamado como derecho humano, se entiende ampliamente que los derechos humanos deberían proteger intereses de gran importancia para el ser humano (criterio del umbral), y deberían poseer validez universal (criterio de la universalidad)<sup>71</sup>.

En opinión de SUSI –aunque esta crítica no parece aplicable del todo al caso de NICKEL–, las caracterizaciones descritas dependen excesivamente de la práctica internacional, y no excluyen un crecimiento sin fin del universo de los derechos humanos, ya que remiten a lo que los estados puedan acordar y a lo que se considere socialmente importante en un tiempo dado. Además, a su juicio, ello podría conducir no solo a la inflación de derechos, sino también a una suerte de proceso inverso, la deflación de derechos o contracción del número de DDHH, pues la comunidad global también podría cansarse del lenguaje de los DDHH<sup>72</sup>.

Si abordamos el tema de la inflación desde la perspectiva de la pérdida de universalidad, hay que coincidir con SUSI en que, para tomar en serio la idea misma de derechos *humanos*, no es posible renunciar por completo a la universalidad de los mismos y, con ella, a un cierto grado de abstracción. Por ello, tampoco sería posible admitir su crecimiento sin fin: ya que ambos rasgos (universalidad y abstracción) no pueden,

<sup>68</sup> ALSTON, Philip, «Conjuring Up New Human Rights: A Proposal for Quality Control», *American Journal of International Law*, 78-3 (1984), p. 615.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 608-609.

<sup>70</sup> NICKEL, James, «Human Rights», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition). Disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/#NormJustForHumaRigh> (fecha de la última consulta: 01/03/2023).

<sup>71</sup> BREMS, Eva, «Birthing New Human Rights. Reflections around a Hypothetical Human Right of Access to Gestational Surrogacy», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, p. 329.

<sup>72</sup> SUSI, Mart, «Novelty in Human Rights», *op. cit.*, p. 30.

por definición, caer por debajo de ciertos grados, el ámbito de los DDHH no puede permanecer abierto indefinidamente<sup>73</sup>.

Lo anterior permite, a nuestro juicio, comprender la importancia del debate libre y abierto en torno a los supuestos nuevos derechos humanos, sin excepción alguna. El escrutinio académico de las propuestas activistas debe ser activo y vivaz, es decir, no llevarse a cabo desde el seguidismo, ya que, de lo contrario, el proceso de creación de normas de derechos humanos se realizará no solo sin la debida corrección técnica, sino sobre todo sin la necesaria reflexión ética y política. En relación con ello se ha señalado que, en el proceso de contestación, incluso si acaba no conduciendo a la justificación de un NDH independiente, se obtienen al menos dos resultados.

En primer lugar, se hace posible una articulación más profunda del campo y del significado de un DH ya existente, especialmente con vistas a su aplicabilidad en nuevas circunstancias. En efecto, no hay justificación suficiente para crear un NDH en la medida en que los derechos e intereses relevantes estén ya suficientemente protegidos a través de los DDHH existentes. Además, si un NDH se acepta, pero no es una parte cognoscible o discernible del Derecho internacional o nacional, será difícil para los individuos saber que pueden exigir tal derecho<sup>74</sup>.

El segundo resultado se relaciona con el desarrollo doctrinal del Derecho de los DDHH. Un NDH debe estar completamente justificado en plano conceptual antes de que pueda alcanzar el estatus de derecho independiente dentro del elenco o catálogo de los derechos ya establecidos. Se ha insistido al respecto en la importancia de la claridad: la falta de claridad habla en contra de la creación de un NDH, más que a su favor<sup>75</sup>.

Por su parte, quienes no ven un problema en el crecimiento indefinido de los derechos se preguntan si es realmente un peligro que haya demasiados derechos, si es verdad que los nuevos derechos nos van a distraer de perseguir la protección y tutela de los antiguos. Y su respuesta es que, de hecho, sucedería más bien lo contrario. Para SCHULZ y RAMAN, cuando los derechos establecidos están en peligro, resulta más importante que nunca asegurar que los derechos sean percibidos socialmente como respuestas a problemas contemporáneos. Para ellos, hay nuevos desafíos a aquellos derechos que necesitarán ser abordados si los viejos derechos han de conservar algún significado<sup>76</sup>.

Estos autores, procedentes del mundo del activismo, recuerdan que, en ocasiones se dice que los nuevos derechos no son derechos *reales*, que los derechos reales se refieren a cosas serias, como los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad. Pero

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>75</sup> *Ibidem* pp. 32-33; MICHALOWSKI, Sabine, «Critical Reflections on the Need for a Right to Mental Self-Determination», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, y Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *op. cit.*, p. 410.

<sup>76</sup> SCHULZ, William F. y RAMAN, Sushma, *The Coming Good Society*, *op. cit.*, p. 14.

a tal objeción responden que esa es realmente la actitud con la que antes se afrontaron otros derechos hoy reconocidos. En su opinión, no existe un número finito presente de derechos que deban considerarse legitimados. Es cierto que algunos derechos, llamados «core» o «no derogables», como la vida o la prohibición de la tortura, se consideran tan fundamentales que no pueden nunca ser suspendidos. Pero el hecho de que la Declaración Universal de 1948 liste casi 50 DDHH y que los tratados subsiguientes hayan reconocido muchos más no reduce la importancia de los derechos «core»<sup>77</sup>.

A juicio de estos autores, los derechos por sí mismos no son un juego de suma cero. La adición de un derecho reconocido nuevo no vicia a uno reconocido previamente. Es verdad, prosiguen, que no son prendas sin costuras, y que a veces necesitamos hacer una ponderación entre dos derechos: para eso están los tribunales de derechos humanos. Pero ambos derechos siguen siendo importantes. Las empresas —prosiguen— han sido ampliamente reconocidas como titulares de derechos, y esto no ha disminuido el valor o el poder de los derechos de los seres humanos. Todos los seres humanos tienen el «derecho» a reclamar todos los derechos que puedan y que les sean aplicables. Esto debería llevarnos a concluir lo mismo para el caso de las entidades no humanas, como los animales, los robots o los ecosistemas. Entonces, ¿cómo responder a la pregunta sobre si tiene sentido gastar energía contemplando derechos adicionales, mucho más para entidades no humanas, en un tiempo en que incluso algunos de los derechos mejor consolidados están bajo amenaza? ¿No está la causa de los derechos humanos en su totalidad en riesgo como consecuencia de sus propias limitaciones y deficiencias?<sup>78</sup>.

Pero hay quien ha cuestionado el valor real de la tesis bajo la cual se ha construido, a su juicio, el sistema de DDHH: una vez construido este, los villanos del mundo comprenderían el error o, al menos, las desventajas de desafiar los derechos humanos. En lugar de ello, lo que ha tenido lugar es un sonoro fracaso, razón por la cual, si el movimiento de derechos humanos aspira a tener futuro, debería centrarse en defender preocupaciones morales básicas, sin aspirar a que los derechos se expandan, al menos por ahora<sup>79</sup>.

A una conclusión análoga, pero por otras razones, parece llegar MOYN en su libro *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, donde sostiene que la justicia global no se alcanzará nunca si no se afronta seriamente la desigualdad económica, que a su juicio resulta compatible con la vigencia plena de los derechos humanos<sup>80</sup>. A su juicio,

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pp. 15-16 y 239.

<sup>79</sup> RIEFF, David, «The End of Human Rights? Learning from the failure of the Responsibility to Protect and the International Criminal Court», *Foreign Policy*, April 9, 2018. Disponible en <https://foreignpolicy.com/2018/04/09/the-end-of-human-rights-genocide-united-nations-r2p-terrorism/> (fecha de la última consulta: 02/03/2023).

<sup>80</sup> MOYN, Samuel, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2018, p. 213.

el Derecho de los DDHH carece de normas, y el movimiento de DDHH de voluntad para abogar por una política redistributiva contundente y, por ello, ambos, el Derecho y el movimiento, han fallado a la hora de hacer frente a la victoria de los ricos y a la lucha contra la pobreza del resto, lo cual ha allanado el camino al populismo y a ulteriores abusos contra los derechos: las propuestas del Estado de bienestar surgidas tras las crisis de los años 30 y 40 del siglo XX resultaron demasiado modestas en relación con el objetivo de eliminar la desigualdad<sup>81</sup>. La consecuencia, a juicio de este autor, es que el derecho fundamental a la igualdad económica debería preceder a la adopción de nuevas causas por parte del movimiento de DDHH, y que los activistas no deberían sentirse cómodos en compañía de la desigualdad consagrada por el neoliberalismo. En su opinión, los DDHH volverán a tener una importancia defendible solo cuando la humanidad se redima a sí misma de su escasa ambición en el terreno de la igualdad<sup>82</sup>.

Frente a esto, SCHULZ y RAMAN, defensores del expansionismo de los derechos, sostienen, en primer lugar, que no hay en el movimiento de derechos humanos una posición sobre qué derecho humano es más importante, más central o más crucial para la dignidad o para «la buena sociedad», aunque ciertamente de algunos derechos vinculados a la igualdad económica depende la realización de otros. Ahora bien, incluso muchos de aquellos derechos que cabría considerar «más importantes» pueden tal vez depender del reconocimiento de nuevos derechos o de derechos ampliados. Algunos derechos económicos, como el derecho a la seguridad social, ya han sido objeto de una pormenorizada recepción legal, pero no otros (el derecho a la renta básica anual), y pueden ser cruciales para lo que MOYNE llama la política redistributiva<sup>83</sup>.

Por otro lado, proponen considerar cómo sería un mundo en el que no hubiera normas sobre derechos, humanos o de otro tipo, o esas normas estuvieran significativamente restringidas. Retóricamente recuerdan que Eric POSNER ha escrito que «hay escasa evidencia de que los tratados de derechos humanos hayan mejorado el bienestar de la gente o incluso que hayan dado lugar al respeto a los derechos contenidos en los tratados. El Derecho de los DDHH ha fallado en el cumplimiento de sus aspiraciones utópicas, y debería ser abandonado»<sup>84</sup>. Pero, se preguntan SCHULZ y RAMAN,

«¿le diremos al joven que se encuentra en una prisión sudanesa y que hoy está vivo solo porque los observadores de derechos humanos de Naciones Unidas lo comprueban regularmente y advierten a sus guardianes que Posner desprecia los tratados de derechos humanos que exigen que él no sea torturado?

(...)

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>83</sup> SCHULZ, William F. y RAMAN, Sushma, *The Coming Good Society*, *op. cit.*, pp. 240-241.

<sup>84</sup> POSNER, Eric A., 2014. «Against Human Rights», *Harper's*, octubre de 2014. Disponible en <https://harpers.org/archive/2014/10/against-human-rights/> (fecha de la última consulta: 02/03/2023).

Exactamente el mismo desafío se presenta cuando se trata de nuevos derechos. ¿Cómo sería vivir en un mundo en el que los derechos no evolucionaran ni cambiaran? ¿Queremos realmente que David Rieff o cualquier otro individuo sea el único que decida qué derechos no son suficientemente importantes para constituir una nueva preocupación moral?

(...)

Lo que no podemos hacer es pretender que la historia se haya detenido, que todas las preocupaciones morales básicas hayan sido ya identificadas, o que el secreto de la buena sociedad pueda ser obtenido de algún imperativo universal, incluso un imperativo tan honorable como la plena igualdad económica»<sup>85</sup>.

El planteamiento subyacente a la perspectiva que se viene exponiendo es que los derechos son puras creaciones humanas: más aún, en algunas de las versiones extremas, no son bienes que pertenecen a la persona, sino que son lo que hace a las personas. Los seres humanos son tales porque tienen derechos humanos, y no al revés. Y si esto es así, como la sociedad y las personas no son realidades inertes, lo creado habrá de cambiar, y muchos de los derechos asociados a esa creación, también: algunos permanecerán idénticos, otros se redefinirán, y nacerán otros nuevos<sup>86</sup>.

Un exponente de esta visión de los derechos como creaciones sociales que, a la vez, crean al humano, es, por ejemplo, C. DOUZINAS, a quien mencionan SCHULZ y RAMAN<sup>87</sup>. Este autor subraya el carácter artificial de la persona y la dimensión de constructo de lo *humano* de los derechos humanos<sup>88</sup>.

Aunque no es este el lugar para desarrollar por extenso la naturaleza de los derechos humanos como creaciones o productos, esto podría aceptarse hasta cierto punto, siempre que, a renglón seguido, se subraye que no se trata de creaciones arbitrarias. Por el contrario, una idea dotada de perfiles tan específicos como la de derechos *humanos* no es susceptible de ser pensada sin referencia a una ontología, a una metafísica. Empleamos ahora este término en el sentido simple de una realidad indisponible<sup>89</sup>. La condición de *humanos* remite a una instancia universal en la que estos derechos basan

<sup>85</sup> SCHULZ, William F. y RAMAN, Sushma, *The Coming Good Society*, *op. cit.*, pp. 241-242.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>87</sup> DOUZINAS, Costas, *The Radical Philosophy of Rights*, Nueva York, Routledge, 2019; DOUZINAS, Costas, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

<sup>88</sup> Cfr. DOUZINAS, Costas, *The Radical Philosophy of Rights*, *op. cit.*, pp. 11-20, 31-36 y 62-67, entre otros.

<sup>89</sup> Cfr. KAUFMANN, Arthur, «Gedanken zu einer ontologischer Grundlegung der juristischen Hermeneutik», en *Europäischen Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Munich, Beck, 1982, pp. 544-545. *Vid.* también ALEXY, Robert, «¿Derechos humanos sin metafísica?», en *La institucionalización de la justicia*, 3.ª ed. ampliada, (trad. J. A. Seoane y E. Soderó), Granada, Comares, 2016, pp. 75-89.

su contenido y, sobre todo, su justificación y su fuente de exigibilidad; es decir, a una instancia vinculada con la noción misma de *humanidad* o de *ser humano*, que no puede ser obviada en modo alguno. Y es ahí donde reside en último extremo su prestigio como noción teórica y retórica, su respetabilidad, su potencial y su fuerza expansiva universales.

Por ello, la expansión de los derechos humanos, su proliferación, ha de valorarse como positiva o no precisamente en la medida que sea posible mantener el contacto y la dependencia con esa instancia o fundamento universal originario que sirvió de base a los primeros derechos reivindicados y reconocidos como derechos humanos.

En lo anterior reside uno de los principales argumentos en favor de lo que podemos denominar un *conservadurismo razonable* en torno a la admisión de nuevos derechos. La historia de los derechos es el fruto de la percepción que la Humanidad ha ido experimentando a lo largo de la Historia sobre la necesidad de proteger ciertos bienes vinculados de forma más o menos directa a la naturaleza o condición humana, no siempre en la forma de una deducción, sino en muchos casos como fruto amargo de la experiencia del ataque o la violación de esos bienes, que es precisamente lo que conduce a valorarlos más como tales y a tener una evidencia mayor de su importancia para una existencia digna y plenamente humana<sup>90</sup>. En ese sentido, y en la medida en que la Historia siempre está abierta a la novedad, sería absurdo pretender cerrar de una vez por todas el catálogo de lo que podríamos denominar las «exigencias de lo humano», de los derechos humanos. Cualquier sistema jurídico, ya sea estatal o internacional, ha de estar abierto al reconocimiento de nuevos derechos, de nuevas exigencias, lo mismo que cualquier código de «derechos morales», por emplear una terminología que muchos podrán compartir, aunque nos merece bastantes reservas, en las que no es posible detenernos ahora<sup>91</sup>. Lo contrario sería abandonar la *pretensión de corrección*<sup>92</sup> que todo orden jurídico y, *a fortiori*, toda propuesta de sistema de moralidad, exhiben, incurriendo de ese modo en una contradicción pragmática.

Ahora bien, señalado lo anterior, hay que añadir que la apertura al reconocimiento de nuevos derechos no puede suponer la cancelación de derechos consolidados o el

<sup>90</sup> Me ocupé de esto muy tempranamente, en SERNA, Pedro, «Modernidad, posmodernidad y Derecho natural: un iusnaturalismo posible», *Persona y Derecho* 20 (1989), pp. 155-188, especialmente pp. 185-187. Considero particularmente fructífera la concepción de los derechos como bienes. Muy recientemente, ERRÁZURIZ ha desarrollado esta idea del realismo jurídico aristotélico-tomista, sosteniendo que los derechos humanos serían la expresión universal de los bienes jurídicos fundamentales. *Vid.* ERRÁZURIZ, Carlos José, *El derecho como bien jurídico. Una introducción a la Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2023, pp. 161-162.

<sup>91</sup> Mi posición, también temprana, en SERNA, Pedro, *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 239-244.

<sup>92</sup> *Vid.*, por todos, ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. M. Atienza e I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, reimpr. 1997, pp. 208-210 y 313-314; y más amplia y sistemáticamente, ALEXY, Robert, «Derecho y corrección», en *La institucionalización de la justicia*, *op. cit.*, pp. 28-46.



ataque a derechos consolidados, como en ocasiones se pretende (se volverá sobre esto al final del presente estudio). Por ello hemos hablado de conservadurismo o, si se prefiere, conservacionismo. No es razonable reconocer como derechos a pretensiones que sean expresión de meros deseos o aspiraciones subjetivamente percibidas por ciertos grupos o colectivos. En este sentido, los requisitos de la co-posibilidad (la armonizabilidad con los derechos ya asentados en la experiencia jurídica de la Humanidad)<sup>93</sup>; de la justificación racional en términos morales intersubjetivos; y de la posibilidad de universalización plena pueden operar como un filtro saludable.

## 6. LOS NDH COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMACIÓN MORAL

En los últimos 20 años las organizaciones internacionales han llamado a enseñar y promover los DDHH «como un modo de vida»<sup>94</sup>. En ese contexto deben entenderse iniciativas de Naciones Unidas como la *Década de la educación en los DDHH* (1995-2004) o que el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas defina la «cultura de los derechos humanos» como «una *forma de vida* basada en los DDHH, donde el respeto por la dignidad fundamental de cada individuo es reconocido como esencial para el funcionamiento y avance de la sociedad». También la Unesco incluye ideas similares en sus programas de educación en DDHH, y también *United Nations Chronicle*, emplea esta noción, pues dedicó un volumen al tema «Derechos humanos como forma de vida»<sup>95</sup>.

A juicio de LEFEBVRE, «como forma de vida» significa de manera precisa que deben integrarse en el día a día de las vidas de la gente corriente, es decir, no ver sus principios e instituciones como algo alejado de la existencia cotidiana. Ello conduce a plantearse, desde la perspectiva del individuo «usuario final», en primer lugar, cómo puede la gente de a pie tomar los DDHH como forma de vida; y, en segundo, por qué habrían de hacerlo. Para responder a ambas cuestiones, este autor recurre a la noción de *ejercicio*

<sup>93</sup> Sobre la co-posibilidad, *vid.* AROSEMENA, Gustavo, «Conflicts of rights in international human rights: A meta-rule analysis», *Global Constitutionalism* 2:1 (2013) pp. 6-36. Este autor sigue aquí un planteamiento excesivamente logicista, a mi modo de ver, en línea con las tesis expuestas por HAGE, Jaap, «Rule Consistency», *Law and Philosophy* 19 (2000), pp. 369-390. Posteriormente, Arosemena ha evolucionado en su enfoque de los conflictos entre derechos desde este logicismo inicial hacia una visión centrada no tanto en los conflictos lógicos, sino en las contradicciones prácticas, que son, a nuestro juicio, las que realmente importan y las más frecuentes. *Vid.* AROSEMENA, Gustavo, «El paradigma transformador de los derechos humanos: rasgos estructurales y consecuencias paradójicas», *op.cit.*, pp. 51 ss. Nuestra posición sobre los conflictos, la co-posibilidad y la armonización, en SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, *passim*, especialmente los capítulos 3 (pp. 37-75) y 5 (pp. 91-105).

<sup>94</sup> *Vid.* LEFEBVRE, Alexandre, «Human Rights as Spiritual Exercises», en Danielle Celermajer, y Alexandre Lefebvre (eds.), *The Subject of Human Rights*, Stanford, Stanford University Press, 2020, p. 193.

<sup>95</sup> *Ibid.*

*espiritual*, en el sentido de Pierre HADOT, para quien la filosofía, particularmente la filosofía antigua, no era un cuerpo de ideas abstractas, sino que implicaba un compromiso personal con un cierto modo de ser. Esto sería «la filosofía como forma de vida», y los ejercicios espirituales no serían más que las técnicas y prácticas que hacen de alguien un «filósofo», alguien que ama y persigue la sabiduría y busca un cambio comprensivo en su forma de vida<sup>96</sup>. Tales ejercicios pueden revestir diferentes formas, que van desde lo físico (dietética), o lo discursivo (diálogo con un maestro) hasta lo intuitivo (meditación, y contemplación), pero su objetivo es siempre el mismo: ayudar a quienes los ponen en práctica a hacerse otros, mejores de lo que son actualmente<sup>97</sup>.

La tesis de LEFEBVRE es que los DDHH entendidos como forma de vida no es nueva, sino que algunos autores clásicos ya los concibieron así para las personas que los adoptan y los aplican a sí mismos<sup>98</sup>.

Para él, la visión tradicional o dominante de los DDHH podría resumirse en tres asunciones o presupuestos, relativos respectivamente al propósito, al objeto y al modo de operar de los mismos. Así, para la concepción tradicional el propósito de los DDHH es proteger a los seres humanos. Desde este punto de vista, el destinatario es el Estado, y el objetivo del más amplio proyecto de DDHH es proteger a todos los seres humanos garantizándoles un derecho y una política estatales adecuadamente diseñados, y asegurando que los Estados sean adecuadamente monitorizados y la cumplan, es decir, protegiendo la dignidad, seguridad, autonomía o cualquier característica básica de la vida humana que pueda estar bajo amenaza. Para la visión tradicional, el objeto de los derechos humanos son las otras personas, particularmente las personas vulnerables: la causa de los DDHH se enarbola como forma de ayudar a otras personas menos afortunadas. Y, finalmente, el modo tradicional de desenvolverse los derechos humanos es relacional e intersubjetivo. Los derechos y los derechos humanos regulan relaciones *entre* personas. Son de carácter relacional. Reclamar un derecho es, por definición, incidir sobre los intereses y acciones de los otros. Las actividades implicadas en la práctica de los derechos son todas ellas actividades que se desarrollan entre personas<sup>99</sup>.

En cambio, si se los contempla como ejercicios espirituales, el propósito pasa a ser la transformación personal. Documentos y autores representan los DDHH como herramientas y técnicas que pueden ser empleadas por las personas para trabajar sobre sí mismos y transformarse a sí mismos. El énfasis se pone ahora en el auto-cultivo, más que en la protección de los seres humanos. Del mismo modo, el objeto es ahora el yo y el cultivo del yo, lo cual no significa que se los emplee para producir sujetos

<sup>96</sup> HADOT, Pierre, *¿Qué es la filosofía antigua?*, México, FCE, 1998, pp. 67-254; HADOT, Pierre, *Ejercicios espirituales y filosofía antigua*, Madrid, Siruela, 2006; pp. 235-249.

<sup>97</sup> Cfr. LEFEBVRE, Alexandre, «Human Rights as Spiritual Exercises», *op. cit.*, p. 194.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 195-196.

individualistas o introspectivos: al contrario, muy a menudo la idea del ejercicio espiritual ayuda a girar la atención desde nosotros mismos hacia las otras personas y horizontes más amplios. Y, por último, el modo no es relacional o, más bien, primero y sobre todo es intrasubjetivo, más que intersubjetivo. Desde este punto de vista, los DDHH funcionan para redefinir la relación que tenemos con nosotros mismos, en el nivel de nuestros deseos, ideales, objetivos, percepciones y autocomprensión: ello tiene, ciertamente, consecuencias sobre cómo nos relacionamos con los otros, pero lo primordial sigue siendo que los DDHH se emplean para informar el yo, para darle forma<sup>100</sup>.

Un escéptico, prosigue LEFEBVRE, podría replicar que los DDHH son ejercicios espirituales solo metafóricamente hablando, pues su objetivo básico sigue siendo la protección de las personas vulnerables. Esta es una objeción fuerte y responderla no solo exige observar cómo autores eminentes los han tratado como ejercicios espirituales, sino poner de relieve que ambas visiones son complementarias.

Señala LEFEBVRE que la concepción de los DDHH como ejercicios espirituales se encuentra presente ya en la sección más conocida del documento más famoso de la historia de los DDHH, el Preámbulo de la Declaración Universal de 1948 (en adelante, DUDH), que reza:

«La Asamblea General, proclama la presente Declaración Universal de los 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 (*keeping this Declaration constantly in mind*) ...».

De hecho, subraya LEFEBVRE que la DUDH no se llamó «universal» desde el principio. Cassin añadió este calificativo para que no fuera vista como un instrumento meramente internacional o intergubernamental, dirigido solo a los gobiernos, sino para dirigirla con pretensión de vinculatoriedad *moral* también hacia los individuos. De aquí deduce que la DUDH aspira a dirigirse a todos los seres humanos, para que lleven a cabo una transformación personal de sí mismos: «Teniendo la declaración constantemente en mente» implica tratarla como un mantra, como un *hupponemata*, un cuaderno de notas con un conjunto de dogmas y reglas de vida que se tiene siempre a mano, para que, con el tiempo y la práctica, adquieran el estatus de un hábito personal. A su juicio, sus redactores concibieron la DUDH más o menos de forma análoga: un documento transformativo que explícitamente anuncia su propósito de encaminar a todos y cada uno de los seres humanos en la dirección de los artículos enumerados. Esta cláusula transformaría, a su juicio, la DUDH entera en un ejercicio espiritual, pues mostraría que su propósito es persuadir e inspirar. Su «declarar» va más allá de la publicación de una lista de normas de DDHH, para urgir a los individuos a declararse

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 196-197.

a sí mismos en y a través de aquellas normas<sup>101</sup>. En esa línea, algunos de sus redactores más destacados hablaron de construir mejores seres humanos y promover lo mejor en el hombre, y de que el resultado final no debería ser simplemente una lista, sino más bien una verdadera guía espiritual para la Humanidad<sup>102</sup>.

Pero, en opinión de LEFEBVRE, los DDHH no solo informan nuestro *background* cultural o nuestro imaginario social, en el sentido de TAYLOR, quien se refiere a estos contextos de ideas e intuiciones como «marcos ineludibles»<sup>103</sup>, o nuestra *episteme*, en el sentido de FOUCAULT<sup>104</sup>, sino que hay autores que recomiendan a las personas que, de forma reflexiva y voluntaria, adopten los DDHH como instrumentos para transformarse a sí mismos y mejorar. Al respecto, menciona los ejemplos de tres autores que los emplean como herramientas para rebelarse o hacer frente a males que encuentran en su entorno, como vías o formas de resistencia personal ante fuerzas sociales, culturales y políticas diversas. Así, Mary Wollstonecraft, frente al deterioro de la mujer, vio la solución en la Declaración Francesa de 1789<sup>105</sup>. TOCQUEVILLE, en *La democracia en América* se preocupaba por los peligros espirituales de la democracia y su tendencia a crear e inflamar deseos y perspectivas en sus sujetos que los dejan ansiosos, aislados e insatisfechos. Entre estas perspectivas está la del individualismo, expresión que emplea TOCQUEVILLE para describir la tendencia, que se desarrolla en las democracias, a que los sujetos debiliten su compromiso con las obligaciones colectivas y a replegarse a la vida privada y al interés personal. Ello también destruye al individuo a nivel personal: sin nada en lo que anclar su atención y sus deseos más allá de su estrecho auto-interés, se vuelve susceptible de caer en la soledad, la mediocridad, la inquietud y la dispersión. Y aquí es donde entran en juego los DDHH, en concreto los derechos universales de participación política. La práctica de estos derechos no solo sirve para contrarrestar los males de la democracia, sino también los males espirituales<sup>106</sup>. Escribe TOCQUEVILLE:

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp. 200-202.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>103</sup> Cfr. TAYLOR, Charles, *The Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989, pp. 3-24.

<sup>104</sup> Foucault entiende por tal no «los conocimientos descritos en su progreso hacia una objetividad en la que, al fin, puede reconocerse nuestra ciencia actual, sino el campo epistemológico» (...) en el que los conocimientos «considerados fuera de cualquier criterio que se refiera a su valor racional o a sus formas objetivas, hunden su positividad y manifiestan así una historia que no es la de su perfección creciente, sino la de sus condiciones de posibilidad (...) Más que una historia, en el sentido tradicional de la palabra, se trata de una “arqueología”». FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, (trad. Elsa Cecilia Frost), 19.ª ed. española, Madrid, Siglo Veintiuno, 1989, p. 7. Como es sabido, Foucault evolucionará desde esta idea de arqueología o episteme hacia la de “genealogía”, consolidando así la influencia de Nietzsche, en quien cristalizan algunas ideas de otros pensadores del siglo XIX.

<sup>105</sup> LEFEBVRE, Alexandre, «Human Rights as Spiritual Exercises», *op. cit.*, pp. 203-205.

<sup>106</sup> TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, vol. 2, (trad. Dolores Sánchez de Aleu), Madrid, Alianza, 1994, pp. 89-95.

«No digo yo que sea cosa fácil el enseñar a todos los hombres cómo hacer uso de los derechos políticos. Solo digo que cuando ello puede llevarse a cabo, los efectos son realmente magníficos»<sup>107</sup>. Finalmente, Charles MALIK hizo propia la idea de «mantener esta Declaración constantemente en mente», y la puso en el centro de su visión de la DUDH como guía espiritual para nuestro tiempo:

«Bajo esta presión exterior social y material, el hombre está a punto de perderse por completo. Lo necesario para él es reafirmar su humanidad esencial. Necesita que se le recuerde que ha nacido libre e igual a sus semejantes en dignidad y derechos. Necesita saber que ha sido dotado por la naturaleza de razón y conciencia. Debe saber que no puede ser sometido a esclavitud ni servidumbre, que no puede ser arrestado arbitrariamente, y que se le presume inocente hasta que se le demuestre culpable. Debe recordar que su persona es inviolable, que tiene el derecho natural a la libertad de pensamiento, conciencia, religión y expresión, y así sucesivamente hasta el final de la lista de los derechos proclamados. Esta reafirmación, aunque solo él le preste atención, podría salvarle de la deshumanización. La sociedad y el Estado pueden cuidarse perfectamente de sí mismos en las condiciones modernas (...). Es el hombre (...) quien está en peligro de extinción. Por ello, es bueno que la Declaración no haya perdido de vista su principal objetivo: proclamar la irreductible humanidad del hombre con el fin de que pueda todavía recuperar su sentido creativo de la dignidad y re-establecer su fe en sí mismo»<sup>108</sup>.

En opinión de LEFEBVRE, MALIK sitúa a la DUDH frente a dos problemas: el primero, el problema estándar de la represión del individuo por parte del Estado, con respecto al cual la DUDH informa a los sujetos de sus derechos y establece su inviolabilidad. Al respecto, articula con fuerza MALIK la concepción estándar de los DDHH. El segundo, muy diferente, es la necesidad de recordar a los individuos, especialmente a los que viven en las modernas democracias liberales, donde los derechos no son atacados por el Estado, cuál es su estatura moral como seres dotados de dignidad. No le preocupa solo el vulnerable. Su tema dominante es el declinar espiritual del mundo occidental, y lamenta que la gente que vive en él se sienta tan atraída hacia el materialismo, el secularismo y el colectivismo, hasta olvidar su verdadera naturaleza<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, vol. 1, (trad. Dolores Sánchez de Aleu), Madrid, Alianza, 1995, p. 225; LEFEBVRE, Alexandre, «Human Rights as Spiritual Exercises», *op. cit.*, pp. 205-206.

<sup>108</sup> MALIK, Charles, *The Challenge of Human Rights* (ed. Habib C. Malik), Oxford, Charles Malik Foundation & The Centre for Lebanese Studies, 2000, pp. 158-159.

<sup>109</sup> LEFEBVRE, Alexandre, «Human Rights as Spiritual Exercises», *op. cit.*, pp. 206-208. Sobre la participación de Malik en la redacción de la DUDH puede verse el trabajo de TANNOUS, W. Kathy y GAFFNEY, Alicia, «Charles H. Malik and Religious Freedom: The Influence of Biography on Malik's Contributions to the Drafting of the Universal Declaration of Human Rights», *Human Rights Quarterly* 42, 4 (2020), pp. 817-834. Sobre sus influencias filosóficas, es interesante el estudio de PALLARES YABUR, Pedro J., «Una

La conclusión a la que llega LEFEBVRE es que los DDHH como ejercicios espirituales pueden resultar de un valor y una importancia críticas. Cada uno de los tres autores los posiciona contra una forma de poder dominante en su entorno: el poder patriarcal, el individualismo y el colectivismo. El ejercicio espiritual se orienta a ayudar a los individuos a superar el poder dominante hacia el que se sienten atraídos: la tragedia del patriarcado es que las mujeres buscan en él la imagen de sí mismas; el peligro del individualismo es que es la actitud más natural de los demócratas, y el problema del colectivismo es que los sujetos modernos están seducidos por él. Los DDHH como ejercicios espirituales tienen el potencial no solo de resistir a estos poderes sino de atacar el apoyo que estos poderes tienen en los propios sujetos<sup>110</sup>.

Para concluir, queda en pie la última cuestión planteada por LEFEBVRE: ¿por qué la gente corriente debería adoptar los de los DDHH como forma de vida? En relación con ella, la respuesta de este autor es, primeramente, que adoptar esta visión de los DDHH constituye sujetos más capaces de llevar a cabo la concepción estándar de los mismos; así, la transformación personal, aunque es un fin en sí mismo, origina sujetos que pueden inclinarse a la protección de los otros vulnerables<sup>111</sup>. Por otra parte, adoptar los DDHH como forma de vida capacita, como muestran los tres ejemplos expuestos, para lidiar con cada uno de los problemas concretos a que los derechos pueden constituir una respuesta<sup>112</sup>.

Las ideas expuestas se pueden compartir. Sin embargo, no entrañan ninguna novedad, salvo en la pretensión de elevar los derechos a forma de vida. De hecho, lo que vienen a sostener los autores que trae a colación LEFEBVRE es que el respeto de los derechos hace a los humanos mejores seres humanos. Esto no es nada diferente de la tesis, que puede remontarse a la filosofía clásica ateniense (Sócrates, Platón, Aristóteles y sus escuelas), según la cual la práctica de la virtud hace mejores a los hombres. En nuestro caso, la virtud hacia el prójimo (la justicia, singularmente) y la conciencia de la propia dignidad, nos transforma, haciéndonos mejores personas. Advuértase, además, que los derechos a que hacen referencia los pensadores que LEFEBVRE pone como ejemplos,

---

introducción a la relación entre Jacques Maritain y algunos redactores nucleares de la Declaración Universal de los Derechos Humanos», *Open Insight*, IX, 15 (2018), especialmente pp. 192-197.

<sup>110</sup> LEFEBVRE, Alexandre, «Human Rights as Spiritual Exercises», *op. cit.*, pp. 208-209. A propósito de esto, LEFEBVRE cita a Foucault, quien afirma en *Hermenéutica del sujeto* «que no existe otro punto de apoyo primero y útil de resistencia al poder político que el que se encuentra en la relación de uno para consigo mismo»; FOUCAULT, Michel, *Hermenéutica del sujeto*, Fernando Álvarez-Uría (ed. y trad.), Madrid, La Piqueta, 1987, p. 88. En rigor, esta idea resulta más verdadera para el mundo de la psicopolítica neoliberal, que Foucault solo llegó a vislumbrar, que para la biopolítica de la sociedad industrial que él caracterizó magistralmente, pero que resulta inadecuada como caracterización del poder sobre las personas, mucho más específico de las sociedades del capitalismo avanzado actual. Al respecto, HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, A. Bergès (trad.), 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Herder, 2021, pp. 39-40.

<sup>111</sup> LEFEBVRE, Alexandre, «Human Rights as Spiritual Exercises», *op. cit.*, p. 209.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 210.

son derechos consolidados, universalizables y no discutidos. Se trata de los DDHH más antiguos: los de la primera generación, los derechos civiles y políticos. Aun así, no parece necesario hacer de los derechos una forma de vida: más bien de la práctica de las virtudes, particularmente de la justicia y de la virtud ciudadana.

Sin embargo, a nuestro juicio, algunos de los NDH constituyen, o pretenden constituir, una herramienta de transformación moral, en un sentido bien diverso del hasta ahora expuesto, mucho más discutible y, por qué no decirlo, también peligroso para la libertad<sup>113</sup>.

El Derecho actual, como las sociedades de las que es expresión y reflejo, ha venido sufriendo un proceso de transformación y moralización fuerte, que afecta al discurso público, y que se traduce, en el plano normativo, en una legislación que aspira a indicar a los ciudadanos no solo de qué conductas han de apartarse o cuáles derechos han de respetar, sino incluso qué sentimientos han de experimentar. Ello conduce, in extremis, a lo que De Lora denomina «legislación santimonia»<sup>114</sup>, y a la instauración en nuestras sociedades de una nueva clase percibida como moralmente superior, a saber, la de las víctimas y los vulnerables, lo cual hace que, en el caso de algunos individuos y colectivos, la principal aspiración sea convertirse en, o ser reconocido como, víctima o grupo vulnerable<sup>115</sup>. Una de las consecuencias más palmarias de esto es que el Estado deja —al menos en parte— de tratar a los ciudadanos como seres adultos, para convertirse en un «Estado parvulario»<sup>116</sup>, haciendo crecer el universo de los derechos y las políticas asistenciales de forma inflacionaria que inevitablemente complica su viabilidad y multiplica los conflictos entre ellos<sup>117</sup>, y que obliga a no tomarlos completamente en serio, pues hace inevitable efectuar ponderaciones —en sede judicial, e incluso antes, en sede legislativa— cuando comienzan a proliferar las inevitables colisiones<sup>118</sup>. Ello

<sup>113</sup> La idea de que los NDH no son simplemente una nueva generación, un paso más, en la evolución de los DDHH, sino algo cualitativamente distinto, ha sido desarrollada por PEREIRA SÁEZ, Carolina, «Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?», *Persona y Derecho* 76 (2017/1), pp. 93-114; y PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, «Pasado y presente de los derechos», *Ius Publicum* 47 (2021), pp. 47-68. Compartimos esta idea para aquellos de origen más filosófico o ideológico, pero no para los que están en continuidad con exigencias de la condición humana no suficientemente protegidas ante nuevas realidades o retos.

<sup>114</sup> Vid. DE LORA, Pablo, *Los derechos en broma...*, op. cit., pp. 23-24 y *passim*.

<sup>115</sup> Es el *leit motiv* del interesante trabajo de GIGLIOLI: «[I]a víctima es el héroe de nuestro tiempo», porque «quien controla una máquina mitológica tiene en su mano la palanca del poder. La ideología victimista es hoy el primer disfraz de las razones de los fuertes». Por tanto, «si solo tiene valor la víctima, si ésta solo es un valor, la posibilidad de declararse tal es una casamata, un fortín, una posición estratégica para ser ocupada a toda costa. La víctima es irresponsable, no responde ante nada, no tiene necesidad de justificarse: es el sueño de cualquier tipo de poder». Cfr. GIGLIOLI, Daniele, *Crítica de la víctima*, Barcelona, Herder, 2020, pp. 11-12.

<sup>116</sup> Vid. DE LORA, Pablo, *Los derechos en broma...*, op. cit., pp. 24 y 63-106.

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 107-151.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 155-181.

puede conducir a una deriva populista de las democracias liberales que ponga en peligro las democracias mismas y comprometa el Estado constitucional y, en general, el Estado de Derecho<sup>119</sup>.

Un antecedente de este proceso de moralización del Derecho está en la transformación de los sistemas jurídicos que tuvo lugar con el proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos que se fue operando en Europa occidental desde mediados del siglo XX y, más específicamente, con el neoconstitucionalismo, de cuyos riesgos ya advirtieron tempranamente autores como FORTSHOFF y BOCKENFÖRDE<sup>120</sup>, y que autores actuales, como GARCÍA AMADO, prefieren denominar críticamente *iusmoralismo* o *moralismo jurídico*<sup>121</sup>. En efecto, a partir de ese momento histórico —con el notable precedente de Estados Unidos, que había iniciado su proceso de constitucionalización del Derecho en 1803— las constituciones dejaron de ser vistas meramente como documentos políticos, y pasaron a ser consideradas como un conjunto de normas jurídicas directamente aplicables por los tribunales de justicia, sin necesidad de la *interpositio legislatoris*. Pero no solo como eso: a la vez, y sobre todo en la República Federal de Alemania, cuya influencia se extendería a otros muchos países con posterioridad, también como un conjunto, sistema u orden objetivo de valores, es decir, como la consagración positiva de partes de la moralidad. Es cierto que el Derecho y la moral no son realidades completamente separadas, como admite incluso el positivismo más tradicional (desde Bentham hasta Hart o Raz, pasando por Kelsen, con matices diferentes, aunque salvaguardando siempre, al menos, la denominada *tesis de la separación conceptual* o positivismo metodológico). Pero nunca, hasta el surgimiento del neoconstitucionalismo, se había afirmado —a excepción del pensamiento de Rudolf SMEND, que se sitúa como uno de los inspiradores de esta nueva forma de concebir la Constitución<sup>122</sup>— que las normas supremas de un ordenamiento consagran un orden de valores, ni se había operado con ellas como tales, introduciendo el razonamiento propio de las ciencias del espíritu en el corazón del razonamiento jurídico-constitucional<sup>123</sup>. Esto supone una “moralización” del Derecho en sentido fuerte, que ha abierto el

<sup>119</sup> *Ibidem*, pp. 183-233.

<sup>120</sup> Sobre constitucionalización, neoconstitucionalismo, la constitución como sistema de valores y la crítica por estos y otros autores, *vid.*, por todos, CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, especialmente capítulos 1 y 2 (pp. 9-94); y CRUZ, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, especialmente el capítulo 1 (pp. 1-30).

<sup>121</sup> *Vid.* GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Principios, antinomias, derrotabilidad... Misterios y aporías del neoconstitucionalismo y sus parientes cercanos», *Revista Internacional de Pensamiento Político* 17 (2022), pp. 273-290.

<sup>122</sup> Así lo sostiene, por ejemplo, KOMMERS, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 1997, p. 45.

<sup>123</sup> *Vid.* SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho constitucional*, (trad. J. M. Beneyto Pérez), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 141 ss. El trabajo que da título a este libro de Smend es



camino —aunque no era esa su intención inicial— a otorgar carta de naturaleza a las más variadas pretensiones de realizar objetivos de transformación de la moral social a través del Derecho, permitiendo que, en manos de los operadores de formación menos sólida y menos escrupulos políticos, surja la ya aludida «legislación santimonía», aunque su consecuencia más importante no sea esta quizás, sino sobre todo la pretensión de establecer desde el poder político una moral diferente a la moral social vigente.

Cuando se mencionó más arriba el origen de los NDH, se hizo alusión a que, junto a aquellos que surgen de la percepción de los desafíos planteados por los nuevos desarrollos tecnológicos y la constatación de la insuficiente protección que ofrecen los derechos consolidados ante esas y otras nuevas realidades, otros —en cambio— surgen bajo el impulso de determinadas agendas políticas de partidos, emprendedores normativos o grupos particulares especialmente activos, con el deseo de consagrar nuevos valores éticos en la sociedad, o simplemente a partir de ciertos desarrollos o reflexiones éticas y filosóficas.

Como se ha indicado, estos otros derechos constituyen en muchos casos intentos de sustituir la moral social vigente por otra moral, por una nueva moral<sup>124</sup>. Por eso, no es extraño que, en lugar de derechos, lo que acaban creando en muchas ocasiones, sean deberes u obligaciones para los seres humanos, porque eso es lo específico de la moral: establecer deberes. Tal es el caso, por ejemplo, de los derechos de los animales, o los derechos de los entes naturales, pero no únicamente, porque en otros terrenos, como los derechos de ciertas minorías, se aspira no solo a que éstas sean respetadas, sino también a configurar el lenguaje y las formas de expresión de los ciudadanos, e

---

de 1928, es decir, fue escrito bajo la vigencia de la República de Weimar. La *Grundgesetz* de 1949 y, con ella, las constituciones europeas y americanas posteriores, darán entrada a valores de forma explícita, y sus intérpretes supondrán, además, que, a cada derecho fundamental, por ejemplo, le corresponde un valor subyacente, conformando así un orden objetivo de valores. Cfr KOMMERS, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, pp. 47-48. Sobre las consecuencias de esto me he ocupado, para el caso concreto de la dignidad humana, en varios trabajos. *Vid.*, por ejemplo, SERNA, Pedro, «La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán. Una contribución al estudio de las consecuencias de la constitucionalización de conceptos éticos», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación Constitucional*, vol. II, México, Porrúa-Unam, 2005, pp. 1081-1119.

<sup>124</sup> «Los derechos han pasado de ser un límite moral al Derecho a ser el cauce por el que el Derecho establece la moral: lo que se recoge en forma de derechos está amparado por cierta presunción de legitimidad. De alguna forma, la idea de que los derechos necesitan un fundamento moral ha derivado en el prejuicio de que todo lo que venga [formulado] en forma de derechos tiene, necesariamente, un fundamento moral». PEREIRA SÁEZ, Carolina, «Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?», *op. cit.*, p. 104. VIOLA, por su parte, insiste en esta idea: «lo políticamente correcto realiza una función de colector de múltiples corrientes procedentes de movimientos de protesta que, a pesar de poseer un carácter sectorial, aspiran a una visión ética general: por ejemplo, el feminismo, el multiculturalismo, la culpabilización sistemática de Occidente, la liberación sexual, el ambientalismo, el animalismo, el posthumanismo». VIOLA, Francesco, «Fra *politically correct* e “nuovi diritti non negoziabili”», *Dialoghi* (2023/1), p. 45.

incluso sus creencias morales en relación con las formas de vida de los otros y aun de sí mismos, sustituyendo sus concepciones morales precedentes (piénsese, por ejemplo, en los derechos LGTBIQ+)<sup>125</sup>.

No es muy difícil comprender que, contrariamente a lo que sostiene Schulz, según se ha visto, algunos derechos «core» sí se vean afectados por algunos de los NDH. Así sucede con las libertades de expresión o de cátedra, ahora limitadas en algunos países donde hasta no hace mucho eran consideradas *libertades preferentes*, pero también con los derechos de los padres en relación con la educación de los hijos y aun con el mismo derecho a la vida, que en algunos textos constitucionales ha sido desplazado y sustituido por el «derecho a la vida digna», para hacer posible, por ejemplo, el derecho al aborto<sup>126</sup>. Esto, además, se introduce en nombre o como proyección, no de derechos reconocidos, sino de principios o valores constitucionalizados, a caballo entre el Derecho y la moral, tales como la dignidad y la autonomía<sup>127</sup>.

Se preguntaba Schulz, según vimos, si realmente queremos que un individuo cualquiera sea quien decida qué derechos son y cuáles no son suficientemente importantes. Pero este mismo argumento puede ser aplicado a esos NDH que proceden de grupos de interés y expresan en muchos casos agendas políticas particulares, enfrentadas con la visión mayoritaria en muchas sociedades, a pesar de lo cual son propuestas, sobre todo desde ciertas instancias internacionales, como éticamente vinculantes (*soft law*), con la pretensión de que lleguen a ser también jurídicamente vinculantes (Derecho

<sup>125</sup> En opinión de PEREIRA SÁEZ, los nuevos derechos y su pretensión moralizadora suponen en realidad un cambio del lugar de ser humano en relación con el Derecho, ya que ésta se asemeja cada vez más a una nueva ética y se favorece la idea de que para garantizar estos derechos hay que llegar a los corazones y a las conciencias de las personas, no solo a su comportamiento externo. Cfr. PEREIRA SÁEZ, Carolina, «Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?», *op. cit.*, p. 114.

<sup>126</sup> Como mero ejemplo puede señalarse que, tras la reforma de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos que convertía al antiguo Distrito Federal en una entidad federativa, se abrió un proceso constituyente en la Ciudad de México, que culminó con la aprobación de la Constitución Política de la Ciudad de México en 2017, que no reconoce, por decisión expresa, el derecho a la vida, sino el derecho a una vida digna. Al respecto, *vid.* la interesante tesis doctoral de BUSTOS OLIVARES, Luis Alejandro, *El juez es el garante de la justicia. La función del Poder judicial como garante de los derechos humanos en la Constitución Política de la Ciudad de México*, dirigida por el Prof. Fernando Toller, y defendida en la Universidad de Salamanca el 14 de diciembre de 2023, cuyo tribunal juzgador tuvo el honor de presidir. El autor del trabajo fue convencional constituyente y miembro de la comisión redactora del texto, y relata en él sus infructuosos esfuerzos para que se reconociera el derecho a la vida como presupuesto del derecho a la vida digna.

<sup>127</sup> *Vid.*, también a título de ejemplo, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y moral. A propósito del embrión*, trad. P. Andrés Ibáñez, León, Eolas, 2022, quien defiende el derecho al aborto como una consecuencia del principio de autonomía y de la separación de la moral y el Derecho, cuando realmente está proponiendo otra forma de moralidad. Cuando esta propuesta se efectúa sobre sociedades que no aceptan ese modo de razonar, no cabe duda de que estamos ante una modificación «desde arriba» y muchas veces, también «desde fuera», de la moral social.

internacional, recibido por el Derecho interno<sup>128</sup> a través de diferentes medios, entre los que se encuentra, en el singular experimento latinoamericano, el del llamado «control de convencionalidad»). Pero ante esto es perfectamente legítimo apelar a lo que más arriba he denominado conservadurismo razonable y someter las propuestas de NDH a un serio escrutinio racional, para deslindar derechos de simples deseos o preferencias, y seguir preguntándose y preguntando por qué habría que adoptar como forma de vida unos derechos fabricados por élites no legitimadas, mediante procesos poco transparentes y escasamente abiertos a la contestación y discusión pública, y por qué habría que difuminar el importante logro de la modernidad que representa la distinción entre la moral, el derecho y la política, sin promover los DDHH como la «panacea que puede remediar todos los males»<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> «Tal vez los nuevos derechos sean la primera generación completamente universal, pero sería más exacto decir universalizada, pues su origen estuvo en ciertos países, tribunales y organismos internacionales, desde los que han sido extendidos al resto del mundo». PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, «Pasado y presente de los derechos», *op. cit.*, pp. 52-53.

<sup>129</sup> HANNUM, Hurst, «Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century», *Human Rights Law Review* 16 (2016), p. 409.



**EL PARADIGMA TRANSFORMADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS:  
RASGOS ESTRUCTURALES Y CONSECUENCIAS PARADÓJICAS**

Gustavo Arosemena<sup>1</sup>

**1. INTRODUCCIÓN**

Los derechos humanos han pasado de un paradigma liberal a un paradigma transformador. Esto no ha ocurrido con un solo evento; no es un cambio al que pueda dársele una fecha específica, y no se puede decir que el paradigma transformador haya desplazado de forma total y absoluta al paradigma liberal. Sin embargo, el cambio es real, y se puede evidenciar en la acogida de una serie de tendencias transformadoras en tribunales de alto nivel («*ápex tribunals*») alrededor del mundo, incluyendo las cortes regionales de derechos humanos y los comités de Naciones Unidas. Las tendencias de interés son las siguientes:

1. La acogida irrestricta de los derechos positivos.
2. La concepción de las libertades como poderes.
3. La expansión cuantitativa y cualitativa del catálogo de derechos.
4. La expansión de las entidades sujetas a obligaciones.
5. La doctrina de que los derechos fundamentales deben erradicar las causas raíces («*root causes*») de los males sociales.
6. La difuminación de la diferencia entre derechos e intereses públicos.
7. La expansión del concepto de discriminación con miras a cubrir toda desigualdad no justificada.
8. El aumento de los conflictos de derechos.
9. La universalización de la ponderación como herramienta para tomar decisiones jurídicas.

Al hablar de un paradigma transformador de los derechos humanos, estamos hablando de un tipo ideal weberiano, y no de una doctrina definida de forma explícita. Cierta grado de imprecisión es inevitable. Ninguna de estas tendencias es por sí sola

<sup>1</sup> Profesor asistente. Universidad de Maastricht. ORCID id 0000-0001-6291-6776.

suficiente para hablar de un paradigma transformador; pero juntas, sí constituyen una forma de concebir los derechos claramente delineada, internamente coherente y contrastable con el paradigma liberal. No es posible jerarquizar las tendencias ya mencionadas y decir que una es la principal y que arrastra a todas las demás, aunque sí podría decirse que la universalización de la ponderación es el aguijón a través del cual se manifiestan las consecuencias negativas del paradigma transformador de los derechos humanos.

¿Qué es el paradigma liberal? Siendo que nuestro principal interés aquí es presentar el modelo transformador vigente, no es deseable hacer una excursión larga en el paradigma derrotado, pero la simple negación de las tendencias transformadoras nos produce una visión bastante adecuada de lo que constituye un esquema liberal de derechos:

1. Los derechos son principalmente negativos; constituyen principalmente prohibiciones para el Estado, o libertades entendidas también en sentido negativo como áreas donde el Estado no puede intervenir.
2. Las libertades son espacios libres de intervención estatal, pero no poderes. Es perfectamente coherente que algo sea permitido, pero no encontrarse en capacidad de hacerlo: el que es libre de vender, puede no encontrar comprador; el que es libre de casarse, puede no encontrar pareja, etc.
3. El catálogo de derechos es limitado; establece protecciones para la vida y la seguridad física, una serie de libertades civiles (libertad de culto, expresión, movimiento, etc.), las garantías en los procesos judiciales y la defensa de la propiedad. Existe cautela en expandir el catálogo de derechos, pues hacerlo podría mermar la protección de las garantías ya mencionadas.
4. Los derechos fundamentales vinculan únicamente al Estado. Son en cierta medida un contrapeso a los poderes y privilegios exorbitantes del Estado. Las relaciones entre particulares se gobiernan por otras ramas del derecho, como el derecho civil y el derecho penal.
5. Los derechos no pueden dirigirse a combatir las causas raíces de los males sociales, pues esto iría en contra de su rol de establecer mínimos de convivencia. La distancia que existe entre estos dos roles es palpable. Pensemos en la facilidad con la que un grupo de la sociedad puede culpar a otro de ser la «causa raíz» de la injusticia.
6. Los derechos fundamentales se pueden distinguir claramente del interés público. No es posible decir que bajo el paradigma liberal los derechos son siempre más importantes que el interés público. Aquí hay diferentes tendencias. Algunas admiten la limitación de los derechos y otras no. Sin embargo, se puede mantener que las dos esferas son fáciles de diferenciar: la protección de la vida individual, la presunción de inocencia y la propiedad son derechos. La promoción de la salud y de la cultura son temas de interés público.
7. La discriminación es una acción intencional que busca excluir a una persona o a un grupo por tener ciertos rasgos estigmatizantes. De esta forma, no toda

- desigualdad constituye discriminación. Existen muchas desigualdades «inocentes», en lo que a los derechos se refiere. Naturalmente, decir esto deja abierta la posibilidad de que sea deseable combatir estas desigualdades de otra forma.
8. Los derechos no deben conflictuar, y si lo hacen, esto debe ocurrir solo de forma esporádica «en los márgenes» del área de aplicación de los derechos. Naturalmente, los derechos pueden conflictuar con legislación de menor jerarquía, pero este conflicto se resuelve de forma deductiva por la aplicación de la ley superior.
  9. Como los derechos no conflictúan entre sí, se los puede aplicar de una forma deductiva. Esto no quiere decir que la aplicación del derecho sea puramente deductiva pues, claro está, existen muchas operaciones no-deductivas que figuran hasta en la toma de decisiones legales más sencilla. Sin embargo, se mantiene que la principal labor del juez es determinar si los hechos se ajustan a la norma y aplicar la norma, mas no comparar el mérito de distintas normas<sup>2</sup>.

El primer objetivo de este trabajo es exponer las 9 tendencias transformadoras. El segundo objetivo de este trabajo es demostrar que esta nueva forma de los derechos es incompatible con tres valores fundamentales: la igualdad, el empoderamiento de los titulares de los derechos y el imperio de la ley o «*rule of law*». Esta incompatibilidad se presenta como una consecuencia paradójica en la medida que el paradigma transformador de los derechos humanos ha sido desarrollado precisamente en búsqueda de al menos dos de los valores antes mencionados.

Si el paradigma transformador tuviese un escudo de armas, o un logotipo, allí estaría escrita la famosa frase de Anatole France: «La ley, en su igualdad majestuosa, prohíbe a los ricos tanto como a los pobres dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan». Sin embargo, como veremos, el paradigma transformador genera sus propias incongruencias, y los derechos transformadores no logran ser derechos subjetivos gozados de forma igualitaria por sus titulares.

El presente trabajo tiene una orientación crítica. Especialmente en la medida que revela tendencias contradictorias para la propia autoconcepción de la doctrina transformadora, no dista de ser una especie de «teoría crítica» de los nuevos derechos. Por esto, se vuelve prudente aclarar que la crítica al orden imperante no implica una legitimación implícita del orden derrotado. Lo que queda pendiente, ya fuera del ámbito de este trabajo, es pensar si los derechos humanos pueden ser rescatados de sus propias contradicciones, ya sea bajo el paradigma liberal, o bajo el paradigma transformador<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Una explicación más detallada de estos puntos se puede encontrar en AROSEMENA, Gustavo, «Freedom or Transformation? Conflicting Tendencies in United Nations Human Rights Discourse», en Jure Vidmar (ed.), *European Populism and Human Rights*, Leiden, Brill, 2020, pp. 165-189.

<sup>3</sup> Siguiendo a Moyn (MOYN, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, *passim*), los derechos humanos no son una idea de larga trayectoria. Su verdadero

## 2. RASGOS DEL PARADIGMA TRANSFORMADOR

El paradigma transformador de los derechos humanos se puede capturar en unos nueve rasgos o características estructurales que se detallan a continuación.

### 2.1. La acogida irrestricta de los derechos positivos

El primer rasgo transformador que vamos a explorar es la acogida irrestricta de los derechos positivos<sup>4</sup>. Simplificando las cosas, se puede decir que un derecho negativo es un derecho cuya contraprestación es algo que otra persona no debe hacer. Un derecho positivo es un derecho cuya contraprestación es algo que otra persona debe hacer. En el paradigma liberal, hay un sesgo, una sospecha, en contra de los derechos positivos. La esfera de los derechos es principalmente una esfera de prohibiciones para el Estado. Algunas cepas del pensamiento liberal proscriben los derechos positivos de forma total. Otras los admiten con cautela, quizá de forma periférica a ciertos derechos negativos. Así, por ejemplo, en la Convención Europea de Derechos Humanos el debido proceso requiere que se provea a los indigentes con los medios para una defensa letrada en procesos penales (Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6). Por el contrario, el pensamiento transformador admite los derechos positivos sin restricciones, acogiendo derechos a la educación, a la salud, al medio ambiente, a la vivienda, etc.

La apertura a los derechos positivos es amplia porque se da a reglón seguido de una interpretación de los derechos como garantías holísticas de desenlaces deseables en la vida de las personas; como garantías de la obtención concreta de una serie de bienes protegidos<sup>5</sup>. La palabra «desenlaces» denota aquí que lo que importa es el resultado, no cómo se lo consigue. Bajo esta forma de pensar, no tiene sentido que se garantice la vida y se proscriba la tortura, si esto no va acompañado de un derecho a la salud que prolongue la vida y evite casos de dolor innecesario que serían desenlaces comparables

---

origen no es ni siquiera la Declaración Universal de 1948, sino la necesidad pragmática de reemplazar al socialismo como una utopía, una vez que aquel había perdido su legitimidad. Considerando su novedad vale preguntarse si los derechos humanos podrían acoplarse a una doctrina de derecho natural (Aquiniana o contractualista).

<sup>4</sup> La aceptación irrestricta de los derechos positivos entra en contraste con una aceptación cualificada y cautelosa, como definiendo en AROSEMENA, Gustavo, *Rights Scarcity and Justice. An analytical inquiry into de adjudication of the welfare aspects of human rights*, Amberes, Intersentia, 2014, *passim*.

<sup>5</sup> Esta es la teoría de los derechos como intereses protegidos, que tiene sus bases en el pensamiento de Mill (MILL, John Stuart, *Utilitarianism*, 1863, varias ediciones), que define un derecho como un interés de importancia tal que crea una obligación social de protegerlo. Para una descripción moderna y abstracta de esta teoría cfr. KRAMER, Matthew H., «Rights Without Trimmings», en Matthew Kramer, N. E. Simmonds y Hillel Steiner (eds.), *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 7-112.



a la tortura<sup>6</sup>. Entonces se vuelve evidente que los derechos deben incluir prestaciones. Lo contrario, prohibir la tortura, pero justificar el padecimiento de una enfermedad superable, solo puede entenderse como una forma cruel de fariseísmo<sup>7</sup>.

Una vez que se dirigen los derechos a la consecución de desenlaces, incluso los derechos negativos se tornan positivos o, mejor dicho, se vuelven garantías de las cuales emanan obligaciones positivas<sup>8</sup>. Los derechos aseguran un bien jurídico contra todo lo que pueda mermarlos o impedir su «realización», incluyendo acciones y omisiones, del Estado y de terceros. De esta forma, la prohibición de la violencia solo puede volverse real si hay suficientes servicios de policía para garantizar seguridad a los ciudadanos. El debido proceso solo puede volverse real si existen suficientes jueces, y si el Estado ha tomado las medidas correctas para inculcarles el respeto a los derechos humanos, etc. Entonces realmente ya no cabe hablar de derechos negativos y positivos, sino simplemente de derechos, que darán lugar a obligaciones positivas o negativas dependiendo de qué tipo de evento amenace mermarlos<sup>9</sup>.

Para efectos de contraste, es deseable oponer esta teoría a otra forma de concebir los derechos en la que lo que prima son las acciones y las relaciones, y que da a los derechos un énfasis negativo o prohibitivo. La expresión más nítida de esta forma de pensar la encontramos en el imperativo categórico Kantiano, que exige que se trate a toda persona como un fin y no como un medio<sup>10</sup>. Aquí lo que importa es cómo se trata a la persona; el desenlace final de ese trato es secundario. Bajo este esquema, se enfatiza que los seres humanos ya poseen de forma radical una dignidad que supera cualquier desenlace, y que la esfera de los derechos debe principalmente dejarla intacta. Proscribir las violaciones de la dignidad tiene prioridad sobre asegurar cualquier fin.

También para efectos de contraste, podemos pensar en varios esquemas providenciales que están asociados al paradigma liberal de los derechos. Bajo estos esquemas es un corolario de la racionalidad humana que las personas naturalmente buscan y consiguen desenlaces favorables, siempre y cuando puedan actuar, planificar y pactar

<sup>6</sup> Cfr. FREDMAN, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 67-68.

<sup>7</sup> Nada menos que Barry (BARRY, Brian, «And who is my neighbor?», *The Yale Law Journal*, 88(3) (1979), pp 629-658, pp. 634-635), hace esta misma acusación a Charles Fried, quien ocupa un lugar central en la defensa de la prioridad de las obligaciones negativas.

<sup>8</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Norton, 1999, pp. 43-44.

<sup>9</sup> Cfr. SHUE, Henry, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 53.

<sup>10</sup> Cfr. KANT, Immanuel, «Groundwork on the Methaphysics of Morals» (1788), en Mary J. Gregor y Allen Wood (eds.), *Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

libremente<sup>11</sup>. Los derechos, entonces, aseguran la libertad y proscriben la violencia. De las consecuencias se encargan las personas mismas.

Cuando se aceptan los derechos positivos sin restricciones, los derechos ya no limitan el tamaño o los poderes del Estado, sino que, al contrario, lo aumentan y legitiman. Los derechos positivos instituyen obligaciones para el Estado de deber hacer algo, pero las obligaciones, para tener sentido, deben ir acompañadas por poderes de llevar a cabo aquello a lo que se está obligado. Esto viene de la mano del principio jurídico de los poderes implícitos («*implied powers*») o del axioma deóntico «deber implica poder» («*ought implies can*»).

Otra cosa que va de la mano con el aumento de los derechos positivos es la creación de grandes áreas de penumbra, respecto de cuándo el Estado debe realmente actuar de forma positiva y hasta dónde. Así por ejemplo, la obligación del Estado de «proteger» a las personas contra atentados contra sus derechos causados por terceros, no es infinita, sino que opera bajo los márgenes de un deber de cuidado<sup>12</sup>. Lo mismo sucede con la obligación estrictamente positiva de «satisfacer» (*fulfill*) el derecho dando prestaciones concretas. Aquí se habla de esfuerzos razonables dentro de un marco de recursos disponibles<sup>13</sup>. Exactamente dónde se traza la línea del deber de cuidado y de los esfuerzos razonables queda para su decisión caso por caso a la luz de las impresiones que tiene el tribunal del mérito o demérito de las pretensiones de los litigantes. Naturalmente a muchos le pueden quedar dudas de por qué se traza la línea en un lugar y no en otro. Así, por ejemplo, en el caso *Airey contra Irlanda* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) señaló que para que un proceso de divorcio sea justo, hace falta que el Estado provea un abogado de oficio a quien no tiene dinero para pagar un abogado privado. La mera existencia de un proceso formal no es en este caso suficiente para satisfacer el derecho<sup>14</sup>. Pero en otros casos, el Tribunal ha sido menos generoso. En *Sentges contra los Países Bajos*, por ejemplo, el Tribunal no comprende cómo el derecho a la privacidad justificaría una obligación positiva de dar un brazo robótico a un parapléjico, sin el cual él no podría ni comer, ni vestirse por sí solo<sup>15</sup>. El litigante en *Sentges* podría muy bien preguntarse por qué la generosidad mostrada en *Airey* no se mostró en su caso, y hay poco que el Tribunal puede esgrimir como justificación, más allá de su íntima convicción de la importancia relativa de tal o cual prestación positiva.

<sup>11</sup> Cfr. VON HAYEK, Friedrich A., *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy. Vol. 1: Rules and Order*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1982, p. 55 *et passim*.

<sup>12</sup> Cfr. DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 428.

<sup>13</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 527 y 531.

<sup>14</sup> TEDH, *Airey contra Irlanda*, caso n.º 6289/73, sentencia de 9 de octubre de 1976.

<sup>15</sup> TEDH, *Sentges contra los Países Bajos*, caso n.º 27677/02, decisión de admisibilidad de 16 de julio de 2002.

## 2.2. Libertades como poderes

La expansión de los derechos positivos en el catálogo de derechos humanos muchas veces va de la mano de la equiparación del concepto de libertad con el concepto de poder. Un concepto básico de libertad entiende por ésta la mera ausencia de una prohibición. Decir que soy libre de hacer algo quiere decir que ese algo no está prohibido<sup>16</sup>. La doctrina y la jurisprudencia transformadora encuentran esto insuficiente, y consideran que una verdadera libertad existe cuando se dan las condiciones sustanciales necesarias para que el titular del derecho pueda hacer un uso efectivo de su libertad. En este sentido, decir que alguien es libre de hacer algo, quiere decir que tiene el poder fáctico de llevarlo a cabo. Bajo el paradigma transformador, el concepto de condiciones sustanciales es amplio. No incluye solamente provisiones materiales de recursos, sino también elementos de información o aspectos culturales como provisión de información y la ausencia de estereotipos y prejuicios.

La doctrina de las capacidades («*capability approach*») de Sen y Nussbaum es la teoría paradigmática de la equiparación de libertades y poderes. Bajo esta teoría, lo que es valioso para los seres humanos puede definirse como una lista de capacidades, de aquello que la persona es capaz de ser o hacer. Una capacidad no constituye una mera permisión legal, sino una realidad fáctica a nivel de los poderes de las personas<sup>17</sup>.

El concepto de libertad como «mera permisión» puede parecer profundamente inadecuado si se olvida que este concepto formal puede suplementarse con consideraciones de igualdad material, sin tirar abajo la primacía de las libertades (formales). Rawls por ejemplo, concibe los derechos principalmente como libertades formales, pero admite que el Estado tiene una obligación de velar por un igual disfrute de los derechos, y bajo ese rubro da importancia a lo que las personas puedan hacer con los derechos en la práctica<sup>18</sup>. Pero debemos notar que en la teoría de Rawls la satisfacción material de los derechos está subordinada a su cumplimiento formal. Lo que el paradigma Rawlsiano no admite, y que el paradigma transformador sí admite, es que se infrinjan las libertades básicas en un afán de promover el igual disfrute de los derechos.

Ahora notemos como esta nueva conceptualización cambia de forma cualitativa el alcance de la esfera de las libertades. En las libertades formales lo esencial del análisis es ver si algo está prohibido o no. La equiparación de libertades con poderes introduce elementos graduales al análisis. Una libertad —entendida como poder— puede ser anulada, pero también dificultada o mermada, justificando en estos casos también la

<sup>16</sup> Cfr. HOHFELD, Wesley N., «Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», *The Yale Law Journal*, 26(8) (1917), pp. 710-770.

<sup>17</sup> Cfr. SEN, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, Anchor Books, 2000, *passim* y NUSSBAUM, Martha C., *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, *passim*.

<sup>18</sup> Cfr. RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 53 y 176.

intervención estatal. Pensemos aquí que muchas barreras, como los estereotipos y los prejuicios, por su naturaleza, no son invencibles. Al entender mermas graduales de poderes como interferencias contra la libertad, se amplía aún más el rol del Estado, que ahora tiene la tarea de liberar a los ciudadanos de barreras sutiles contra la plena eficacia de sus derechos.

El cambio conceptual señalado se manifiesta de forma directa en el lenguaje actual de los derechos humanos. Hoy no se habla de «respetar» los derechos humanos, sino más bien de «hacerlos realidad» (*realize*) (aunque esta expresión en inglés no es idiomática). Respecto de los derechos, no se actúa para dejar intacta una dignidad natural o una libertad natural del ser humano, natural en el sentido de existir de forma previa a la intervención política. El paradigma de los derechos exige crear una realidad nueva.

### 2.3. Expansión cuantitativa y cualitativa del catálogo de derechos

La dimensión que exponemos ahora está correlacionada con los derechos positivos y la equiparación de derechos y poderes, pues la inclusión de derechos positivos necesariamente expande el catálogo de derechos. Pero aquí el enfoque es otro. No se trata simplemente de que las libertades deben ser «materiales» y no meramente formales. Se trata también de que los aspectos de la vida humana que deben quedar sometidos a derechos aumenta, y áreas que antes hubieran estado fuera del enfoque de los derechos humanos, ahora son foros donde se exigen e implementan los derechos.

Aquí, por ejemplo, vemos la economía. El desarrollo de los derechos sociales y culturales, y otros movimientos como derechos humanos y desarrollo, y derechos humanos y empresa («*business and human rights*»), niegan la idea de que la economía sea un área autónoma, sujeta a sus propias reglas, o gobernada por la discreción de los actores económicos. Una discreción que, quizá, podría estar protegida por una libertad formal, como el derecho a la propiedad<sup>19</sup>.

Esta interferencia con la economía se aprecia tanto en la esfera de lo público como en lo privado. Así, por ejemplo, antes se consideraba que el Ejecutivo era soberano sobre el presupuesto, y que podía hacer y deshacer partidas presupuestarias a su mejor juicio. Por el contrario, ahora se alega que el accionar presupuestario debe estar guiado y controlado por los derechos humanos<sup>20</sup>. De igual forma, antes se consideraba que

<sup>19</sup> Vale decir que el autor personalmente está de acuerdo con Rawls en que el derecho a la propiedad como derecho humano solo abarca la propiedad personal y no la propiedad sobre capital (cfr. RAWLS, *A Theory... op. cit.*, p. 54). Pero el argumento es relevante para el derecho vigente. El TEDH ha protegido el derecho a la propiedad de empresas. Así, por ejemplo, en el caso OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos contra Rusia (2011/2014), el TEDH condenó a Rusia a pagar 1.8 billones de euros a la compañía Yukos (TEDH, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos contra Rusia (2011/2014), caso n.º 14902/04, decisión de méritos del 20 de septiembre de 2011 y decisión de reparaciones del 31 de julio de 2014).

<sup>20</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Realizing Human Rights Through Government Budgets*, Nueva York, Naciones Unidas, 2017. Disponible online

las empresas debían cumplir con las normas jurídicas que atañen a particulares, y que aparte de eso tenían una obligación con sus accionistas de generar ingresos, que a su vez recaía en el interés público a través de los impuestos. Hoy por hoy, se defiende la idea de que las empresas deben hacer avanzar los derechos humanos, y usar su prestigio y poder para negociar en favor de la mayor «realización» de los mismos<sup>21</sup>.

Igualmente, vemos una expansión en el área de la cultura. La idea de que la cultura debe estar sometida a los derechos humanos es totalmente nueva. Bajo el paradigma del derecho tradicional la cultura es naturalmente libre: la cultura no sería otra cosa que redes de significado que tejen los individuos en acciones voluntarias que respetan los límites del derecho. De hecho, la idea del relativismo cultural ha sido tradicionalmente una de las objeciones más respetadas a la expansión de los derechos humanos<sup>22</sup>. Los nuevos derechos tienen menos reparo aquí. De distintas maneras, los nuevos derechos problematizan la cultura como una estructura de poder más que puede y debe cambiarse a través de la intervención estatal.

Esto se observa principalmente en relación con los prejuicios y los estereotipos. Como hemos señalado, los prejuicios y los estereotipos merman las libertades, entendidas como poderes. Esto justifica el despliegue de una acción tutelar del Estado para cambiar prejuicios y estereotipos. Así, por ejemplo, detener la violencia contra la mujer requiere que el Estado cambie culturas patriarcales e incluya temas de género en todos los currículos<sup>23</sup>. En este contexto, tampoco sorprende que los nuevos derechos pretendan corregir interpretaciones religiosas perniciosas, exigiendo que la interpretación de religiones dogmáticas, como el cristianismo o el islam, se haga a la luz de los derechos humanos. Notemos aquí que, de nuevo, áreas protegidas por libertades formales se vuelven áreas sometidas a la reforma bajo libertades materiales<sup>24</sup>. La corrección de

---

en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/RealizingHRTThroughGovernment-Budgets.pdf>

<sup>21</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. Nueva York, Naciones Unidas, 2011.

<sup>22</sup> Consideremos el clásico trabajo de Donnelly, donde se explora la importancia del relativismo cultural y se defiende una concepción de los derechos humanos como mínimos interculturales (cfr. DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 2013, caps. 6 y 7). La idea de los derechos humanos como mínimos interculturales es totalmente incompatible con un derecho a cambiar culturas.

<sup>23</sup> Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación General núm. 19, UN Doc CEDAW/C/GC/35, 15 de julio 2017.

<sup>24</sup> Interim Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief. UN Doc. A/72/365/ Elimination of all forms of religious intolerance. Note by the Secretary-General. 28 de agosto de 2017, párr. 27.

interpretaciones contrarias a los derechos humanos amenaza con infringir la libertad de conciencia en su sentido primitivo como libertad formal.

#### 2.4. **Expansión de las entidades sujetas a obligaciones**

La expansión cualitativa y cuantitativa de las obligaciones va de la mano con la expansión de los sujetos de obligaciones. En el paradigma tradicional de los derechos, el único sujeto obligado es el Estado. Esto tiene sentido en varios niveles. En primer lugar, los individuos ya están sujetos a obligaciones entre ellos, que están calibradas por el derecho civil y el derecho penal. El Estado, como contraparte, es principalmente sujeto de privilegios, y los derechos humanos aparecen como una contrapartida de esos privilegios. En segundo lugar, se asume que la violencia estatal presenta un riesgo especial y cualitativamente distinto de la violencia individual. Pensemos que, siendo que el Estado tiene el monopolio de la violencia legítima, este tiene un potencial de causar daño no comparable al que pudiesen causar los individuos y las mafias. Finalmente, se asume que la racionalidad individual y alguna forma de mecanismo de «mano invisible» implican que no es necesario que el derecho exija desenlaces deseables en todas las áreas de la vida humana. De esto se encargan las personas por sí mismas.

Para el paradigma transformador, por el contrario, no es suficiente que el Estado sea sujeto de obligaciones en materia de derechos humanos; los individuos y las empresas, entre otros, también deben asumir obligaciones. Esta expansión está en concordancia con muchos de los planteamientos ya descritos; en lo principal, va de la mano con la expansión de las áreas tocadas por los derechos y con la negación de su autonomía. Pero lo interesante aquí es que éstas no son meras áreas sujetas a regulación estatal, sino que las mismas entidades privadas son llamadas a defender los derechos como activistas o aliados, so pena de volverse entidades problemáticas que deban ser reformadas.

Si nos enfocamos solamente en las consecuencias, podría pensarse que no existe mayor diferencia entre que (1) los derechos humanos requieran que el Estado regule a una entidad privada de tal forma que sea obligatorio hacer X, y (2) que los derechos humanos directamente requieran que la entidad privada haga X. Sin embargo, sí hay un cambio de paradigma importante. Al dirigirse directamente a los particulares, los derechos humanos se aproximan a ser un nuevo civismo o nuevo patriotismo. Esto a su vez representa una curiosa inversión de roles, cuando bajo el paradigma liberal, una de las tareas de los derechos humanos era justamente proteger a aquellos que no compartían el entusiasmo cívico.

Donde esto se ha enraizado más es en el área de derechos humanos y empresa. Hoy por hoy, muchas empresas tienen una marca asociada con los derechos humanos, y también tienen personal interno cuya labor es asegurar que las doctrinas de los derechos humanos sean conocidas, promocionadas y acatadas a través de la empresa. Asimismo,

los consumidores pueden buscar consumir productos de estas empresas para dejar clara su preferencia por los derechos humanos.

### 2.5. La doctrina de las causas raíces

El discurso de los nuevos derechos da por hecho que los derechos deben atacar las causas raíces («*root causes*») de los males sociales, siendo que de lo contrario, los derechos meramente atacan los síntomas del padecer humano<sup>25</sup>. Aquí se introduce una metáfora médica. Los derechos son una medicina activa que es utilizada por el Estado —o por la comunidad de derechos humanos— para curar de forma radical las enfermedades sociales. Esta pretensión médica es incompatible con una concepción diferente de los derechos que vemos en autores como Hobbes, Locke y Kant, y que guarda relación con las guerras religiosas en Europa. Como señala John Gray, bajo este paradigma la esfera de los derechos da por sentado que es necesario tolerar las elecciones del otro aunque sean malas<sup>26</sup>. Esto es lo inverso del paradigma médico. Se atacan los síntomas y se dejan en paz las raíces profundas, porque el respeto interpersonal no permite atacar las raíces, o porque ninguno, ni siquiera el que pretende ser médico de los males sociales, puede tener certeza de estar sano.

### 2.6. La difuminación de la diferencia entre derechos e intereses públicos

Es tradicional en el mundo de los derechos humanos considerar que los derechos ponen límite a otras exigencias válidas; que aunque son valiosas, están subordinadas a los derechos humanos. Tradicionalmente estas exigencias se agrupan bajo el rubro «interés público». Así, por ejemplo, se puede admitir que procurar evitar el escándalo en los sentimientos religiosos es un componente del interés público, pero esto queda supeditado a cumplir con los derechos individuales, por ejemplo, la libertad de expresión.

La expansión cualitativa y cuantitativa del catálogo de derechos los hace coincidir con el interés público. En este sentido, se vuelve difícil decir que evitar el escándalo en los sentimientos religiosos es un interés público que queda supeditado a la libertad de expresión, pues cabría igualmente decir que evitar el escándalo en los sentimientos religiosos es de por sí una exigencia de los derechos, por ejemplo, una exigencia de respeto a la religión y de la no-discriminación, y que a lo mucho existe la necesidad de ponderar qué derecho tiene más peso.

No debe pensarse que lo dicho da paso a una nivelación consistente, donde todo es un interés público en que domina algún tipo de jurisprudencia de intereses en forma

<sup>25</sup> Detallando la existencia de este discurso, cfr. MARKS, Susan, «Human Rights and Root Causes», *The Modern Law Review*, 74(1) (2011), pp. 57-78.

<sup>26</sup> Cfr. GRAY, John, *Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age*, Londres, Routledge, 2007, pp. 27-28.

de un análisis económico del derecho (aunque, como veremos, sí domina una jurisprudencia de intereses, solo que no es económica). Como indica el título de esta sección, lo que ocurre no es un colapso de la barrera entre derechos e intereses públicos, sino meramente su difuminación. Se mantiene el concepto de que los derechos tienen primacía sobre el interés público, pero se define, de manera *ad hoc*, si se presenta alguna postura como de derechos, o como un mero interés público. Esta flexibilidad aumenta el poder de decisión discrecional de quienes usan el discurso de los nuevos derechos.

### 2.7. La expansión del concepto de discriminación

El concepto de discriminación ha pasado de un concepto interpersonal e intencional, donde lo principal es el afán de negar a un individuo o a un grupo sus derechos en base a razones estigmatizantes, a un concepto de responsabilidad objetiva, donde todo lo que produce una merma en el goce de un derecho para un individuo o para una minoría es discriminatorio, sin importar la intención con la que fue realizado<sup>27</sup>. Es importante notar que este cambio no trae consigo una despersonalización del concepto de discriminación a nivel del juicio de reproche moral que conlleva. Si bien se admite ahora que acciones no intencionales pueden ser discriminatorias, en la medida que producen una merma sustantiva en el disfrute de los derechos para una persona o grupo, la palabra discriminación e «ismos» asociados con ella (machismo, sexismo, racismo, etc.), mantiene su tenor de censura moral. En relación a esto, las entidades de derechos humanos han tolerado o exigido que existan medidas punitivas en respuesta a casos de discriminación donde una intención discriminatoria no es evidente<sup>28</sup>.

### 2.8. El aumento de los conflictos de derechos

En razón de todo lo antedicho, los conflictos de derechos necesariamente aumentan.

Es sabido que la posibilidad de conflictos entre derechos está estrechamente vinculada al número de obligaciones positivas existentes. Esto se debe a que las prohibiciones suelen ser lógicamente compatibles, pero los requerimientos de actuar compiten por

<sup>27</sup> Aquí es instructivo seguir a MOECKLI, Daniel, «Equality and Non-discrimination», en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran y David Harris (eds.), *International Human Rights Law*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 148-164, p. 149, que presenta a la igualdad y a la discriminación como dos formulaciones del mismo principio. Esto no deja espacio para decir que hay desigualdades que no son discriminatorias, o que la discriminación constituye una forma alevosa e intencional de desigualdad. Como él nota, la intención discriminatoria no es un requerimiento del derecho internacional imperante (cfr. *ibid.*, p. 157).

<sup>28</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, Robert Faurisson contra Francia (1996), comunicación n.º 550/1993. UN Doc CCPR/C/58/D/550/1993 y Comité de Derechos Humanos, Ross contra Canadá (2000), comunicación n.º 736/1997. UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997.



escasos recursos, dando lugar a incompatibilidades. Una obligación negativa dentro del derecho de propiedad le impide al Estado confiscar propiedades. No confiscar 10, 100 o 1000 propiedades no es más difícil que no confiscar una propiedad. El costo de la acción se mantiene estático sin importar el aumento de casos en los que debe aplicarse. Lo mismo sucede con la obligación de no censurar, o la obligación de no llevar a cabo desapariciones forzadas<sup>29</sup>.

Por el contrario, el derecho a la salud (en la obligación de satisfacer) promete a todos el acceso a tratamientos esenciales, como la diálisis para personas con insuficiencia renal. Pero el cumplimiento de una obligación está supeditado a la existencia de recursos materiales suficientes para llevar a cabo la prestación. Habrá un punto en el que será imposible honrar el derecho a acceder a este tratamiento a favor de todos los peticionarios, y habrá entonces un conflicto entre el derecho de A, de recibir diálisis, y el derecho de B, de recibirlo. Dependiendo de los recursos del Estado, este umbral se cruzará en momentos distintos, pero siempre habrá un momento en que los recursos materiales impongan un conflicto entre las exigencias de los derechos positivos (y la cualificación de que la «realización» del derecho es progresiva no elimina el conflicto, solo reconoce que el umbral se mueve a través del tiempo).

Naturalmente, estos conflictos no van a aparecer únicamente dentro de obligaciones relacionadas con un mismo derecho. Aunque esto no se perciba de esta manera, la obligación de dar acceso a diálisis dentro del derecho a la salud va a entrar en conflicto con todas las otras obligaciones que dependen del presupuesto estatal, que suponen gastos que involucran una alternativa a expandir la capacidad de ofrecer este tratamiento. Esto incluye, por ejemplo, gastos destinados a realizar el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, o el derecho a la alimentación.

Es hasta cierto punto sorprendente que lo mismo suceda en el campo cultural, porque allí el problema no son los escasos recursos materiales, sino las restricciones de lógica y sentido que vienen de la mano con el lenguaje. Pensemos en un caso en el que existen dos comunidades con doctrinas incompatibles, por ejemplo, una admite solo matrimonios tradicionales y considera que los matrimonios entre personas del mismo sexo «deshonran» esta institución, mientras que otra doctrina cree justamente lo contrario. Bajo el paradigma de obligaciones negativas, el Estado puede mantenerse neutral entre estas dos comunidades, por ejemplo, al no suprimirlas. Si se añade una obligación positiva de reconocer su valor, el Estado no podrá mantenerse neutral entre ellas, pues honrar a la una es deshonar a la otra<sup>30</sup>.

La proliferación de obligaciones positivas puede incluso abrir la puerta a conflictos con obligaciones negativas, que por sí solas no serían conflictivas. Regresando al

<sup>29</sup> Cfr. FRIED, Charles, *Right and Wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 110-112.

<sup>30</sup> Este lenguaje de honra y deshonor sustancial caracteriza a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos de América *Obergefell v. Hodges*, 2015.

ejemplo anterior, el Estado podría entender que existe un conflicto entre su deber de no expropiar propiedad y el derecho a la vivienda, si la expropiación es la única forma aparente de satisfacer las demandas del derecho a la vivienda.

Pero esta línea argumentativa respecto de los derechos positivos (o si se quiere, de las obligaciones positivas) puede generalizarse virtualmente a todos los demás puntos de la agenda transformadora. En todos los casos, vemos que las pretensiones de los derechos aumentan, salen de sus bordes y limitaciones tradicionales (la discriminación no tiene que ser intencional; no basta atacar los síntomas, hay que atacar las causas raíces), y entran a cubrir nuevos campos (la empresa, la cultura). Este crecimiento virtualmente garantiza que aumentarán los conflictos entre derechos, pues no se ha pensado de antemano cuál es el orden sistémico que deben tener las nuevas pretensiones entre ellas mismas, y cómo pueden encajar con las antiguas garantías. No hay un orden dado de antemano. Todo esto tiene que decidirse mientras se avanza.

## 2.9. Universalización de la ponderación como herramienta para tomar decisiones jurídicas

El último rasgo que debemos notar es el aumento de la ponderación como herramienta para tomar decisiones. Mucho, quizá demasiado, se ha escrito sobre la ponderación<sup>31</sup>. Aquí nos basta caracterizarla como una forma de tomar decisiones en derecho que depende, no de seguir las reglas escritas de forma deductiva, sino de comparar los costes y beneficios de seguir una regla u otra, y decidir seguir la que ofrezca mayores beneficios a menor coste. La universalización de la ponderación ocurre a reglón seguido de la proliferación de los conflictos de derechos. Los conflictos entre derechos crean contradicciones que vuelven la resolución deductiva imposible<sup>32</sup>. En consecuencia, los jueces tienen que ponderar cuál de las normas contradictorias debe obedecerse.

En la doctrina, la obra de Holmes y Sunstein es particularmente lúcida respecto de este punto. Estos autores defienden una amplia gama de derechos positivos, y admiten que esto lleva a la necesidad de aceptar intercambios («*bargains*») y sacrificios («*trade-offs*») entre derechos<sup>33</sup>. Ellos aceptan esto con entusiasmo, como la forma racional de tomar decisiones en los derechos, así como en cualquier otro aspecto de la vida humana.

<sup>31</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2010, *passim* y BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, *passim*.

<sup>32</sup> Aunque por supuesto, toda decisión ponderativa se puede presentar de forma deductiva como si estuviera siguiendo los pasos de las reglas de la ponderación. Esta reconstrucción trivial de la forma deductiva no debe distraernos.

<sup>33</sup> Cfr. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost... op. cit.*, caps. 8 y 12.

En Holmes y Sunstein el tema de los intercambios y sacrificios entre derechos recibe una interpretación económica o utilitaria. Sin embargo, no debe pensarse que el mensaje de Holmes y Sunstein lleva necesariamente a una visión económica o utilitaria de los derechos humanos. La ponderación implica tomar decisiones a la luz de un cálculo de costes y beneficios, pero estos costes y beneficios pueden entenderse en un sentido abstracto, y por lo tanto, no necesariamente se refieren a preferencias frustradas y satisfechas, placeres percibidos o a algún índice de satisfacción del consumidor. La ponderación admite comparar todo tipo de consideraciones, como la importancia abstracta de la norma, o principios formales que indican qué actor en el sistema de equilibrio de poderes está mejor legitimado para tomar una particular decisión<sup>34</sup>. A diferencia del cálculo económico, la ponderación admite que existan «inversiones» en la escala de rankings, cuando un nuevo rasgo es introducido en la comparación. De tal forma, las cosas que nos gustaban de A, cuando la veíamos bajo sus rasgos  $X_1$ ,  $X_2$  y  $X_3$ , pueden convertirse en cosas que no nos gustan cuando añadimos el rasgo  $X_4$ <sup>35</sup>. El resultado, que pasará a preocuparnos en la sección siguiente, es que la ponderación es incluso más libre, más dúctil, que el cálculo económico de intereses.

Pero el distanciamiento que se ha marcado entre la ponderación y el análisis económico es puramente teórico. Resulta más importante decir que el paradigma transformador de los derechos humanos se ha desplegado en una nueva izquierda con pretensiones morales que se opone a (lo que alguna vez fue) una nueva derecha con pretensiones principalmente económicas. Por eso los derechos son susceptibles de comparación y canje, siempre que no se les ponga precio. Sin embargo, inevitablemente, el espacio que ocuparía la economía en el análisis de la ponderación tiene que ser ocupado por otra cosa, y en este caso, lo determinante resulta el sentir de la comunidad de derechos humanos. No es el cálculo económico lo que determina la resolución de las áreas grises en los derechos positivos, o la precedencia en los conflictos de derechos, sino el sentir del juez, informado por el sentir de la comunidad de los derechos humanos. Entonces sí existe una «jurisprudencia de intereses» detrás de la reducción del derecho a la determinación de cuál norma en conflicto es preferible, pero esta no es una jurisprudencia utilitaria o economicista.

### 3. CONSECUENCIAS PARADÓJICAS

Los nuevos derechos frustran al menos parcialmente sus propios objetivos. La doctrina moderna de los derechos humanos desea de forma sincera defender la igualdad

<sup>34</sup> Cfr. ALEXY, *A Theory...* *op. cit.*, pp. 406, 417 y 423.

<sup>35</sup> Este tipo de inversiones o de cambios de valencia orgánicos son descritos por Dancy (DANCY, Jonathan, *Ethics Without Principles*, Oxford, Clarendon Press, 2006, *passim*) en un contexto algo lejano al derecho, pero afín a la ponderación, que es la propuesta de una ética particularista basada en el análisis caso por caso.

y «empoderar» a los titulares de los derechos. Sin embargo, la estructura de los nuevos derechos produce consecuencias paradójicas que impiden la consecución de estos fines. Algo similar ocurre con el imperio de la ley («*rule of law*»), aunque en este caso es menos claro que el movimiento de los nuevos derechos tenga una afinidad a este ideal.

### 3.1. Nuevos derechos en desmedro de la igualdad

El paradigma transformador de los derechos humanos implica la multiplicación de los conflictos de derechos y esto multiplica también el uso de la ponderación como la herramienta fundamental e inevitable para tomar decisiones jurídicas. Esto tiene importantes implicaciones para la igualdad.

Desde cierta perspectiva, los derechos humanos constituyen un área donde los seres humanos son iguales. Somos diferentes en atributos y virtudes. No está mal, y también resulta inevitable, que la sociedad o el Estado hagan diferencias entre las personas en consideración a esto. En contraposición a esta realidad, los derechos constituyen un espacio donde todos participamos de la misma dignidad. Dentro del dominio de los derechos «los números no cuentan» y cada persona debe ser tratado con un respeto innegociable<sup>36</sup>.

Sin embargo, la multiplicación de los conflictos de derechos hace imposible este ideal. Los conflictos de derechos requieren que el juzgador decida cuál de los derechos en conflicto merece adherencia en un análisis de coste beneficio que, si bien no se da en términos económicos, de todas formas elige ganadores y perdedores según una convicción intuitiva o sentimental respecto del mérito de las pretensiones de los litigantes.

La pregunta esencial de la ponderación es si el derecho de A tiene más o menos peso que el derecho de B; si la vivienda para A es más o menos valiosa que la educación para B; o si el tratamiento paliativo de A es más o menos valioso que la terapia para B. No está claro si estas preguntas comparativas tienen sentido. Un utilitarista insistiría que sí, pero otros autores dirían que el valor es siempre valor para alguien específico, y que de esta manera no tiene sentido preguntarse si un derecho es más valioso que otro de forma abstracta, más allá del valor que tiene el derecho para su titular concreto<sup>37</sup>. Pero en todo caso, lo que importa es la brecha que la apretura generalizada a la ponderación ha abierto. Lo que importa es lo que ha quedado atrás una vez que hemos entrado en este tipo de comparaciones: la idea de que los derechos fundamentales son un área donde estas comparaciones no tienen lugar. No debería haber espacio para plantearnos si es mejor arrasarse Hiroshima y Nagasaki o continuar una guerra por tierra en Japón.

<sup>36</sup> Cfr. TAUREK, John M., «Should the Numbers Count?», *Philosophy & Public Affairs*, 6(4) (1977), pp. 293-326.

<sup>37</sup> Negando la racionalidad de estas comparaciones cfr. FOOT, Philippa, «Morality, Action and Outcome», en Philippa Foot (ed.), *Moral Dilemmas*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 88-104.

Los derechos humanos vedan el ataque directo a civiles inocentes, y nos obligan a buscar la mejor opción dentro de la esfera de lo permisible<sup>38</sup>.

Las comparaciones entre derechos son naturalmente afines a los problemas de tranvía («*trolley problems*») que entretienen a académicos y estudiantes hoy en día. Algunos podrán percibir que hay algo macabro en aquello de preguntarse constantemente si uno mataría a A o a B en tal o cual situación imaginaria<sup>39</sup>. Pero no debemos quedarnos en la idea de que esta es una mera reacción emocional de rechazo sin trasfondo teórico. Nuestra apertura a este tipo de comparaciones va de la mano del abandono de la esfera de los derechos como una esfera no comparativa en la vida social y el razonamiento práctico.

En esta sección hemos enfatizado que la ponderación pone en riesgo la igualdad. Podría decirse que realmente se pone en riesgo una concepción de la dignidad humana y no la igualdad. Pero aquí hay un problema sustancial y no simplemente una confusión de conceptos. La igualdad tiene sentido dentro de un dominio reducido como sería el caso de la «igual dignidad», pero se pierde el sentido cuando se habla de «igualdad» sin restricciones ni calificativos.

Una igualdad total, sin restricciones, no sería deseable. No podemos racionalmente desear que se ignoren las virtudes, los atributos y los caprichos en la vida en general, por ejemplo en las relaciones amorosas o en las ventas. Ni tampoco podemos pensar que «los números no cuentan» en las decisiones económicas, donde claramente es mejor proveer de un bien a 200 personas que a 20. Aunque alguien pensara que esto sería deseable, también sería imposible, puesto que bajo un dominio de decisión sin restricciones hay demasiadas propiedades a igualar, y la decisión de equiparar una cosa a otra sería igualitaria en un sentido, pero desigualitaria en otro. Dar preferencia a las mujeres en temas de empleo es no dar preferencia a los hombres que han sido previamente victimizados. Dar preferencia a ambos, es no dar preferencias a las minorías étnicas. Dar preferencia a los tres grupos, sería estrictamente imposible si solo hay dos puestos de trabajo disponibles.

Lo que hace la pretensión de igualar sin restricciones es abrir paso a la competencia entre individuos y grupos vulnerables para decidir quién va a ser igualado primero, que lastimosamente es lo que vemos en una naciente cultura de la victimización competitiva. Esto no pone en duda la existencia de víctimas reales, ni la urgencia de atender a sus necesidades. El problema es el elemento competitivo que tiene tintes

<sup>38</sup> Cfr. ANSCOMBE, G. Elizabeth M., «Mr. Truman's Degree», en *Collected Philosophical Papers*. Vol. 3: *Ethics, Religion and Politics*, Oxford, Blackwell, pp. 62-71, *passim*.

<sup>39</sup> Cfr. COOPE, CM, «Would you Kill the Fat Man» *The Philosophical Quarterly*, 65(259) (2015), p. 278.

deshumanizantes y que aparece de forma paradójica en un movimiento que se alinea totalmente en contra de la libre competencia capitalista<sup>40</sup>.

La igualdad como un ideal tiene sentido únicamente si se despliega sobre un espectro reducido y bien definido de la vida humana, donde tiene sentido afirmar que todos somos iguales. Los derechos sacados de este marco no logran ser igualitarios aunque prometan serlo.

### 3.2. El desapoderamiento de los individuos y el empoderamiento de los jueces

La multiplicación de los conflictos de derechos también tiene implicaciones importantes respecto de la distribución del poder. Los proliferación de conflictos conlleva el desapoderamiento individual, por un lado, y el empoderamiento de los jueces y de los movimientos sociales afines con los nuevos derechos humanos, por otro.

Los derechos en su concepción tradicional empoderan al titular para decidir si ejerce o no la libertad concedida en el derecho. El poder de decisión recae sobre el titular y a la autoridad, por el contrario, se le veda tomar decisiones en este respecto<sup>41</sup>. Sin embargo, al ser casi todas las posiciones jurídicas concedidas por los derechos susceptibles de entrar en contradicción con otras, y al ser necesario que un juzgador decida qué posición jurídica es más valiosa, el poder de decisión se transfiere del titular del derecho al juez, quien es el que toma la decisión, caso por caso, respecto de qué derecho honrar.

En este sentido, los grandes ganadores en el mundo de los nuevos derechos son los jueces, pues ahora ellos tienen el poder de decidir, según sus intuiciones y gustos, qué pretensiones fundamentales honrar y qué pretensiones fundamentales postergar. Pero no solo los jueces se benefician aquí, pues el cálculo ponderativo tiene lugar guiado por el sentir de la comunidad de los derechos humanos y entonces también se empodera a las organizaciones y a las redes que tejen o «construyen» ese sentir. Naturalmente, hay una brecha inmensa entre los jueces y las organizaciones de derechos humanos y el titular del derecho, aun cuando sus intereses puedan estar aparentemente alineados.

El aumento de la discrecionalidad judicial promovido por los nuevos derechos es tal que da paso a un tipo de comportamiento estratégico que fue muy bien descrito por Lukács<sup>42</sup>. El ideal para un transformador, naturalmente, no es la sujeción a la ley. Pero tampoco lo es el anarquismo. Un transformador astuto desea tener el amparo de la ley de forma discrecional. Cuando es atacado, se defiende en la legalidad extrema. Cuando

<sup>40</sup> La oposición del movimiento transformativo al capitalismo puede verse en AROSEMENA, *Freedom... op. cit.*, pp. 183-184.

<sup>41</sup> Cfr. STEINER, Hillel, «Working Rights», en Matthew Kramer, N. E. Simmonds y Hiller Steiner, *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 233-302, p. 240.

<sup>42</sup> Cfr. LUKÁCS, Georg, «Legality and Illegality», en *History and Class Consciousness. Studies in Marxist Dialectic*, trad. de R. Livingstone, Cambridge, MIT Press, 1971, *passim*.

va a la ofensiva, se deja la «mera legalidad» a un lado para buscar la igualdad material. Por su increíble flexibilidad, los derechos humanos transformados se vuelven la herramienta ideal para estas tácticas. Son una ley dúctil que puede usarse de forma defensiva u ofensiva. Cuando la transformación deseada no es popular, los derechos humanos son protecciones rígidas, incluso, sobre todo, para las ideas no populares. Cuando la transformación tiene posibilidades de ganar, los derechos que podrían proteger a sus oponentes no son absolutos, sino que tienen que ponderarse ante otros derechos, o son garantías meramente formales que deben ceder el paso a exigencias sustantivas.

### 3.3. La caída del imperio de la ley

Finalmente, los nuevos derechos son formalmente incompatibles con el imperio de la ley o el «*rule of law*». Algunos hoy en día equiparan el «*rule of law*» al «*rule of good law*» y este, a su vez, con la vigencia de los derechos humanos. Dejemos esto a un lado como una propuesta trivial, que hace coincidir a los derechos humanos con el «*rule of law*» por definición, quitándole al segundo concepto todo su contenido.

Al contrario, aquí es preferible definir el «*rule of law*» bajo el paradigma de Raz, como la idea de que el poder político está sometido a reglas claras y definidas con antelación<sup>43</sup>. Como señala Raz, esto es claramente un bien humano, independientemente de la calidad sustantiva del derecho. Un estado despótico, con reglas claras que se cumplen cabalmente, dista de ser una tiranía total, pues las personas pueden evitar los efectos negativos del derecho ajustando su conducta a las normas. Por el contrario, un sistema lleno de normas sustantivamente loables, que se aplican de forma arbitraria por parte de la autoridad, puede dar mucho espacio para la tiranía. El atractivo del imperio de la ley no debe comprenderse únicamente en relación con las consecuencias. Hay un aspecto del respeto interpersonal bajo el cual es valioso no estar sujeto al total arbitrio de otra persona, independientemente de si esta persona es benéfica o no.

La proliferación de los juicios de ponderación que nos ha ocupado en las secciones anteriores de este artículo son incompatibles con el imperio de la ley, así definido. En el juicio de ponderación, el juez, en vez de seguir las normas definidas de antemano, decide cuál de las normas obedecer, en base a criterios de peso que recaen en la íntima convicción del juzgador, y que no admiten supervisión externa. Debe recalcarse que la validez de esta crítica no obedece a un ideal mecanicista del derecho, donde la aplicación de las normas es puramente deductiva. Puede admitirse que el derecho siempre implica elementos discrecionales, que incluyen juicios de ponderación. Pero es una cosa admitir estos juicios de forma periférica a una médula de aplicación deductiva, que convertirlos en el mecanismo central para la toma todas las decisiones dentro de

<sup>43</sup> Cfr. RAZ, Joseph, «The Rule of Law and its Virtue», en Joseph Raz (ed.), *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 2002, pp. 210-229.

un área sustantiva del derecho. Existe una diferencia entre admitir que existen ajustes discrecionales en los márgenes de la aplicación de normas que vinculan al juzgador, que permitir que el juzgador decida, bajo criterios aparentemente subjetivos, cual de dos o más normas aplicables aplicar.

Este problema se generaliza a todo el sistema jurídico. La alta jerarquía de los derechos humanos garantiza su influencia en todas las ramas inferiores. Doctrinas como la del efecto horizontal sirven para ampliar la cobertura de los derechos humanos a otras áreas como el derecho civil y hasta el derecho de impuestos. Al nivel de políticas públicas, las autoridades de la comunidad de derechos humanos exigen esta ampliación bajo conceptos como el «*mainstreaming*», que insiste que temas de derechos sean discutidos en cualquier toma de decisiones, aunque parezca lejana a una controversia jurídica. Lo que esto implica es que la arbitrariedad, anarquía y anomia de los derechos humanos se expande y cubre todo el sistema jurídico. Lo que reemplaza el imperio de la ley son los sentimientos afines con la comunidad de derechos humanos que dan contenido a los omnipresentes juicios de ponderación.

#### 4. CONCLUSIONES

Ahora que hemos concluido la descripción y la crítica podría pensarse que lo que se desea es una vuelta atrás, hacia los «viejos derechos», quizá hacia las ideas de los ya mencionados contractualistas, Hobbes, Locke y Kant. Hay algo atractivo en esto. Hay razones para creer que nos aproximamos a una era de «guerra de las religiones», no tan distinta a la que inspiró a los mencionados filósofos. Sin embargo, una vuelta atrás no sería suficiente. Los vicios del orden imperante no legitiman ni borran los vicios del orden caído. Si el paradigma de los nuevos derechos ha sido exitoso es en parte porque la conceptualización o la implementación de los viejos derechos ha sido fallida. Creo que esto ha ocurrido sobre todo en el área social. Esto puede ser porque la doctrina de los viejos derechos falló en someter a la igualdad aspectos de la vida social que sí debieron ser sometidos a este principio, por ejemplo, un mínimo de subsistencia social. Estas dudas, sin embargo, van más allá del alcance de este trabajo.



---

---

### CAPÍTULO 3

## LA SOLERA DE LOS DERECHOS. UNA APROXIMACIÓN LÓGICO-SISTEMÁTICA AL PROCESO DE PRODUCCIÓN DE NUEVOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

Oscar Vergara<sup>2</sup>

La proliferación de nuevos derechos ha sido ampliamente descrita como una situación de cierto desbordamiento<sup>3</sup>, inflación<sup>4</sup>, exceso de oferta<sup>5</sup> o hipertrofia<sup>6</sup>, hasta el punto de que se afirma que todo el proceso de reconocimiento de nuevos derechos parece amenazado<sup>7</sup>. Por razones de espacio no puedo exponer aquí las causas de este fenómeno, sino que me voy a ceñir a un análisis lógico-sistemático de los modos de producción derivativa de nuevos derechos. Para ello consideraré en primer lugar los derechos desde el punto de vista de los sistemas normativos estáticos (ep. 1). A continuación consideraré la emergencia de una serie de nuevos derechos que pretende desprenderse de los derechos de las tres primeras generaciones (ep. 2). En el ep. 3 consideraré los modos en que unos derechos pueden derivarse de otros. Finalmente, en

<sup>1</sup> Este estudio forma parte del Proyecto de Investigación «Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política (NDH)», PID2019-111115GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Agradezco al prof. Serna por sus amables sugerencias en cuanto al enfoque de este estudio y por las inspiraciones suscitadas a partir de su ponencia al Congreso de Nuevos Derechos, celebrado en la Universidade da Coruña, entre los días 13-14 de octubre de 2022.

<sup>2</sup> Profesor Titular. Área de Filosofía del Derecho. Universidade da Coruña.

<sup>3</sup> ALSTON, Philip, «Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control», *The American Journal of International Law*, 78 (1984), p. 614.

<sup>4</sup> OTERO PARGA, Milagros, «La inflación de los derechos: un problema de eficacia», en Narciso Martínez Morán; Ana María Marcos del Cano; Rafael Junquera de Estéfani (coords.), *Derechos humanos: problemas actuales: estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*, vol. 1, Madrid: Universitas, 2013, pp. 123-140); ZEZZA, Michele, «El problema de la inflación de derechos y la incongruencia de las teorías minimalistas», *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 23 (2016), pp. 2-12.

<sup>5</sup> OLLERO, Andrés, «Los nuevos derechos», *Persona y Derecho* 66 (2012), p. 49.

<sup>6</sup> BALLESTEROS, Alfonso, «Nuevos derechos humanos psicopolíticos», en Agustín A. Herrera Frago, *Derechos humanos: Perspectivas de juristas iusnaturalistas, t. I: Sistema histórico, antropológico y filosófico de los derechos humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 547-560.

<sup>7</sup> ALSTON, Philip, «Conjuring up...», *op. cit.*, p. 607.

el ep. 4 trataré de determinar hasta qué punto los nuevos derechos derivan lógicamente de los derechos ya consagrados.

## 1. DERECHOS JÓVENES Y DERECHOS CON SOLERA

Un intento elemental de poner orden ante este panorama consiste en considerar los derechos humanos como un sistema normativo. La exigencia básica de todo sistema, y en particular, por lo que a nosotros se refiere, de todo sistema normativo, es la unidad de los elementos que lo componen. Pero esta unidad puede venir determinada de dos modos, según expone Kelsen<sup>8</sup>: de un modo procedimental, en virtud de una norma básica que delegue competencia a determinado órgano para producir otra norma (es lo que denomina un sistema dinámico de normas); de un modo sustantivo, en virtud del cual la validez de una norma no depende de la competencia de un órgano que la dicte, sino de su contenido (sistema estático).

Ambos planteamientos pueden servir para arrojar luz sobre el problema planteado. En su clásico artículo, Alston planteaba un control de calidad de carácter procedimental análogo al sistema francés de denominaciones de origen (*appellations contrôlées*) que sirve para garantizar que un producto vinícola ha sido elaborado de la manera adecuada. A su juicio, esto mismo debe hacerse en relación con los nuevos derechos: establecer un procedimiento adecuado que garantice que éstos tienen su origen en la autoridad adecuada; no, obviamente en un consejo regulador, sino, según la propuesta de Alston, en la Asamblea General de la ONU<sup>9</sup>.

En su opinión, el enfoque procedimental no es perfecto, pero es indiscutiblemente mejor que el planteamiento sustantivo —estático con Kelsen—, que hace depender el nuevo derecho, no de su validez institucional, sino de su validez racional. Porque, opina Alston, aunque es relativamente hacedero fijar una serie de requisitos materiales que debe cumplir un derecho (p. ej., fundamentalidad, universalidad, precisión, etc.), en la práctica, cuando las organizaciones internacionales emprenden el camino de institucionalizar las nuevas pretensiones el resultado es el desacuerdo<sup>10</sup>. Por eso, lo determinante para Alston es establecer un procedimiento que garantice con seriedad que en última instancia los derechos humanos son, como ya señaló pragmáticamente R. Bilder, aquellos que la Asamblea General de la ONU dice que lo son<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945, pp. 112 ss.

<sup>9</sup> ALSTON, Philip, «Conjuring up...», *op. cit.*, pp. 618-620. Recientemente, por ejemplo, en 2022, la Asamblea General de la ONU ha emitido una Resolución, aprobada por una mayoría de 161 Estados (frente a 8 abstenciones), por la que se reconoce el derecho a un medio ambiente limpio y saludable como un derecho universal, lo que ha sido ampliamente celebrado por sus autoridades. <https://news.un.org/es/story/2022/07/1512242> [Acceso: 23-1-2024].

<sup>10</sup> ALSTON, Philip, «Conjuring up...», *op. cit.*, pp. 614-617.

<sup>11</sup> Cit. en *ibid.*, p. 607.

Se trata, en efecto, de un criterio a tener en cuenta, que contribuye a evitar que se institucionalicen derechos precipitadamente, pues es un hecho que la introducción de los nuevos derechos tiende a producirse de un modo incontrolado, por medio de la presión de movimientos activistas, canalizados a través de instrumentos de *soft law*, cuyos intereses particulares (a veces oscuros) no siempre es posible deslindar claramente de sus propuestas. Sin embargo, el propio Alston reconoce que, al igual que el proceso de denominación de origen no garantiza al cien por cien la calidad del vino ni la ausencia de prácticas fraudulentas, «del mismo modo el procedimiento propuesto arriba podría no ser inmune a la manipulación e incluso la elusión por parte de una determinada mayoría política de la Asamblea General»<sup>12</sup>.

Por ello pienso que el criterio sustantivo (validez racional), el punto de vista estático, podría constituir un complemento adecuado a la propuesta de Alston, contribuyendo a iluminar sustantivamente las eventuales deliberaciones tendentes a la producción de un nuevo derecho.

Aunque hay muchos factores que determinan la calidad real de un vino, cuya relación circunstanciada no viene ahora al caso, uno de ellos, y no el menor, es la *solera*. Ésta consiste *grosso modo* —los expertos en vinos omitan la lectura de esta explicación rudimentaria— en un determinado porcentaje de vino viejo que siempre se mantiene en el fondo de una barrica, con el fin de dar cuerpo al vino nuevo que periódicamente se vierte en ella. Análogamente, si lo que pretendemos es la calidad de un nuevo derecho, ésta vendrá dada a través de un derecho ya consagrado que dé, desde un punto de vista material, cuerpo a aquél.

No quiere decirse con ello que no sea posible formular nuevos derechos directamente, del mismo modo que es un hecho que se producen algunos buenos vinos jóvenes, pero el hecho es que los nuevos derechos, como vamos a ver, aun cuando sean formulados como derechos autónomos, pretenden estar justificados a través de derechos ya consagrados, esto es, pretenden haber tenido una crianza con solera. En una primera aproximación, con este trabajo se buscan algunas pautas que nos ayuden a catar los nuevos derechos, a distinguir aquellos que tienen solera de aquellos que no la tienen. Tiene, pues, un propósito limitado, ya que no todo nuevo derecho ha de constituir necesariamente una derivación de otro derecho.

Von der Decken y Koch analizan el proceso de emergencia de nuevos derechos, los cuales, en su fase avanzada, requieren ser reconocidos a través de una fuente de Derecho internacional público, lo que puede tener lugar a través de un tratado, a través del Derecho consuetudinario o *por medio de la derivación* de un nuevo derecho a partir de otro u otros ya existentes (*Derivation Approach*)<sup>13</sup>. Éste último es el que interesa

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 621.

<sup>13</sup> DECKEN, Kerstin von der; KOCH, Nicolaus, «Recognition of New Human Rights. Phases, Techniques and the Approach of “Differentiated Traditionalism”», en Andreas von Arnould, Kerstin von der

aquí, puesto que se corresponde con la idea de sistemas normativos estáticos, mientras que los dos primeros dependen de la existencia de una *Grundnorm*, lo que les sitúa bajo el punto de vista de los sistemas dinámicos. Frente a la dificultad de determinar cuándo se ha constituido una costumbre o ante la complicación de formar un consenso de cara a la elaboración de un tratado internacional, la derivación es una especie de «atajo» (*short-cut*)<sup>14</sup> por la que se pueden llegar a sacar conejos blancos de la chistera, toda vez que la derivación hace que sea casi imposible incurrir en una interpretación abiertamente ilegal<sup>15</sup>.

En efecto, en la derivación de derechos, el nuevo derecho ya «está de alguna manera implicado o es inherente a alguno de los derechos humanos ya existentes»<sup>16</sup>. Si esto es así, si el nuevo derecho inhiere en un derecho previo, entonces lo que habrá que requerir no es su institucionalización formal, al modo de los sistemas dinámicos de Kelsen, con el consiguiente trabajo, sino la constatación de su dependencia material de un derecho ya reconocido institucionalmente.

Así, pues, bastaría con que cualquier juez —con tanta más autoridad cuanto más alta sea la instancia— *declarase* el nuevo derecho, sin necesidad de su institucionalización formal a través de una fuente formal, ya que ésta es precisamente la función del juez: decir o declarar el derecho: *iuris dictio*, no constituirlo. En efecto, si el juez hace justicia y ésta consiste, como declara el primer punto del *Digesto*, en dar a cada uno lo suyo, el juez, al reconocer un derecho que ya está implícito en otro, no hace más que dar a su titular lo suyo, algo que ya tenía atribuido, de modo que el juez no se estaría arrogando el poder de constituir los derechos, sino solamente de determinar su medida.

Al fin y al cabo, como afirman Alchourrón y Bulygin en su clásico *Normative Systems*, un sistema normativo incluye no solo normas «formuladas» —que incluyen las normas supremas y las normas válidas—, sino también todas aquellas normas que sean consecuencia lógica de las anteriores, que denominan normas «derivadas»<sup>17</sup>. Y esto mismo puede aplicarse a los derechos humanos, de modo que, por ejemplo, el nuevo derecho a disponer de los medicamentos esenciales (art. 1.5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes; en adelante DUDHEM) parece derivarse de los derechos a la vida, la integridad y la salud.

---

Decken, Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 10 ss.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>17</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 70.

## 2. UNA NUEVA FLORACIÓN DE DERECHOS

Desde el punto de vista de un sistema normativo, un derecho puede pertenecer al sistema positivo de derechos humanos de dos maneras: de manera independiente o de manera dependiente<sup>18</sup>. Pertenecen del primer modo aquellos derechos humanos que tienen determinada propiedad P en un tiempo t y en un espacio e. Tratándose de derechos *humanos*, esta propiedad no debería (por razones conceptuales) constituir una mera estipulación, sino que habría que incluir aquí todos los derechos que pertenecen al sistema por derecho propio, es decir, aquellos derechos que son hasta cierto punto evidentes sin necesidad de demostración, criterio que podría ser complementado (para algunos sustituido) con un criterio institucional. Es el caso de muchos de los derechos que integran el cuerpo central de las distintas generaciones de derechos. Por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a la cultura.

Pero también se puede pertenecer al sistema en virtud de una relación R con uno de aquellos derechos en un tiempo t y en un espacio e. Y, nuevamente, tratándose de derechos humanos, esta relación no puede constituir una mera estipulación, sino que tiene que tratarse bien de una relación de validez de índole procedimental —que, según lo dicho, no analizamos aquí—, bien de una relación de derivación sustantiva, que es el caso que nos ocupa.

Según Gerards<sup>19</sup>, la mayoría de los derechos humanos constituyen ajustes (*refinements*) de los derechos humanos ya existentes que de algún modo se ha considerado que merecen protección por sí mismos. Así se reconoce en la arriba citada DUDHEm, que considera que los derechos en ella recogidos no constituyen una nueva generación de derechos, sino la adaptación de los derechos y libertades tradicionales a los nuevos desafíos sociales, tecnológicos y económicos que se han planteado en las últimas décadas, en particular en el s. XXI.

Estos derechos se derivan de derechos de alguna de las tres generaciones de derechos habitualmente reconocidas. Es el caso del derecho a la protección de datos personales (art. 5.9 DUDHEm), que parece derivarse del derecho de primera generación a la intimidad o a la vida privada<sup>20</sup>. A su vez, el derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal (art. 1.3 DUDHEm) podría eventualmente derivarse del derecho de segunda generación de toda persona a un nivel de vida adecuado<sup>21</sup>. Finalmente, por poner otro ejemplo, el derecho a la objeción de conciencia ante el servicio militar (art.

<sup>18</sup> CARACCILO, Ricardo A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, CEC, 1988, pp. 31-34.

<sup>19</sup> GERARDS, Janneke, «A Right of Access to Law – or Rather a Right of Legality and Legal Aid?», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 555.

<sup>20</sup> Recogido, entre otros instrumentos internacionales, en el art. 12 de la DUDH.

<sup>21</sup> Recogido, entre otros lugares, en el art. 25 DUDH.

2 DUDHEm) podría eventualmente encontrar su fundamento en el derecho de tercera generación a la paz<sup>22</sup>.

La tónica general de la DUDHEm es ésta: hay un desarrollo más o menos plausible de una serie amplia de derechos humanos ya reconocidos pertenecientes a las tres generaciones de derechos. Pero, entre ellos, de un modo entreverado y con formulaciones no siempre explícitas y en algún caso encubiertas, aparece una serie de ellos que, por su carácter controvertido, no podría asegurarse sin un examen minucioso que se trate de legítimos desarrollos de tales derechos. Cabe destacar los siguientes: el derecho a una muerte digna (art. 1.7), con lo que se hace referencia a la eutanasia; a la pluriculturalidad (art. 5.1), entendido no como un hecho, sino como algo preceptivo; a la autodeterminación personal y la diversidad sexual, que incluye el derecho a la adopción de niños (art. 6.2); a la asociación sentimental con la persona elegida (sin distinción de sexos), incluyendo el derecho a contraer matrimonio (art. 6.3); a la salud reproductiva, que incluye el derecho de la mujer a acceder a servicios de salud reproductiva, que es un modo de hacer referencia al aborto (art. 6.4); a la protección de cualesquiera manifestaciones de comunidad familiar (art. 6.5); a la movilidad universal, que reconoce el derecho de toda persona a migrar (art. 7.2).

Dejando de lado las razones de ello, que por razones de espacio, como digo, dejo de lado, el caso es que el intento de hacer realidad a través de la práctica judicial estos derechos está generando conflictos con los derechos humanos ya consagrados, tales como el derecho a la vida, la libertad religiosa, la libertad de conciencia, la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, la libertad de cátedra, la libertad de expresión, la libertad de reunión, la libertad científica o la libertad de asociación.

Afirman Schulz y Raman en su provocativo<sup>23</sup> libro que no hay por qué alarmarse por la sorprendente deriva de los derechos humanos, los cuales nadie en su día habría podido prever, porque los derechos no constituyen un juego de suma cero, si bien reconocen que el nuevo *statu quo* exigirá nuevas ponderaciones en relación con los derechos ya reconocidos, como es el caso del derecho a la libertad religiosa<sup>24</sup>. En la base de esta opinión está su idea de que los derechos humanos constituyen una construcción positiva de la comunidad internacional en orden a lo que en cada momento se considere una buena sociedad<sup>25</sup>.

Ahora bien, aunque aceptáramos este punto de partida convencionalista, Schulz y Raman tendrán que asumir que hasta la fecha los únicos derechos que gozan del

<sup>22</sup> Recogido en la Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984.

<sup>23</sup> SHULZ, William F.; RAMAN, Shusma, *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2020, p. 10.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 38.

necesario consenso son los recogidos en la DUDH y en los correspondientes pactos y protocolos asociados (además de las convenciones de Ginebra en orden a los conflictos armados), como ellos mismos reconocen<sup>26</sup>, de modo que tendrán que estar abiertos a que otros consideren el actual *statu quo* como más seguro y digno de protección por constituir la mejor expresión de una buena sociedad.

En particular, el art. 30 DUDH afirma que ninguna interpretación de los derechos humanos debería subvertir los ahí formulados: «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 tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.»

En definitiva, cabe plantearse si realmente los nuevos derechos son o no derivaciones correctas de los derechos ya consagrados.

### 3. PONIENDO UN POCO DE ORDEN

Como afirma A. Brysk, los derechos humanos se han extendido hasta abrazar a la mayoría de la población mundial y abarcar casi todos los aspectos de la condición humana<sup>27</sup>. A su vez, para M. Susi, según lo que denomina tesis de la protección inadecuada, las razones por las que surgen nuevos derechos son: o bien porque la regulación o la praxis actual de los derechos humanos no ofrecen protección adecuada a grupos vulnerables o marginales, o bien porque no provee protección adecuada para determinado valor o interés social específico<sup>28</sup>.

Estas dos razones, relativas a la cobertura y extensión de los derechos (*range and reach of rights*), se reflejan en dos de los procesos que Peces-Barba y Bobbio atribuyen a la evolución histórica de los derechos humanos<sup>29</sup>. Me refiero a la especificación y la generalización de los derechos.

Esta última parece que vendría a ser la extensión de un derecho humano a ciertos grupos marginados. La generalización, en efecto, es una exigencia conceptual del sistema jurídico si entendemos éste, con W. Canaris, no como un sistema axiomático-deductivo, sino como un sistema axiológico o teleológico, el cual es la expresión del carácter internamente consecuente del Derecho. En efecto, el sistema jurídico, sobre la base del postulado de justicia —al que contribuye el valor de la seguridad—, insta al

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>27</sup> BRYSK, Alison, «Expanding human rights», en Alison Brysk, Michael Stohl (eds.), *Expanding Human Rights. 21st Century Norms and Governance*, Chetelham, Elgar Publishing, 2017, p. 4.

<sup>28</sup> SUSI, Mart, «Novelty in Human Rights. The Decrease in Universality and Abstractness Thesis», en Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken, Mart Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 26.

<sup>29</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III-BOE., 1999, pp. 155 ss.; BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 109 ss.

legislador y al juez a retomar consecuentemente la valoración que una vez se ha sentado y a pensarla hasta el final en todas sus consecuencias particulares, rompiéndola solo por motivos objetivos<sup>30</sup>.

Para Peces-Barba, el proceso de generalización de los derechos supone la «realización histórica de un tenor racional de los derechos formulado desde su origen, pero inexistente en la realidad inicial de los mismos». En este sentido, la racionalidad inicial se desplegaría y completaría al hilo de la historia sin que estuviese predeterminado el sentido de ese consenso<sup>31</sup>. Por ejemplo, como nota Peces-Barba, la generalización de los derechos de asociación y de sufragio permitirán el desarrollo y la incorporación al Parlamento de partidos que asumen la defensa de los obreros y trabajadores, lo que les facilitará defender sus intereses y plantear problemas ajenos a los que tradicionalmente interesaban a la burguesía. Esto abrirá la vía para la nueva función promocional del Derecho y la posterior formulación de unos nuevos derechos, los llamados derechos económicos, sociales y culturales<sup>32</sup>.

Aunque Peces-Barba incluye estos últimos —los derechos económicos, sociales y culturales— en el proceso de generalización de los derechos humanos, sobre la idea de que el fundamento de estos nuevos derechos es el principio de igualdad, lo cierto es que, en la medida en que no es la igualdad formal, esto es, aquella que se dirige a tratar igual lo igual y distinto lo distinto, la que está específicamente involucrada, sino la igualdad *material*, esto es, aquella que se dirige a igualar las condiciones materiales de la existencia, parece más bien que estamos ante una segunda declaración o institución de derechos y no ante el despliegue lógico de la primera.

A su vez, cuando Peces-Barba hace referencia a una serie de amenazas nuevas que pueden conducir a nuevos hitos en el proceso de generalización de derechos, tales como la partitocracia, la monopolización de los medios de comunicación, las nuevas tecnologías o el imperialismo de la economía<sup>33</sup>, las cuales sí involucran derechos ya formulados, como los derechos de participación política, las libertades de información y de expresión o determinados derechos sociales y económicos, pensamos, en consonancia con el otro procedimiento, que estamos, más que ante una generalización de derechos, *ante posibles especificaciones de ellos*; al menos desde un punto de vista sistemático.

En cambio, lo que Peces-Barba y Bobbio consideran una especificación de derechos, tal como la que ha determinado la extensión de los mismos a determinados grupos de sujetos, como las mujeres, los niños, los discapacitados, los emigrantes, los

<sup>30</sup> CANARIS, Claus-W., *El sistema en la jurisprudencia*, José Antonio García Amado (trad.), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 24.

<sup>31</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Curso...*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 171-173.



consumidores o los ancianos<sup>34</sup>, desde nuestro punto de vista aparece más bien como una generalización de derechos. Bajo este concepto de generalización habría que incluir todos aquellos derechos que se reconocen a los sujetos indicados sobre la base de una extensión de derechos previamente reconocidos efectuada bajo un estricto principio de igualdad formal. Por ejemplo, cuando se equipara la capacidad de obrar de los disminuidos psíquicos mayores de edad al resto de mayores de edad o cuando se extienden los derechos laborales de las mujeres occidentales a las mujeres del tercer mundo o se evita la explotación infantil en estos mismos países o no se impide el acceso a determinadas prestaciones a los extranjeros, etc. No se incluiría aquí la formulación de derechos que solo correspondan a alguna de las categorías de sujetos señaladas en tanto que tales, pues esto sí que constituiría una operación de especificación de derechos.

En resumen, parece que convendría distinguir entre *generación* de derechos, que consistiría en la declaración soberana de un subsistema más o menos unitario de derechos; *generalización*, que consistiría en la derivación lógica a partir de la serie inicial de otros derechos bajo un principio de igualdad formal, y *especificación*, que consistiría, como vamos a ver, en la adaptación de la serie inicial de derechos a determinados aspectos considerados relevantes.

En efecto, Bobbio afirma que se ha manifestado una tendencia que denomina «especificación», que consiste «en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos»<sup>35</sup>. Se trataría de un proceso análogo al desglose en libertades concretas de la idea abstracta de libertad, que es un proceso que todavía continúa. En este caso, lo que se determinarían serían los sujetos. Así, el sujeto abstracto «hombre» fue objeto de una primera especificación en el «ciudadano». Se trataría, según Bobbio, de responder a la pregunta ¿qué hombre?; ¿qué ciudadano? Añade que esta especificación se ha producido en torno a tres factores: el género, las distintas fases de la vida y la atención a ciertos estados excepcionales de la existencia humana.

Peces-Barba recoge esta noción de especificación y estima que podría denominarse también «concreción». Considera, además, que ésta es posible no solo con respecto a los titulares de los derechos, sino también con respecto a los contenidos de éstos. A juicio de Peces-Barba, la especificación es un avance del historicismo con respecto al racionalismo y parte de la idea de considerar a los derechos más vinculados a las personas concretas en virtud de su condición histórica (mujer, niño, anciano, etc.) que de los más genéricos hombre o ciudadano. Por lo que se refiere a los contenidos,

<sup>34</sup> Para Alison Brysk, la historia de los derechos humanos es una expansión de los titulares de éstos desde el ciudadano blanco, propietario y cristiano al esclavo, la mujer, el refugiado, el trabajador y las minorías étnicas, religiosas y sexuales (BRYSK, Alison, «Expanding Human Rights», *op. cit.*, p. 5).

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 109.

Peces-Barba menciona los derechos de la tercera (para él, cuarta) generación, que refiere al medio-ambiente, el desarrollo y la paz.

En virtud de la delimitación que venimos haciendo no hay problema en aceptar los derechos especiales de los colectivos a los que se refiere Bobbio como especificaciones de derechos, *siempre y cuando se trate de derechos que aquéllos tienen en virtud de su propia condición específica de miembros de tales grupos* (p. ej., los niños tienen derecho a ser escolarizados; los minusválidos, a ver eliminados ciertos obstáculos arquitectónicos; las madres, a la lactancia materna, etc.). Pero estos derechos no se pueden confundir con aquellos otros que consisten en la extensión de determinados derechos generales a estos mismos grupos, en virtud del principio de igualdad formal, evitando una discriminación injusta<sup>36</sup>.

Por lo que se refiere a los derechos de la tercera generación, mencionados por Peces-Barba, éste no señala los derechos de los que, según él, constituirían una concreción. En realidad, más que una especificación de derechos pensamos que pueden constituir, sin perjuicio de los problemas técnicos que conllevan, una tercera afloración o generación de derechos, pues, con carácter general, no parece fácil establecer alguna clase de vínculo conceptual claro con alguno de los derechos ya formulados previamente.

La conceptualización que aquí hemos efectuado adquiere claridad a la luz de la clásica distinción tomista entre los dos modos de derivación de la ley positiva a partir de la ley natural. Ésta puede tener lugar, en efecto, de dos modos: por *conclusión*, que es un procedimiento semejante al de las conclusiones demostrativas que en las ciencias se infieren de los principios, y por *determinación*, que se asemeja a lo que pasa en las artes, «donde las formas comunes reciben una determinación al ser aplicadas a realizaciones especiales»<sup>37</sup>. Como ejemplo del primer tipo pone la norma «no matarás», la cual deriva de aquel otro que manda «no hacer el mal a nadie». Y como ejemplo del segundo señala que la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural.

Esta distinción que *a priori* podía parecer puramente teórica, tiene, sin embargo, efectos prácticos muy relevantes, pues que las normas que se obtienen según el procedimiento de la conclusión, señala Tomás, no pertenecen a la ley humana únicamente

<sup>36</sup> Se trata de grupos de personas, como señala E. Fernández, que por razones diversas, se encuentran en una posición social desventajosa frente a determinadas amenazas: el sexismo en el caso de la mujer, el etnocentrismo y el racismo en el caso de las minorías, la violencia doméstica en el caso de los niños, la violencia ecológica en el caso de las futuras generaciones. El proceso de generalización es un proceso que nunca concluye; es, como señala Fernández Ruiz-Gálvez, siempre una tarea inacabada (FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. Encarnación, «Derechos humanos: del universalismo abstracto a la universalidad concreta», *Persona y Derecho*, 69/2 (2013), p. 73).

<sup>37</sup> TOMÁS DE AQUINO, Suma de Teología, I-II, q. 95, a. 2 c. Se ha consultado la ed. de la BAC, Madrid, 2010, vol. II.

como leyes positivas, sino que en parte mantienen fuerza de ley natural. En cambio, las del segundo *no tienen más fuerza que la de la ley humana*.

Trasladado al ámbito de los derechos humanos, la conclusión o generalización de un derecho implica, en la línea que hemos seguido, extenderlo a casos en que, estando incluidos analíticamente en el derecho inicial, no habían, injustamente, sido reconocidos. Esta vía conclusiva sería la alternativa más favorable a los nuevos derechos, puesto que, a tenor de la distinción tomista, entonces recibirían en buena medida su fuerza del derecho inicial. Apenas haría falta otra cosa que justificar la oportunidad de efectuar la misma operación lógica de extraer un nuevo derecho a partir del contenido del derecho inicial. Ahora bien, esto exigiría que los nuevos derechos en cuestión estuviesen contenidos analíticamente en un derecho inicial.

En cambio, cuando la derivación implica un enriquecimiento sintético o determinación del contenido del derecho inicial a través de algún tipo de concreción circunstancial entonces estaríamos ante una *especificación*, que se correspondería con la determinación tomista. Por ejemplo, el derecho al consentimiento informado podría constituir una especificación o determinación del derecho a la integridad física, puesto que sería un derecho que se tiene solamente en tanto que paciente. Podría pensarse que, si los nuevos derechos no están contenidos analíticamente en un derecho inicial, al menos puedan ser considerados concreciones o especificaciones de dicho derecho. Esto conllevaría, eso sí, la necesidad de motivar adecuadamente la concreción, pues no se trataría meramente de efectuar una operación lógica, sino también valorativa.

H.S. Richardson ha estudiado la noción de especificación<sup>38</sup>, la cual ha tenido éxito en el campo de la bioética, de modo que ha sido adoptada por Beauchamp y Childress (los dos máximos exponentes de la ética biomédica internacional) como un complemento idóneo para su método principialista<sup>39</sup>, tras las críticas recibidas por su inicial idea basada en la ponderación de los principios, considerada intuitiva. Se pregunta Richardson cómo resolver problemas éticos concretos partiendo de un conjunto inicial de normas éticas. Según Richardson, hay dos respuestas típicas a esta cuestión: *aplicar* las normas que vengan al caso o *ponderarlas* cuando estén en conflicto. Pero, añade, también es posible un tercer procedimiento alternativo, que consiste en proceder a su especificación (*specification*)<sup>40</sup>. El objetivo consiste en obtener normas que permitan determinar claramente qué es lo que debería hacerse ante determinada categoría de

<sup>38</sup> RICHARDSON, Henry S., «Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems» *Philosophy and Public Affairs* (1990), pp. 279-310; «Specifying, Balancing and Interpreting Bioethical Principles», *Journal of Medicine and Philosophy* 25/3 (2000), pp. 285-307.

<sup>39</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics*. Nueva York, Oxford University Press, 2019.

<sup>40</sup> RICHARDSON, Henry S., «Specifying Norms...» cit., p. 279.

casos. Esto es precisamente lo que permite la especificación, ajustar una norma a un tipo de casos a través de una formulación más concreta.

Con el término «aplicar» parece referirse Richardson al procedimiento de conclusión tomista —al fin y al cabo reconoce genéricamente haberse basado en ciertas ideas de Aristóteles y santo Tomás<sup>41</sup>—. A su juicio, este procedimiento es limitado, porque los problemas éticos y jurídicos entrañan siempre una novedad, de la que no es posible hacerse cargo *a priori*. A su vez, la ponderación, en su opinión, se basa en una valoración intuitiva relativa a la determinación del peso de las respectivas normas, por lo que lo considera método arbitrario, subjetivo y carente de fundamentación racional<sup>42</sup>. Las metodologías al uso, opina Richardson, combinan ambos modelos deductivista e intuicionista, como es el caso de los deberes *prima facie* formulado por W.D. Ross. Por ello, Richardson presenta la especificación —que parece corresponderse con la determinación tomista— como una alternativa para adaptar normas generales a tipos de casos más concretos, así como, podríamos decir, un sastre ajusta un mismo tipo de traje a distintos clientes, labor que efectúa *a posteriori* sobre la figura de éstos y no por medio de un ajuste proporcional *a priori* meramente matemático.

Richardson sitúa la especificación entre dos extremos. No se trata de una *aplicación* (conclusión), en la que la norma que es derivada está ya contenida conceptualmente en la norma inicial de la que se hace derivar. Ni se trata de una norma que reemplace a la norma inicial, porque entonces aquélla constituiría una *excepción* a ésta. Lo que hace la especificación es una *concreción*, esto es, la incorporación de una o más cláusulas que concreten los clásicos qué, dónde, cuándo, por qué, cómo, por qué medios, por quién o a quién de la acción que debe o no ser hecha<sup>43</sup>. Aunque no haya en la especificación una conexión lógica entre la norma inicial y la norma derivada, sí que tiene que haber, como vamos a ver, una conexión semántica entre ellas.

En resumen, mientras en la generalización hay solo una extensión analítica de los derechos previamente formulados a determinados colectivos, de modo que los nuevos derechos solo dependen de la decisión de generalizarlos, en la especificación hay una modulación sintética de aquellos derechos, que obedece a dos decisiones: la que se dirige a especificar y la que se dirige a concretar determinado aspecto de una determinada manera y no de otra. Este segundo caso permite en muchas ocasiones encubrir una decisión valorativa, que, como tal, requiere motivación, bajo una apariencia lógica.

<sup>41</sup> RICHARDSON, Henry S. «Specifying, Balancing...», p. 285.

<sup>42</sup> RICHARDSON, Henry S., «Specifying Norms...» cit., p. 287.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 295.

#### 4. PROHIBIDO «HACER MINERÍA DE PRINCIPIOS»

García Amado ha denunciado lo que denomina irónicamente «hacer minería de principios para extraer principios constitucionales implícitos»<sup>44</sup>. Se trata, afirma, de presentar como materialmente inexorable el principio que convenga en cada caso, justificándolo como un principio que está implícito en un principio expreso. Por ejemplo, si se quiere justificar que es inconstitucional la prohibición del tráfico de marihuana, se procede a identificar alguna libertad o principio que la Constitución expresamente no nombre (ej., el principio del libre cultivo del ocio, bienestar y libre estímulo personal mediante sustancias que no afectan a otros). A continuación, se procede a engarzar ese principio con un principio constitucional expreso (ej., libre desarrollo de la personalidad). Una vez justificado así el principio intermedio se da por hecho que entonces también están justificadas las libertades entrelazadas de comprar y vender dichas sustancias.

Frente a esta arbitraria maniobra, Richardson señala que la especificación requiere que el principio inicial (o expreso, en el planteamiento de García Amado) se vea reconocido (*honored*) en el principio especificado (o implícito, en el planteamiento de García Amado), lo que permite apreciar la seriedad de nuestra adhesión o compromiso (*seriousness of our commitment*) con el principio inicial<sup>45</sup>. En el ejemplo propuesto por García Amado, parecería que sí se cumple el requisito de reconocimiento establecido por Richardson, puesto que el principio expreso inicial (principio del libre desarrollo de la personalidad) parecería encontrarse reconocido en el principio implícito (el principio del libre cultivo del ocio, bienestar y libre estímulo personal mediante sustancias que no afectan a otros), que sería una especificación de cómo uno utiliza su libertad. Sin embargo, esto segundo entraña una decisión valorativa que habría que motivar muy bien para evitar incurrir en arbitrariedad, cosa que no se hace en la minería de principios, convirtiendo la especificación en una conclusión.

Pero el caso planteado por García Amado no solo no cumple con las condiciones requeridas para una conclusión, sino que ni siquiera puede constituir una especificación, en tanto en cuanto, como se ha dicho, esa operación exige que no se rompa el hilo conceptual que une el principio inicial con el especificado. Cuando, en efecto, hablamos de un libre uso de las drogas probablemente rompamos nuestro compromiso con el principio inicial (libre *desarrollo* de la personalidad), dado que las drogas más que desarrollar la personalidad, la interfieren y, más que potenciar la libertad, la comprometen. En este caso, lo que habríamos hecho habría sido reemplazar encubiertamente un principio por otro completamente distinto por medio de una alteración del significado de libertad en cada una de las dos premisas de que extraemos falazmente la conclusión deseada.

<sup>44</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2022). *Pro manuscripto*.

<sup>45</sup> RICHARDSON, Henry S., «Specifying Norms...» cit., p. 297.

El ejemplo del libre desarrollo de la personalidad es un buen ejemplo, porque los nuevos derechos aquí analizados parecen tener en común la nota de la autodeterminación individual, la cual entraña dos títulos de legitimación jurídica posibles, esto es, apuntan a dos posibles derechos iniciales: el libre desarrollo de la personalidad, que es el camino que ha seguido nuestra jurisprudencia nacional, y el derecho a la privacidad, que es el que ha seguido la jurisprudencia del TEDH, puesto que el CEDH no recoge la primera fórmula. A cambio, lo que ha hecho el TEDH, siguiendo la estela de la Corte Suprema de los EE UU, es ampliar materialmente el concepto de privacidad con el fin de albergar un contenido compatible con el que supuestamente es propio del libre desarrollo de la personalidad. Este camino ha sido recorrido tanto por la Corte Suprema de los EE UU, como por el TEDH. El derecho a la privacidad, como ha expuesto la Corte Suprema de los EE UU, en el reciente caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, tiene dos sentidos: el derecho a mantener determinada información libre de intromisiones ilegítimas y el derecho a tomar decisiones personales relevantes al margen de la injerencia del Estado. Ahora bien, esta sentencia matiza que los casos en que se sustenta el segundo sentido están muy lejos del supuesto del aborto, debido a la presencia de un tercero, o lo que Roe denomina «vida potencial» (*Dobbs*, III.B.1.b).

La confusión conceptual entre privacidad y autonomía individual no se produce en nuestro ordenamiento jurídico, porque la CE deslinda con bastante claridad entre el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), en el que se ha pretendido fundamentar algunos de los nuevos derechos, de modo que no ha sido necesario ensanchar artificialmente el primero para dar cobertura a éstos. Por ejemplo, la SAP A Coruña 204/2019<sup>46</sup> conoce el caso de un padre divorciado que, habiéndose cambiado registralmente de sexo, pide figurar en la sentencia de divorcio como madre y no como padre, con el fin de evitar que terceros conozcan, cuando sea requerido a mostrar la sentencia a los efectos de los trámites escolares correspondientes, su condición inicial de varón. Pues bien, el título de legitimación aquí es el derecho a la intimidad, pues se considera que nadie tiene por qué conocer los detalles de su vida privada y familiar. En cambio, la modificación registral del sexo está basada en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, la cual, en su Preámbulo asume, en efecto, la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad.

El que el derecho a la intimidad no fundamenta el nuevo derecho a la identidad de género lo deja meridianamente claro la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 929/2007, de 17 de septiembre, en la cual se declara cancelada la doctrina jurisprudencial previa que exigía la adecuación anatómica al sexo elegido como requisito para la reasignación de género, casando de este modo la SAP de Barcelona que había denegado la rectificación registral de nombre y sexo solicitada por la parte actora. En su recurso

<sup>46</sup> Cfr. SAP de A Coruña (Sección 4.ª), Sentencia núm. 204/2019, de 23 de mayo.

de casación ante el TS, ésta alegó, entre otras cosas, la violación de su derecho a la intimidad personal<sup>47</sup>. Pero el TS lo niega: «No hay, en puridad, una vulneración de los derechos a la intimidad o la propia imagen [...]», el primero de los cuales consiste, según jurisprudencia constitucional consolidada en «un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», sino que está en juego «un derecho de contenido más amplio»: la cuestión del *libre desarrollo de la personalidad*, en la medida en que implica «un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad» (ambas citas, en FJ4)<sup>48</sup>, idea que se confirma en las SSTs 25 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 2002 y, recientemente, en la STC. 99/2019, de 18 de julio, que resuelve afirmativamente la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Civil del TS, acerca de la posible vulneración de los derechos constitucionales por la arriba citada Ley 3/2007, que excluía al menor de edad transexual de la posibilidad de ver modificado registralmente su estado civil y su nombre.

A falta de un recurso equivalente al libre desarrollo de la personalidad, el TEDH ha ensanchado extraordinariamente el concepto de vida privada (art. 8 CEDH<sup>49</sup>) para posibilitar la emergencia de nuevos derechos, más basados en la autonomía privada que en la privacidad de la vida<sup>50</sup>. En efecto, la «vida privada» ha sido entendida por el TEDH en su desarrollo jurisprudencial a partir del art. 8 CEDH como la posibilidad de darse a uno mismo la norma de la propia existencia, no solo dentro de un círculo íntimo, sino también fuera de este círculo, pues incluye el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea (asunto Y.Y.

<sup>47</sup> Recientemente la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas, afirma en su Exp. de Mot. que el derecho al cambio registral de la mención al sexo se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución), pero también constituye «una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en artículo 18.1 de la Constitución».

<sup>48</sup> Tampoco afecta al derecho a la imagen, porque, como se indica más abajo, en el mismo FJ, ésta consiste, a su vez, según la doctrina del TC, en «un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública». Se trata más bien de «que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias».

<sup>49</sup> «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. –2. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

<sup>50</sup> El TC español interpreta la noción de libre desarrollo de la personalidad a la luz de la jurisprudencia del TEDH en torno al art. 8 CEDH.

c. Turquía<sup>51</sup>, §57). Esta noción abultada de vida privada, no solo abarca actualmente aspectos de la privacidad no mencionados expresamente en el texto del CEDH, sino siquiera imaginados durante el proceso de codificación<sup>52</sup>.

Bajo la noción de vida privada, el TEDH no se ciñe a calificar aquellas situaciones que constituyen estrictamente vida privada, sino que abarca muchas situaciones que simplemente *afectan* a la vida privada (¿qué no la afecta?), como, por ejemplo, la actividad profesional, que en puridad no es vida privada (por ejemplo, asunto Niemitz c. Alemania<sup>53</sup>, Oleksandr Volkov c. Ucrania<sup>54</sup>). El art. 8 CEDH, en la interpretación del TEDH, ha pasado de proteger la vida privada a proteger la autonomía de los individuos, de modo que todo lo que la expresa cae bajo su ámbito como una red protectora o una especie de cláusula general de libertad del ordenamiento jurídico, según la cual todo lo que no esté prohibido pareciera estar permitido.

Casos en que el TEDH ha abierto el paraguas de la vida privada para proteger nuevos derechos son, por ejemplo, el derecho a las técnicas de reproducción humana asistida (S.H. y otros c. Austria<sup>55</sup>; Knecht c. Rumanía<sup>56</sup>); el derecho al reconocimiento de la identidad sexual de las personas transexuales que se han sometido a una operación de cambio de sexo (Hämäläinen c. Finlandia<sup>57</sup>), a los requisitos de acceso a una operación de este tipo (Schlumpf c. Suiza<sup>58</sup>; L. c. Lituania<sup>59</sup>; Y.Y. c. Turquía<sup>60</sup>) y al reconocimiento jurídico de la identidad de personas transexuales que no se han sometido a una operación de cambio de sexo (A.P., Garçon y Nicot c. Francia<sup>61</sup>); el derecho de los miembros de una minoría étnica a conservar su identidad y sus tradiciones familiares (Ciubotaru c. Moldavia<sup>62</sup>; R.B. c. Hungría<sup>63</sup>), o el derecho al reconocimiento legal (no necesariamente al matrimonio, a falta de consenso internacional) de las parejas de personas del mismo sexo (Oliari y otros c. Italia<sup>64</sup>).

Ahora bien, precisamente porque no se constata (todavía) una aceptación generalizada, el TEDH da un margen de apreciación compatible con las actuaciones del art.

<sup>51</sup> STEDH de 10 de marzo de 2015, demanda núm. 14793/08.

<sup>52</sup> DIGGELMANN, Oliver; CLEIS, Maria Nicole, «How the Right to Privacy Became a Human Right», *Human Rights Law Review*, 14 (2014), p. 457.

<sup>53</sup> STEDH de 16 de diciembre de 1992, núm. 13710/88.

<sup>54</sup> STEDH de 9 de abril de 2013, núm. 21722 /11.

<sup>55</sup> STEDH de 3 de noviembre de 2011, núm. 57813/00.

<sup>56</sup> STEDH de 2 de octubre de 2012, núm. 10048/10.

<sup>57</sup> STEDH de 16 de julio de 2014, núm. 37359/09.

<sup>58</sup> STEDH de 8 de enero de 2009, núm. 29002/06.

<sup>59</sup> STEDH de 11 de septiembre de 2007-IV, núm. 27527/03.

<sup>60</sup> STEDH de 10 de marzo de 2015, núm. 14793/08.

<sup>61</sup> STEDH de 6 de abril de 2017, demandas núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13.

<sup>62</sup> STEDH de 27 de abril de 2010, núm. 27138/04.

<sup>63</sup> STEDH de 12 de abril de 2016, núm. 64602/12.

<sup>64</sup> STEDH de 21 de julio de 2015, núms. 18766/11 y 36030/11.



8.2 —que actúa como una especie de grifo que se abre o cierra en función del grado de progreso alcanzado en el Derecho comparado—, si están debidamente justificadas, son coherentes y mantienen un justo equilibrio de intereses, puesto que en todo caso caen bajo el ámbito del art. 8.1, en relación a la gestación subrogada (*Paradiso Campanelli c. Italia*<sup>65</sup>; *Menesson / Labassee c. Francia*<sup>66</sup>); la eutanasia (*Haas c. Suiza*<sup>67</sup>; *Pretty c. R.U.*<sup>68</sup>); el aborto (*A, B y C c. Irlanda*<sup>69</sup>; *R.R. c. Polonia*<sup>70</sup>), o el derecho a conocer los propios orígenes y la identidad de los progenitores (*Gaskin c. R.U.*<sup>71</sup>).

El desarrollo jurisprudencial del derecho a la vida privada y familiar es completamente funcional a los nuevos derechos, puesto que engloba «múltiples aspectos de la identidad física y social de un individuo» (*S. y Marper c. R.U.*<sup>72</sup>, §66). Dentro de este ámbito, el TEDH reconoce, entre otros: el derecho al desarrollo personal y el derecho a entablar y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (*caso Niemitz c. Alemania*<sup>73</sup>, §29); el derecho a conocer los orígenes y la identidad de los progenitores (*Gaskin c. R.U.*<sup>74</sup>, §39); el derecho a elegir la apariencia deseada (*Birzietis c. Lituania*<sup>75</sup>, §58); el derecho de las mujeres a no adoptar el apellido de su marido (*Ünal Tekeli c. Turquía*<sup>76</sup>, §67); el derecho al reconocimiento de la identidad sexual de las personas transexuales, se hayan sometido a la pertinente operación (*Christine Goodwin c. R.U.*<sup>77</sup>, §90) o no (*A.P. Garçon y Nicot c. Francia*<sup>78</sup>, §135), o el derecho a la identidad étnica de los miembros de una minoría nacional (*Ciubotaru c. Moldavia*<sup>79</sup>, §53).

En definitiva, tal y como ha sido interpretado por el TEDH, el contenido del derecho a la vida privada es tan amplio que no tiene contornos definidos.

Lamentablemente, ninguna de las fundamentaciones analizadas (libre desarrollo y vida privada) es consistente desde un punto de vista lógico-sistemático. Por lo que se refiere al libre desarrollo de la personalidad, el problema básico es que no solo no

<sup>65</sup> STEDH de 24 de enero de 2017, núm. 25358/12.

<sup>66</sup> STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11.

<sup>67</sup> STEDH de 20 de enero de 2011, núm. 31322/07.

<sup>68</sup> STEDH de 29 de abril de 2002, núm. 2346/02.

<sup>69</sup> STEDH de 16 de diciembre de 2002, núm. 25579/05. En el § 213 precisa el Tribunal que el aborto no pertenece única y exclusivamente al ámbito de la vida privada de la mujer, ya que también está la vida del feto en juego, cuyos derechos hay que sopesar. En consecuencia, en el § 215 afirma que no existe un derecho al aborto.

<sup>70</sup> STEDH de 26 de mayo de 2011, núm. 27617/04.

<sup>71</sup> STEDH de 7 de julio de 1989, núm. 10454/83.

<sup>72</sup> STEDH de 4 de diciembre de 2008, núms. 30562/04 y 30566/04.

<sup>73</sup> STEDH de 16 de diciembre de 1992, núm. 13710/88.

<sup>74</sup> STEDH de 7 de julio de 1989, núm. 10454/83.

<sup>75</sup> STEDH de 14 de junio de 2016, núm. 49304/09.

<sup>76</sup> SETDH de 16 de noviembre de 2004 núm. 29865/96.

<sup>77</sup> SETDH de 11 de julio de 2002, núm. 28957/95.

<sup>78</sup> STEDH de 6 de abril de 2017, núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13.

<sup>79</sup> STEDH de 27 de abril de 2010, núm. 27138/04.

consiste en un derecho fundamental debido a su ubicación sistemática fuera de la sección que recoge taxativamente aquéllos, sino que ni siquiera es propiamente un derecho, sino la expresión constitucional de un mero *agere licere*<sup>80</sup>. En virtud de éste, los individuos son libres para determinar los medios más idóneos para desarrollar su personalidad, pero eso no significa que algunos de ellos no puedan ser declarados prohibidos (por atentar contra derechos ajenos o perjudicar el bien común) ni que aquellos que no están prohibidos sean derechos, pues la cláusula del libre desarrollo no se fórmula en la CE como un derecho y, aunque se interprete como tal, solo puede ser entendido, como se acaba de indicar, como un mero ámbito de tolerancia.

Así, pues, no conviene confundir la despenalización de una conducta con su conversión en un derecho. Lo que el libre desarrollo de la personalidad garantiza es un ámbito de tolerancia, pero no establece un derecho en sentido fuerte a todo lo no prohibido, error en el que parece incurrir la STS (Sala de lo Civil), de 19 de abril de 1991, cuando señala que el derecho (que por cierto considera fundamental) al libre desarrollo de la personalidad «implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no suponga un acto delictivo o acto ilícito civil, como no lo es ni por la despenalización de ciertas mutilaciones [...], ni entrando en la esfera del art. 1902 del Código civil» (FJ3). Frente a esta opinión, desde un punto de vista lógico, la despenalización lo único que genera es una falta de prohibición o la tolerancia de determinada conducta, que no se considera lo suficientemente grave para ser susceptible de reproche penal, pero sin que por ello constituya un derecho, el cual requeriría el correspondiente acto constitutivo, para el que no está legitimado el juez, sino el legislador, cuya ley constituiría la razón que justificase (formalmente) el derecho.

Sin embargo, para el voluntarismo individualista, observa Ollero, no es fácil distinguir entre actos no prohibidos y derechos, ya que por éstos se entiende las cuotas residuales de libertad con que se cuenta, una vez que el Estado ha expropiado lo que el mantenimiento de la paz exija, de modo que de la convicción de que todo lo no legalmente prohibido está permitido se pasa a una consecuencia extrema: tenemos derecho a hacerlo<sup>81</sup>.

En cuanto a la fundamentación basada en la vida privada, aquí no parece plantearse el anterior problema lógico, ya que ésta constituye un derecho en sentido estricto, no un mero *agere licere*, de modo que puede en principio convertirse en fuente de otros derechos. Sin embargo, nos encontramos con otro problema lógico: no es posible extraer una conclusión correcta a partir de unas premisas que significan cosas distintas

<sup>80</sup> PRIETO-ÁLVAREZ, Tomás, «El derecho constitucional al desarrollo de la personalidad. ¿Procede identificarlo con la libertad general de acción?», *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)* 94 (2018), p. 1222.

<sup>81</sup> OLLERO, Andrés, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, Aranzadi. (2006), p. 113.

(falacia de la ambigüedad). El razonamiento sería, en efecto, el siguiente: la premisa mayor estaría constituida por el enunciado «todos tienen derecho a la vida privada», recogido en el art. 8 CEDH, entre otros instrumentos, donde «privacidad» significa vida íntima<sup>82</sup>; en cambio, la premisa menor estaría constituida por el enunciado «la conducta x forma parte de la vida privada», donde «privacidad», en virtud del desarrollo jurisprudencial del TEDH, significa vida autónoma. En consecuencia, el enunciado que se infiere a partir de ambas premisas («la conducta x es un derecho») es incorrecta. En efecto, una cosa es que uno tenga el derecho a reservar la conducta x al escrutinio público (privacidad en el sentido originalmente pactado por los Estados) y otra cosa es que se tenga derecho a realizar x, el cual requiere una premisa normativa adicional, ya que lo específico del Derecho es actuar siguiendo reglas<sup>83</sup>. Tratándose de derechos humanos requeriría un control importante de calidad, como el propuesto por Alston<sup>84</sup>.

Obviamente se puede argüir que los jueces pueden legítimamente interpretar los textos a la luz de la realidad social del momento en que tienen que aplicarlos. El problema es cuando se abusa de ello y se cae en el activismo judicial, el cual, no solo atenta contra el *Rule of law*<sup>85</sup>, sino que es ajeno al principio democrático<sup>86</sup>. Por ello, para P. Yowell, son los órganos legislativos los que están en mejores condiciones (frente a los

<sup>82</sup> CARTABIA, Marta, «The Challenges of “New Rights” and Militant Secularism», en Mary Ann Glendon, Hans F. Zacher (eds.), *Universal Rights in a World of Diversity. The Case of Religious Freedom*, Vaticano, Pontificia Academia para las Ciencias Sociales, 2012, pp. 434-435; SARTEA, Claudio., «Aventuras y desventuras del derecho a la privacidad», en José Antonio Santos, Marta Albert, C. Hermida, *Bioética y nuevos derechos*, Granada, Comares. 2016, p. 191.

<sup>83</sup> SERNA, Pedro, «Política postmoderna y crisis de la razón jurídica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UDC* 13 (2009), p. 1090.

<sup>84</sup> *Vid. supra*.

<sup>85</sup> En el Voto particular a la STC99/2019, se indica que no es labor del TC indicar al legislador cuál es la mejor opción legislativa dentro de las múltiples posibilidades que la Constitución ofrece, sino la defensa objetiva de la Constitución y la de su primacía, expulsando del ordenamiento jurídico solamente aquellos preceptos que choquen frontalmente con la CE. Tan legítima es la opción del legislador, como la que se propone en la sentencia de la que se discrepa, pero la función del TC no es la de optimizar la ley. A su vez, en el Voto particular a la STS de 3 de marzo de 1989 se afirma que «el art. 10 de la Constitución según la interpretación que de él hace el Tribunal Constitucional y la doctrina científica no puede comprender como obstáculos al libre desarrollo de la personalidad las deficiencias de regulación de las leyes». Considera que esto es una vía peligrosa ante tantas insatisfacciones padecidas por los ciudadanos. El tiempo parece haber confirmado este recelo, pues el fenómeno subjetivo del deseo está en buena medida en la base de los nuevos derechos. Cfr. PUPPINCK, 2020, *passim*. Otros votos particulares, como los de la STS de 2 de julio de 1987, van más lejos, señalando límites al propio legislador a la hora de regular un tema tan sensible al bien común.

<sup>86</sup> En una materia tan relevante y, como se ha indicado arriba, tan conflictiva debería promoverse un amplio consenso en orden a la introducción de nuevos derechos, el cual involucraría a nivel global a la Asamblea General de la ONU, *ut supra*, o, en un ámbito regional, a los Estados signatarios del CEDH, o, en un ámbito nacional, al constituyente.

órganos judiciales) para realizar la correspondiente especificación<sup>87</sup>. Y B. W. Miller afirma que los sistemas de control judicial de los derechos humanos se han convertido en un segundo foro para implementar jurídicamente propuestas que no han conseguido el favor legislativo<sup>88</sup>.

En definitiva, con carácter general, la clase de nuevos derechos aquí examinada no parece estar analíticamente contenida en el derecho a la vida privada. Aquéllos no son conclusiones de éste, porque no están analíticamente contenidos en él, y tampoco son especificaciones, puesto que no parece que nos estemos tomando en serio el precepto inicial, relativo a la vida privada, cuando éste se extiende, en una contorsión verdaderamente forzada, a la vida *pública* de las personas, pasando a proteger cualquier cosa que, salvo injerencia legítima, tenga repercusión en la vida privada, siendo así que toda acción humana tiene repercusión en la vida privada.

Así, el TEDH incluye bajo el amparo del art. 8.1 el derecho a no ser perturbado arbitrariamente en las relaciones sociales y profesionales. Esta derivación justifica, en opinión del Tribunal, amparar al Sr. Erményi frente a su destitución como Vicepresidente del Tribunal Supremo húngaro antes de la terminación de su mandato por razones presuntamente políticas (caso Erményi c. Hungría, 2017). Pero como señala el Voto particular del magistrado Kūris a esta sentencia, es difícil de imaginar qué conexión exista entre este hecho, que en efecto puede ser arbitrario, y la vida privada del Sr. Erményi, más allá de algunas consecuencias indeseables en relación con otros jueces, profesionales, funcionarios y alguna otra gente. Vista la deriva del TEDH, Kūris afirma que el art. 8 se ha convertido en el art. ∞... Y lo cierto es que no hay conexión entre ambos derechos. Y no la hay porque el TEDH no ha sido muy riguroso con la derivación del principio según el cual uno tiene derecho a no ser perturbado en sus relaciones sociales y profesionales a partir del art. 8 que recoge el derecho a la vida privada (caso Niemitz c. Alemania, 1992), con cuyo concepto no se ha mostrado muy comprometido.

En resumen, los nuevos derechos aquí analizados no derivan del derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque ello implica incurrir en la falacia lógica de transformar un mero *agere licere* en un derecho, y tampoco derivan del derecho a la vida privada, porque ello implica incurrir en la falacia semántica recién indicada, la cual se produce tanto por la vía más estricta de la conclusión, como por la más laxa de la especificación. En consecuencia, los nuevos derechos aquí considerados no tienen más título de legitimidad que el de las respectivas leyes positivas y éste mismo está comprometido, dada su tendencial conflictividad con los derechos ya consagrados.

<sup>87</sup> YOWELL, Paul, «From Universal Rights to Legislated Rights», en Grégoire Webber, Paul Yowell, Richard Ekins *et alii*, *Legislated Rights. Securing Human Rights Through Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 129.

<sup>88</sup> MILLER, Bradley W., «Majoritarianism and Pathologies of Judicial Review», en Grégoire Webber, Paul Yowell, Richard Ekins *et alii*, *Legislated Rights...*, *op. cit.*, p. 181.

---

---

## CAPÍTULO 4

# CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN Y ESPECIFICACIÓN DE NUEVOS DERECHOS. A PROPÓSITO DE LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Juan Cianciardo<sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Entre los «nuevos derechos» se encuentran también derechos viejos a cuyo favor se reclaman nuevas especificaciones o determinaciones. Dicho con otras palabras, cuando aparece este tópico no se trata sólo de derechos nuevos sino de «un nuevo modo de considerar los ya reconocidos»<sup>2</sup>. Este último es el caso de los derechos económicos, sociales y culturales en algunos países y regiones. Lo que desde hace un tiempo se ha venido demandando respecto de ellos es la aceptación de su justiciabilidad directa. Esta demanda ha sido particularmente intensa dentro del sistema interamericano de derechos humanos, en alguna medida como consecuencia de los graves desequilibrios económicos y sociales que afectan a los países que lo componen<sup>3</sup>, y ha dado lugar a un cambio relevante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH). En las páginas siguientes se explicará en qué consistió ese cambio y cómo se produjo (§2). A continuación, se procurará dar algunas ideas que permitan analizar el nuevo rumbo emprendido (§3). La consideración detallada de este ejemplo permitirá relacionar dos aspectos relevantes de la teoría general de los derechos humanos —la identificación y la especificación de esos derechos— con problemas prácticos de difícil solución. La hipótesis de fondo será que la distinción entre título, fundamento y medida de un derecho, por un lado, y la toma en consideración de tres principios interpretativos

<sup>1</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra.

<sup>2</sup> OLLERO TASSARA, Andrés, «Los nuevos derechos», *Persona y Derecho*, 66 - 1 (2012), pp. 49-62; cfr. también PEREIRA SÁEZ, Carolina, «Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?» *Persona y Derecho*, 76 (2017), pp. 93-114.

<sup>3</sup> CEPAL, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), «Panorama social de América Latina 2021», en *Mídias sociais no Brasil emergente*, 2022.

no tenidos debidamente en cuenta —el de mínimo vital, reserva de lo posible, y de apreciación nacional—, por otro, pueden ser de interés con vistas a precisar los alcances del cambio mencionado, y a evitar que el nuevo rumbo de la jurisprudencia interamericana conduzca a una crisis en el sistema.

## 2. EL NUEVO RUMBO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Desde 2017 en adelante la CorIDH ha generado un debate intenso dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de un número creciente de sentencias en las que se realizó una nueva interpretación del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, consagrando de modo progresivo —aunque vertiginoso— la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs).

El cambio ha recibido elogios<sup>4</sup>, en alguna medida impulsados por un hecho frente al que no parece aceptable que un organismo internacional se quede de brazos cruzados: la Corte ejerce su jurisdicción sobre la región más desigual del mundo<sup>5</sup>. Frente a una situación así, en la que la pobreza y la desigualdad han ido adquiriendo dimensiones inaceptables, parece al menos a primera vista razonable que los poderes públicos empleen en su conjura todos los elementos con los que cuentan —incluida la justiciabilidad directa de los DESCAs—. Sin embargo, paralelamente a los elogios no han sido pocas las críticas al camino emprendido, en algunos casos impugnándolo por completo, en otros señalando los peligros a los que se enfrenta hoy el sistema interamericano a raíz de él<sup>6</sup>. Como es bastante obvio, no hay voces que critiquen la necesidad de alcanzar una vigencia plena de los derechos de segunda generación. Lo que se critica es que la aceptación de su justiciabilidad directa sea una herramienta idónea para lograrla. El cuestionamiento de la nueva interpretación está también muy probablemente en la base de las críticas severas al funcionamiento del sistema que formularon recientemente un conjunto de países que lo integran<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> MORALES ANTONIAZZI, Mariela, RONCONI, Liliana y CLÉRICO, Laura (coord.), *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Piraval de la Corte IDH*, UNAM, 2020, *passim*.

<sup>5</sup> Sostuvo la propia CorIDH: «[...] a cuatro décadas de entrada en vigor de la Convención Americana, [...] la Corte no puede quedarse de lado ante el grave problema de la desigualdad, la inequidad y la exclusión social que prevalecen en la región y en la desprotección en materia de DESCAs sobre todo para los grupos más vulnerables» (Caso Cuscul Pivalal y otros vs. Guatemala, 2019).

<sup>6</sup> GÓMEZ MONTORO, Ángel J., «La obsolescencia de los derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115 (2019), pp. 47-79.

<sup>7</sup> El 11 de abril de 2019 los Representantes Permanentes de Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y Chile hicieron entrega a Paulo Abrao, Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una nota conteniendo una declaración crítica sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La nota, según esos Estados, «representa un aporte con propuestas concretas destinado a mejorar el funcionamiento de nuestro sistema de protección regional de derechos humanos». Cfr. Cancillería de

## 2.1. El texto del art. 26 de la Convención Americana

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoció un conjunto de derechos humanos que pertenecen a la primera generación de derechos —derechos civiles y políticos—, y estableció un mecanismo para su garantía, protección y promoción en sede regional, a través de dos organismos: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. La conveniencia del reconocimiento de la segunda generación de derechos —derechos económicos, sociales, culturales y ambientales— no suscitó en el momento en el que se produjo la Convención un consenso mayoritario. Se llegó a una mención tibia y algo ambigua en el art. 26, cuyo texto quedó redactado del siguiente modo:

### CAPÍTULO III. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

«Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los 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, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

Pocos años después de la aprobación de la Convención, se aprobó el «Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales» (en adelante, Protocolo de San Salvador). El art. 26 de la Convención y el Protocolo de San Salvador recibieron, luego, una regulación a través de la resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos del 4 junio de 2012, en la que los Estados aprobaron el documento «Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador». Se encuentran en ella los criterios para medir el cumplimiento de los derechos reconocidos en el Protocolo.

Los Estados se comprometieron a través de estos documentos a respetar, entre otros, dos principios relevantes: el principio de progresividad y el principio de no regresividad<sup>8</sup>. Según el primero, los Estados deben dar pasos consistentes, firmes, en pos de la vigencia efectiva de los DESCAs, según el segundo, una vez que un Estado

---

Chile, «Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos», 23 de abril de 2019.

<sup>8</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 154 (2019), pp. 425-455; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justicia-bilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

avanzó, no es convencionalmente aceptable volver atrás. Basados en estos principios, algunos sostuvieron que la evolución desde la no justiciabilidad directa de los DESCA a su justiciabilidad, a la que se hará referencia en el siguiente epígrafe, no se produjo porque haya habido un cambio de criterio por parte de la CorIDH, sino que el tribunal estaba, de algún modo, obligado a ir aceptándola en etapas sucesivas —recepción por conexidad, no regresividad y recepción directa—.

## 2.2. La interpretación del art. 26 por la CorIDH

Situados en el contexto precedente, las posiciones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del sistema interamericano de derechos humanos surgen de la interpretación del art. 26, y son al menos las siguientes: a) la no justiciabilidad directa en ningún caso; b) la justiciabilidad indirecta o por conexidad; c) la justiciabilidad directa dentro del Estado, si es que el sistema la prevé; d) la justiciabilidad directa ante la CorIDH de todos los DESCA; e) la justiciabilidad directa ante la CorIDH de algunos DESCA; f) la justiciabilidad «plena», interna e internacional de todos los DESCA. Como se verá, la CorIDH ha ido desde la posición a) hasta la f).

¿Cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana? Con vistas a dar respuesta a esta pregunta, se expondrán a continuación los casos principales en los que la Corte se refirió a la interpretación del art. 26 de la Convención y, como consecuencia de ello, a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Desde 2017 hasta 2023 la Corte Interamericana ha dictado veintitrés sentencias y dos opiniones consultivas en las que sostuvo la justiciabilidad directa de los DESCA. El primer caso, con el que se inicia el tratamiento del tema pero no se afirma la justiciabilidad directa, es de 2009: caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú, sentencia de 1 de julio de 2009, serie C, n.º 198; caso Lagos del Campo vs. Perú, 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, n.º 340; caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, n.º 344; caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, n.º 340; caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, n.º 344; caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, n.º 348; caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, n.º 349; caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, n.º 359; caso Muelle Flores vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, n.º 375; caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C, n.º 394; caso Hernández vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C n.º 395; caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C n.º 400;



- a) Acevedo Buendía (Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú, 2009).

En este caso la CorIDH se apartó de lo que había señalado unos años antes en el Caso «Cinco Pensionistas» vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, y expuso una serie de argumentos tendientes a justificar la posible justiciabilidad del grado de cumplimiento por los Estados de lo establecido en el art. 26 de la Convención. Se interpretó que lo establecido en ese artículo era una obligación para los Estados procedente del principio de no regresividad, justiciable en el caso de que se incumpliera con ella. No se consagraba allí ningún derecho económico, social y cultural concreto, sino esa obligación genérica<sup>10</sup>.

Según Ibáñez Rivas, en este caso se encuentra «el primer indicio de una Corte Interamericana preparada para dar el gran salto jurisprudencial hacia la justiciabilidad directa del contenido y alcances del artículo 26 de la Convención»<sup>11</sup>. Así lo reconoció la propia Corte en un caso posterior, en el que sostuvo que en Acevedo Buendía había afirmado «su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados» (CorIDH 2018b, párr. 100 y n. 123).

---

Caso Spoltore vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C n.º 404; Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C n.º 407; Caso Casa Nina vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C n.º 419; Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C n.º 423; Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C n.º 432; Caso Vera Rojas y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C n.º 439; Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de octubre de 2021. Serie C n.º 440; Caso Manuela y otros vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C n.º 441; Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Serie C n.º 445; Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C n.º 446; Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de febrero de 2022. Serie C n.º 448; Caso Pavez Pavez vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022, Serie C n.º 449; Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica, sentencia de 22 de junio de 2022, serie C No. 453. Opiniones consultivas: opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23; y opinión consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A n.º 27.

<sup>10</sup> Cfr. IBAÑEZ RIVAS, Juan María, «La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana», MORALES ANTONIAZZI, Mariela, RONCONI, Liliana y CLÉRICO, Laura (coord.), *op. cit.*, pp. 51-94.

<sup>11</sup> *Idem*.

b) Gonzales Lluy (Caso Gonzáles Lluy vs. Ecuador, 2015)

La CorIDH reconoció la violación del derecho a la educación de una niña con HIV sobre la base de que se había dado en el caso una violación directa del art. 13 del PSS. Entre lo más interesante del caso se encuentra el voto particular del juez Ferrer MacGregor, anticipatorio de lo que pasaría un poco después de este caso:

«hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, (...). Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud» (párr. 15).

En opinión de Ronconi y Barraco, «este es el primer caso donde la Corte abre las puertas al a) reconocer la violación de un derecho social por aplicación del PSS, y al b) delinear, aunque en un voto separado, la necesidad de la justiciabilidad directa de los DESCAs por aplicación del art. 26 CADH»<sup>12</sup>.

c) Lagos del Campo vs. Perú, Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú (Caso Lagos del Campo vs. Perú, 2017a)

La CorIDH reconoció en este caso la violación del derecho a la estabilidad laboral (entre otros derechos) en perjuicio de un trabajador que era representante sindical y había sido despedido luego de una entrevista en la que expresaba una serie de críticas a la empresa para la que trabajaba desde hacía más de trece años. Fue la primera vez en la que el tribunal se pronunció de modo claro y contundente a favor de la justiciabilidad directa de los DESCAs. El caso dio lugar<sup>13</sup>, como era de esperar, a una gran polémica<sup>13</sup>,

<sup>12</sup> RONCONI, Liliana y BARRACO, María, «La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina», en *Revista de la Facultad de Derecho*, 50 (2021), pp. 1-27.

<sup>13</sup> Cfr. p. ej. BAYARDI MARTÍNEZ, Cintia M. «Los casos difíciles y la corte IDH: consideraciones sobre la argumentación del caso Lagos del Campo vs. Perú», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68 (2018), pp. 171-187; CALDERÓN GAMBOA, Jorge, «La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo», en FERRER MACGREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y Justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 333-379; CANESSA MONTEJO, Miguel F., «La protección interamericana de la libertad sindical y de la estabilidad laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú», en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 8 (2017), 143-149; MELO NASCIMENTO, Laura Fernanda; ZANY NUNES CORREA, Igo; FERNANDES FERREIRA, Adriano, «Caso Lagos del Campo vs. Peru e seu Duplo Papel Paradigmático na Evolução da Justiciabilidade de Direitos Sociais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos», *Prima Facie*, 18 (39) (2020), pp. 1-31; MENENGOTI RIBEIRO, Daniela; NAVARRO VINCE, Fernando

cabría sospechar que incluso dentro de la propia CorIDH, que no llegó a una decisión unánime<sup>14</sup>.

La Corte planteó inicialmente el caso como una posible afectación de la libertad de expresión (que consideró demostrada) para pasar luego a analizar el derecho a la estabilidad laboral, cuya violación no había sido invocada por la Comisión ni por los representantes (probablemente basados en la esterilidad del argumento como vía para acceder a la jurisdicción del tribunal). El punto de partida de ese análisis lo constituyó la afirmación de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos:

«Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello» (CorIDH 2017b, párr. 141).

La CorIDH se reconoció, partiendo de allí, como «una de las autoridades» competentes frente a las que son «exigibles» los derechos, con independencia de su pertenencia a una u otra generación. El derecho al trabajo, concretamente, surge, según el tribunal, a partir de una interpretación del artículo 26 de la Convención Americana «en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana», a lo que se une su reconocimiento explícito «en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto *corpus iuris* internacional»<sup>15</sup>.

Interesa resaltar que el caso no se resolvió a favor de los demandantes porque la CorIDH considerase que el Estado no contaba con mecanismos a través de los cuales el derecho al trabajo fuese protegido y garantizado, sino porque entendió que el trabajador había sido despedido con un despido procedente, cuando ese despido era nulo o, tal vez, improcedente. Se trató, en definitiva, de una aplicación incorrecta de normas y procedimientos que en su diseño respetan lo que exigía el Sistema Interamericano con relación al derecho al trabajo. Esto permite explicar que los jueces que formularon votos parcialmente disidentes disintieron no en la solución final, sino sólo con lo afirmado

(2018). «Direitos sociais e indivisibilidades dos direitos humanos: o caso Lagos del Campo vs. Perú julgado pela Corte Interamericana», *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), 6(2) (2018), 67.

<sup>14</sup> La mayoría la integraron los jueces Odio Benito, Zaffaroni y Pazmiño Freire. Se dieron además un voto razonado del juez Caldas, un voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, un voto parcialmente disidente del juez Vio Grossi y un voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto.

<sup>15</sup> La Corte cita el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

por la mayoría de la Corte con relación a la justiciabilidad directa ante el tribunal de los derechos económicos, sociales y culturales (párrafos 141 a 144 de la sentencia).

- d) San Miguel Sosa vs. Venezuela (Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela (Fondo, reparaciones y costas), 2018)

Las demandantes, Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña, trabajaban en el Consejo Nacional de Fronteras, órgano adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, habiendo suscripto de modo continuo contratos temporales de servicios, entre 1996, 1997 o 2000 y abril de 2004. Las tres habían participado de una recolección de firmas para promover un referendo de carácter revocatorio del mandato del entonces Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, que había tenido lugar entre el 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 2003. Como consecuencia de esa recolección, el 19 de diciembre de 2003 se presentaron más de tres millones de firmas solicitando el referendo revocatorio presidencial. El proceso estuvo sometido a amenazas de las autoridades gubernamentales. El 30 de enero de 2004, antes de que el Consejo Nacional Electoral validara las firmas consignadas para solicitar el referendo, el Presidente Chávez autorizó a un diputado para que retirara del Consejo Nacional Electoral las planillas con las listas de las personas que habían firmado la presentación. Esas planillas se hicieron luego públicas a través de una página web. Las consecuencias para las personas que aparecían en ellas como firmantes fueron a partir de entonces graves: el despido de trabajadores o funcionarios públicos, la no contratación de personas que aspiraban a cargos públicos, la negativa al otorgamiento de algunos programas de asistencia social, su señalamiento por parte de funcionarios públicos como «traidores», etc.

En ese contexto, el 12 de marzo de 2004, un mes después de publicadas las listas, las demandantes recibieron la notificación de la finalización de su relación laboral por medio de una carta del Presidente del Consejo Nacional de Fronteras. Contra esa medida presentaron una denuncia alegando despido injustificado y discriminatorio.

La CorIDH entendió que en el caso se violaron los derechos a la participación política, a la libertad de pensamiento y expresión, y al trabajo. Igual que había ocurrido en el caso «Lagos del Campo», tampoco aquí la Comisión había alegado la violación de este último derecho<sup>16</sup>, lo que sí había sido hecho por las demandantes en todas las instancias del caso, y «desde su primer escrito ante la Comisión» (CorIDH 2018b, párr.

<sup>16</sup> Como la CorIH recuerda, «al analizar «otros requisitos de admisibilidad de la petición», en su Informe de Admisibilidad, específicamente la «caracterización de los hechos alegados», la Comisión señaló que «entiende que de los hechos alegados por los peticionarios no se desprende prima facie una afectación al desarrollo progresivo del derecho al trabajo consagrado en el artículo 26 de la Convención». Concluyó por ende que «de los hechos alegados no se desprenden elementos suficientes que indiquen que de ser probados se verifique una violación de los artículos 16 y 26 de la Convención Americana, con lo cual declara que la petición es inadmisibile en cuanto a la presunta violación estos derechos» (CorIDH 2018b, párr. 214).

212). El Estado respondió respecto de este punto que ese derecho estaba protegido en Venezuela puesto que se preveía en su legislación la indemnización por despido improcedente. Sin embargo, el caso de las demandantes no encuadraría, según el Estado, en este último supuesto, puesto que su causa habría sido la finalización de un contrato temporal ejecutada a través del ejercicio de una de las facultades que se otorgaban al empleador en él, sin que hubiera derecho a una indemnización.

Sobre la base de estas posiciones, el Tribunal reafirmó la justiciabilidad directa del art. 26 de la Convención, se avocó al tratamiento de la posible violación al derecho al trabajo y concluyó lo siguiente:

«la terminación arbitraria de la relación laboral de las presuntas víctimas con el Consejo Nacional de Fronteras constituyó una forma de desviación de poder, pues se utilizó una cláusula establecida en su contrato como velo de legalidad para encubrir la verdadera finalidad de tal medida, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión. Es decir, ellas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario, el cual ocurrió en un contexto de denuncias de despidos semejantes y de otras formas de represalia para quienes habían decidido ejercer sus libertades al firmar por la solicitud de referendo. Así, su despido tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones. Además de lo anterior, este Tribunal ha considerado que el derecho al trabajo incluye la obligación del Estado de garantizar los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. Según fue constatado, en este caso el Estado no garantizó a las presuntas víctimas estos derechos ante su despido arbitrario» (CorIDH 2018b, 221).

La CorIDH entendió que el Estado era en el caso responsable por no haber declarado la nulidad de un despido que había sido decidido por razones espurias, prohibidas por el Sistema Interamericano. El Tribunal no afirmó que Venezuela carecía de un sistema jurídico que protegiese suficientemente a los trabajadores, sino, en todo caso, que ese sistema había sido mal aplicado por las autoridades judiciales.

- e) *Poblete Vilches y otros vs. Chile (Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (fondo, reparaciones y costas), 2018)*

El señor Poblete Vilches, una persona adulta mayor, fue ingresado en dos ocasiones en un hospital público de Sótero del Río. En la primera ocasión, ocurrida el 17 de enero de 2001, había sufrido una insuficiencia respiratoria grave. Estuvo cuatro días en la unidad de cuidados intensivos, y luego, el 22 de enero de 2001, pasó a la unidad de cuidados intensivos quirúrgica. Se le practicó una cirugía mientras estaba inconsciente, sin consentimiento de sus familiares. El 2 de febrero se le dio el alta, sin mayores indicaciones. Poco después, el 5 de febrero, tuvo lugar el segundo ingreso en una unidad de

cuidados intermedios del mismo hospital, aunque su ficha médica disponía su intervención en la UCI por requerir respirador mecánico, que no le fue proporcionado. El 7 de febrero Poblete Vilches falleció. Sus familiares iniciaron en 2001 una querrela criminal para procurar establecer las causas de la muerte, sin que prosperara. Al momento de llegar el caso ante la Corte, diecisiete años después, no se habían establecido aún las responsabilidades penales. Ya en la Corte, el Estado admitió su responsabilidad parcial.

El Tribunal reiteró su jurisprudencia presente sobre el art. 26 de la Convención, y reafirmó la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. El caso es importante por esto y sobre todo porque la Corte se pronunció por primera vez sobre el contenido del derecho a la salud: del análisis de una serie de normas en las que este derecho es reconocido derivó estándares «relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica» (CorIDH 2018a, párr. 116). Más en concreto, en la sentencia se expusieron estándares relacionados con el derecho a la salud en situaciones de urgencias médicas (párrs. 118 a 124) y con respecto de las personas mayores (párrs. 125 a 132). Luego de ello la Corte hizo una serie de valoraciones (párrs. 133 a 143), cuya conclusión fue que el Estado chileno incumplió los estándares anteriormente expuestos. Vale la pena detenerse un momento en algunos aspectos de la argumentación.

Según la Corte, el derecho a la salud genera una obligación general que «se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población». Esto «opera» generando: a) un deber de regulación: «los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad», y b) «una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que deben satisfacerse en materia de salud»: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Sobre esta base es que el Tribunal construyó los estándares que deben garantizar los Estados. Son los siguientes:

«a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas.

b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos.

c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales

de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población.

d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad» (CorIDH 2018a, párr. 121).

¿Estamos ante un caso de mala praxis? ¿O ante un caso de insuficiencia de recursos para atender la salud pública? La CorIDH no es concluyente. El «deber de regulación» es aparentemente satisfecho por Chile. Algunas dudas puede generar, en cambio, su cumplimiento de la «serie de elementos esenciales e interrelacionados» que deben satisfacerse en la materia, a los que se hizo referencia. ¿Cumplía el Estado con los estándares?

f) OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos (Opinión Consultiva Oc-23/17 - Medio ambiente y Derechos Humanos, 2017)

Colombia presentó una solicitud de opinión consultiva a raíz de obras de infraestructura de grandes dimensiones que se desarrollaban en distintos Estados de la región del Gran Caribe. Esas obras pueden generar daños ambientales más allá de los límites territoriales del Estado que las lleva a cabo. Solicitó Colombia, concretamente, que la Corte Interamericana determine:

a) «de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos» (CorIDH 2017c, párr. 1).

Y:

b) «cómo se debe interpretar el Pacto de San José en relación con otros tratados en materia ambiental que buscan proteger zonas específicas, como es el caso del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, con relación a la construcción de grandes obras de infraestructura en Estados parte de estos tratados y las respectivas obligaciones internacionales en materia de prevención, precaución, mitigación del daño y de cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados» (CorIDH 2017c, párr. 1).

Lo más importante en lo que se refiere a este trabajo se encuentra en el párrafo 57 de la opinión consultiva. La Corte sostuvo allí que el derecho a un medio ambiente sano:

«también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última «contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere») y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma (supra párr. 42). La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello».

Los jueces Vio Grossi y Sierra Porto emitieron sendos votos concurrentes en los que sentaron su disconformidad precisamente con este párrafo de la sentencia, por razones similares. El juez Sierra Porto fue incluso muy contundente. En primer lugar, afirmó que la Corte carecía de competencia para pronunciarse sobre ese punto del modo en el que lo hizo:

«las preguntas esbozadas por el Estado de Colombia se limitaban a la interpretación de las normas concernientes a las obligaciones estatales para respetar y garantizar los derechos a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5) de la Convención Americana, en materias que conciernen al medio ambiente. Al incorporar consideraciones sobre la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano, en particular, o sobre derechos económicos, sociales y culturales, en general, se excede del objeto del debate de la Opinión Consultiva, sin haber concedido oportunidad alguna a los intervinientes en el trámite de la Opinión Consultiva de presentar argumentos a favor o en contra de dicha consideración» (CorIDH 2017c, voto concurrente del juez Humberto Sierra, párr. 6 y 7).

En segundo lugar, el juez Sierra Porto insistió con los argumentos que lo condujeron en su momento a disentir de la decisión adoptada por la mayoría en «Lagos del Campo»:

«Lo señalado por la Opinión Consultiva en el párrafo indicado se fundamenta en las consideraciones establecidas en los párrafos 141 a 144 de la Sentencia del caso Lagos del Campo *Vs.* Perú, con base en el cual la Corte entendería como incorporados dentro del artículo 26 de la Convención, y por lo tanto, justiciables de forma directa, aquellos derechos que se derivan de la Carta de la OEA, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y los que se deriven de «otros actos internacionales de la misma naturaleza», en virtud del artículo 29.d de la Convención Americana. En este sentido, reitero en todos sus aspectos mis opiniones esbozadas en mi voto concurrente en el caso Gonzales Lluy y otros *Vs.* Ecuador y en



mi voto parcialmente disidente en el caso Lagos del Campo *Vs.* Perú, en los cuales argumento las razones por las cuales considero que la amplísima apertura que se ha dado al artículo 26 de la Convención Americana excede el alcance del propio artículo. Aunado a ello, insisto en las falencias argumentativas que identifiqué en mi voto del caso Lagos del Campo, toda vez que en las posteriores oportunidades en los que la Corte se ha pronunciado o ha hecho referencia al artículo 26 de la Convención, lo ha hecho reiterando el precedente inmotivado del caso antes identificado» (CorIDH 2017c, voto concurrente del juez Humberto Sierra, párr. 10 y 11).

Más allá del balance que se hará luego acerca de las razones que expresa el juez Sierra Porto, lo cierto es que las consideraciones de la CorIDH acerca de la naturaleza justiciable del derecho a un medio ambiente sano tienen como lastre el haber sido expuestas en el marco de una opinión consultiva, cuya naturaleza vinculante es discutible, como es bien sabido<sup>17</sup>, por un lado, y constituyendo el *obiter dicta* de la decisión, por otro<sup>18</sup>.

g) Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala (Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala, 2019)

Cuarenta y nueve personas enfermas con VIH demandaron a Guatemala por haber incurrido en omisiones relacionadas con el tratamiento de su enfermedad. La Corte entendió que esas omisiones condujeron a un incumplimiento estatal del deber de garantizar el derecho a la salud, provocando violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal de algunos de los demandantes. Asimismo, la CorIDH entendió, por un lado, que Guatemala había discriminado a dos mujeres embarazadas que viven con VIH por no haberles garantizado una atención médica adecuada, y por otro, que la inacción estatal había generado también una violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según el tribunal, finalmente, se violaron en el caso las garantías judiciales y la protección judicial en perjuicio de trece de las víctimas, y el derecho a la integridad personal de los familiares.

Un aspecto interesante del caso es el encuadre del caso que hace el tribunal, y su lectura a la luz de «Lagos del Campo»:

«el principal problema jurídico planteado por las partes en el presente caso se relaciona con los alcances del derecho a la salud entendido como un derecho autónomo que deriva del artículo 26 de la Convención Americana, y con la competencia de este Tribunal para pronunciarse por violaciones a este derecho sobre la base 26 de

<sup>17</sup> VIO GROSSI, Eduardo, «La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos», *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2- 2 (2018), pp. 200-214.

<sup>18</sup> GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, *passim*.

los artículos 62 y 63 de la Convención. En este sentido, los alegatos de la Comisión y de los representantes siguen la aproximación adoptada por este Tribunal desde el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, y que ha sido continuada en decisiones posteriores. En efecto, esta aproximación representó un cambio en la jurisprudencia de la Corte respecto a casos previos donde la Comisión o los representantes alegaban violaciones a los DESCAs, los cuales eran analizados por conexidad con algún derecho civil o político» (CorIDH 2019, párr. 73).

h) Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020 (CorIDH, 2020)

El 6 de febrero de 2020 la CorIDH dictó una sentencia «mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la violación de distintos derechos de 132 comunidades indígenas que habitan los lotes identificados con las matrículas catastrales 175 y 5557 del Departamento Rivadavia, de la Provincia de Salta, antes conocidos como «lotes fiscales 14 y 55». La Corte determinó que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria. Además, determinó que el Estado violó los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, a causa de la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas de los mismos».

El caso sirvió al tribunal para resaltar «la «estrecha» relación o «interdependencia» entre el ambiente y los derechos humanos. Lo dicho, por cuanto éstos pueden ser afectados por la degradación ambiental y, a su vez, dado que, como se ha indicado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, «la protección eficaz del [...] ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos»» (CorIDH, 2021).

El reclamo de las comunidades indígenas se refiere a un área aproximada de 643000 hectáreas. Se acreditó en el caso que se trata de una zona de la Provincia de Salta en la que ha habido presencia de comunidades indígenas de modo constante desde 1629. A comienzos del siglo xx hubo también ocupación por parte de criollos. Las comunidades indígenas reclamaron la propiedad de las tierras en 1991. Al decidir, la Corte sostuvo que:

«Durante los más de 28 años que han transcurrido desde entonces (1991), la política estatal respecto a la propiedad indígena ha ido cambiando, y el Estado ha llevado a cabo distintas actuaciones en relación con la propiedad reclamada».

Esas actuaciones fueron, entre otras, el dictado de un decreto que obligó al Estado provincial a unificar lotes y adjudicarlos a las comunidades indígenas, la creación de una comisión asesora, la construcción de un puente internacional, algunas adjudicaciones de lotes, etc., sin que, no obstante, se zanjara de modo definitivo el problema que se planteaba a raíz de la propiedad de la tierra. Concretamente, según el tribunal,

El 29 de mayo de 2014 Salta emitió el Decreto 1498/14, mediante el cual reconocía y transfería la «propiedad comunitaria», a favor de 71 comunidades indígenas, de

aproximadamente 400.000 ha de los lotes 14 y 55, y la «propiedad en condominio» de los mismos lotes a favor de múltiples familias criollas. El mismo decreto prevé que, a través de la UEP, se concreten los actos y trámites necesarios para la «determinación específica» del territorio y lotes que correspondan a comunidades indígenas y familias criollas. Pese a lo anterior, la implementación de acciones relacionadas con el territorio indígena no ha concluido y sólo pocas familias criollas fueron trasladadas. En el territorio reclamado, por otra parte, se han desarrollado actividades ilegales de tala, y las familias criollas desarrollan la ganadería e instalan alambrados. Esto ha generado una merma de recursos forestales y de biodiversidad. Lo anterior afectó la forma en que tradicionalmente las comunidades indígenas procuraban su acceso a agua y alimentos.

i) Guevara Díaz v. Costa Rica (Guevara Díaz vs. Costa Rica, 2022)

En este caso Costa Rica fue encontrada responsable de la violación de los derechos humanos del demandante en el marco de un concurso público en el Ministerio de Hacienda en el cual no fue seleccionado. La víctima trabajaba como «misceláneo interino» en el Ministerio de Hacienda, y con el concurso público pretendía adquirir la titularidad del cargo. El 13 de junio del 2003 se le notificó que no había sido seleccionado, por lo que su cargo interino cesaría el 16 del mismo mes. Según el señor Guevara, ello se debió a un informe del Ministerio de Hacienda que recomendó no contratarlo por «sus problemas de retardo y bloqueo emocional». Frente a esta situación, Guevara presentó un recurso de revocatoria contra la decisión de cese, que fue denegado. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar un recurso de amparo contra esa decisión, sobre la base de que no le correspondía realizar un análisis de la legalidad puesto que se trataba del ejercicio de potestades discrecionales.

El demandante alegó que el Estado no había proporcionado una respuesta circunstanciada y precisa que permita desvirtuar la presunción de discriminación, la cual se ve reforzada con la mera invocación de razones de discrecionalidad como única explicación. Argumentó que la decisión de no contratarlo se basó en su condición de persona con discapacidad intelectual, constituyendo un caso de discriminación encubierta. Sostuvo, además, que en casos como este la motivación de las decisiones se ve reforzada por tratarse de una persona con especial protección por su situación de vulnerabilidad. Asimismo, argumentó que la respuesta en el marco del recurso de amparo violó el derecho a la protección judicial, pues no le permitió una revisión sustantiva de su alegato de discriminación.

Con ocasión del tratamiento del derecho al trabajo de la víctima, la CorIDH se refirió, una vez más, a la justiciabilidad directa. Lo hizo en los siguientes términos:

«este Tribunal ha establecido que una interpretación literal, sistemática, teleológica y evolutiva respecto al alcance de su competencia permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante «Carta de la OEA»).

Asimismo, ha reconocido que los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento».

### 3. ELEMENTOS PARA UN ANÁLISIS DE LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Se ha ido consolidando, en síntesis, un cambio relevante: el de la justiciabilidad directa de los DESCAs. Como se mencionó al comienzo, el giro de la CorIDH produjo reacciones encontradas. Para algunos autores se trata de un paso correcto, e incluso podría haberse ido más allá<sup>19</sup>. Para otros, estamos ante una evolución perniciosa, que pone en riesgo la vigencia efectiva de aquello que precisamente pretende proteger: los derechos de la segunda generación<sup>20</sup>. Resta, quizá, la elaboración de una propuesta intermedia, que se haga cargo del paso que se dio y proporcione criterios o pautas que guíen su interpretación futura. En este epígrafe se procurará exponer algunas de las bases sobre las que esta propuesta podría tal vez asentarse. Se sugerirá, en concreto, prestar especial atención a dos aspectos de la teoría de los derechos: su identificación y su especificación.

#### 3.1. Cómo identificar un derecho fundamental, cómo identificar un derecho humano

Los derechos fundamentales cuentan con cinco mecanismos constitucionales específicos que los colocan en un lugar de privilegio.

En primer lugar, las constituciones y tratados se refieren a ellos afirmando que son «reconocidos» por la Constitución, y aparecen al comienzo de los textos, en un lugar eminente, de brillo especial: son la puerta de entrada al Estado constitucional. Este hecho genera algunos desafíos para la Filosofía del Derecho, en especial para el positivismo jurídico, sobre los que no corresponde tratar aquí<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> FERRER MACGREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.), *op. cit.*, *passim*; MORALES ANTONIAZZI, Mariela, RONCONI, Liliana y CLÉRICO, Laura (coords.), *op. cit.*, *passim*.

<sup>20</sup> GÓMEZ MONTORO, Ángel J., «La obsolescencia...» *op. cit.*, pp. 47-79; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI», *Revista da AJURIS*, 45 (144) (2018), pp. 529-555.

<sup>21</sup> HERVADA, Javier, «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho», *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 9, 1982, pp. 243-256; SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 356-376 y *passim*; ZAMBRANO, Pilar, «La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y

En segundo lugar, frente a la constatación de que la plena operatividad de los derechos fundamentales depende en buena medida de que se especifique o determine el destinatario de cada derecho y el deber jurídico que lo vincula con el titular, se protege a los derechos fundamentales reservando esa tarea de especificar o determinar al legislador: es el principio de reserva de ley, al que aluden tanto tratados como constituciones<sup>22</sup>.

La necesidad de que el legislador especifique o determine genera, sin embargo, el riesgo de que al hacerlo se extralimite. De concretarse, se afectaría el logro del fin que inspiró el sistema de derechos incorporado a la Constitución, puesto que su sentido inicial fue, precisamente, el de limitar (y orientar) al poder<sup>23</sup>. Si quien detenta el poder está habilitado para regular y la regulación no tuviera límites, no sería extraño que el ejercicio de la competencia en materia regulatoria diera lugar a abusos, a violaciones de los derechos que los privara de su sentido. Este peligro hizo nacer dos preguntas vinculadas: quién tendría competencia constitucional para corregir este desvío en caso de que se produjera, y cómo identificar una regulación aceptable constitucionalmente de un abuso. La primera respuesta se comenzó a elaborar a partir del célebre caso «Marbury v. Madison»<sup>24</sup> (SCOTUS, Marbury v. Madison, 1803). Con el tiempo, jueces pertenecientes al poder judicial o a un órgano de naturaleza extrajudicial consolidarían una competencia específica para decidir casos en los que se cuestionara la constitucionalidad de una regulación de los derechos reconocidos en la Constitución, y una tarea

---

transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial», en *Prudentia Iuris*, 94 (2022), pp. 309-344.

<sup>22</sup> ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, «Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral», en *Revista Chilena de Derecho*, 37-2, 2010, pp. 311-342. Por ejemplo, en el art. 30 de la Convención Americana se estableció lo siguiente: «Artículo 30. Alcance de las Restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas». En la OC 6/1986, solicitada por Uruguay, se estudió si: «la expresión leyes utilizada (en el artículo 30 de la Convención), en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal —norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución—, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico». La CorIDH sostuvo en su OC que: «la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes».

<sup>23</sup> ZAMBRANO, Pilar, «Comprender o interpretar el Derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto», en *Revista Chilena de Derecho*, 48 (2021), pp. 131-154.

<sup>24</sup> ARBALLO, G., «El bicentenario del control de constitucionalidad. John Marshall y la trastienda de Marbury v. Madison», E.D. 201-844.

también peculiar, a la que se denominó *judicial review* o control de constitucionalidad<sup>25</sup>. Se trata de los mecanismos constitucionales tercero y cuarto.

La segunda respuesta se desarrolló, también lentamente, en torno a las ideas de razonabilidad y de proporcionalidad<sup>26</sup>, y a la noción de contenido esencial<sup>27</sup>. Proporcionalidad o razonabilidad, y contenido esencial, operan como «límites de los límites». Es decir, como herramientas que emplea el juez para establecer si los límites a los derechos que crea el legislador para hacerlos plenamente operativos han sido o no una excusa para su violación. Si un límite viola uno u otro criterio (uno de los «límites de los límites») debe ser declarado inconstitucional. Este es el quinto mecanismo constitucional destinado específicamente a los derechos constitucionales.

Proteger de este modo a un conjunto de derechos deja ver con claridad su importancia para una plena vigencia de lo que en última instancia pretende el constitucionalismo en su conjunto: la limitación del poder, y torna especialmente relevante la pregunta siguiente: ¿qué derechos integran ese privilegiado conjunto?

La definición más obvia o evidente de derecho fundamental es la que remite al texto de la Constitución. Desde esta perspectiva, son derechos fundamentales aquellas pretensiones que vienen reconocidas como derechos en un texto constitucional. Hay derechos humanos que son derechos fundamentales, y derechos fundamentales que no son derechos humanos. Obviamente, sería deseable que todos los derechos humanos sean a la vez derechos fundamentales, y que el catálogo de los derechos fundamentales no sea mucho más extenso que el de los derechos humanos. Sin lo primero, el poder no quedaría debidamente limitado, como se pretende; sin lo segundo, se debilitaría la democracia, en la medida en que el reconocimiento de un derecho genera la imposibilidad de que el derecho que es su objeto sea afectado o alterado por las mayorías<sup>28</sup>, e incluso se debilitaría la tutela de los derechos: cuanto más numerosos, menos factible resulta brindarles una tutela diferente.

A partir de este razonamiento bastante obvio, la historia de las constituciones se divide en dos: un grupo de textos que no reconoce más derechos que los que aparecen

<sup>25</sup> BIANCHI, A., *Control de constitucionalidad*, segunda ed., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, *passim*.

<sup>26</sup> BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Universidad Externado de Colombia, 2014, *passim*; CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, segunda ed., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, cap. 1.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, *passim*; MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, *passim*.

<sup>28</sup> DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977, «Introduction», §4.

en él, y otro grupo que deja el catálogo abierto, con la posibilidad de su incremento si se dan determinadas condiciones.

La Constitución española es un ejemplo de *numerus clausus*. La Constitución estadounidense, en cambio, es un ejemplo inverso. Su enmienda IX se refiere de modo expreso a derechos no enumerados en el texto constitucional, pero que llegan a ser considerados constitucionales si se reúnen determinadas características<sup>29</sup>.

Hay una pregunta de fondo aún no respondida: ¿cuáles son los criterios de fondo que, por un lado, llevaron al constituyente a incluir los derechos en el *bill of rights*, y que, por otro, permitirían evaluar si hay derechos no incluidos que deberían haberse incluido o que, en el caso de constituciones con catálogo abierto, podrían ser incluidos? En mi opinión, la antigua distinción entre título, fundamento y medida de un derecho permite llegar a una conclusión interesante de cara dar con una respuesta a la pregunta planteada. Una de las notas que distingue a estos derechos de cualquier otro derecho es que respecto de ellos hay una identificación entre título y fundamento. Como ocurre con cualquier derecho, el fundamento que permite a alguien ser titular de un derecho humano es su condición de persona. En este caso, sin embargo, idéntica condición es el título concreto que le otorga ese derecho<sup>30</sup>. «La idea básica que preside la teoría de los derechos humanos es la de que éstos tienen su fundamento y su origen en el hombre mismo, no en una concepción de la sociedad. Si este punto de partida no se acepta, no puede decirse que se acepten tales derechos, sino otra cosa distinta, aunque se adopten la terminología, el número y el enunciado de los derechos humanos. Esta es la piedra de toque entre la verdadera concepción de los derechos humanos y sus sucedáneos filosóficos y políticos»<sup>31</sup>. El avance por este camino será un paso más hacia el establecimiento de un concepto.

El título es «aquello en lo que tiene su origen el derecho, esto es, lo que origina —la fuente— el dominio del sujeto sobre la cosa. Dicho de otro modo, el título es lo que atribuye la cosa al sujeto, aquello en cuya virtud la cosa es suya»<sup>32</sup>. La medida del derecho, en cambio, es «su caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca. Consiste en a): la delimitación de la cosa (sea corporal o incorporeal): su cantidad, cualidad, valor, naturaleza, etc.; b) de qué modo la cosa es del titular: como propieta-

<sup>29</sup> BARNETT, Randy E. «A Ninth Amendment for Today's Constitution», *Valparaiso University Law Review*, 26(1), 1991, pp. 419-435; LASH, Kurt. T., *The Lost History of the Ninth Amendment*, Oxford, OUP, 2013, *passim*; LEVINSON, Sanford, «Constitutional Rethoric and the Ninth Amendment», *Chi.-Kent L. Rev.*, 64, 1988, pp. 131-151.

<sup>30</sup> HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, 2004, p. 121. Sobre el pensamiento de J. Hervada, cfr.: SERNA, Pedro, «Esencia y fundamento del Derecho en el pensamiento de Javier Hervada», *Persona y Derecho* 86, 2022, pp. 45-77.

<sup>31</sup> Hervada, Javier y Zumaquero, José María, *Textos internacionales de derechos humanos (selección)*, Pamplona, Eunsa, 1978, p. 102.

<sup>32</sup> HERVADA, Javier, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 64.

rio, arrendatario, usuario o administrador, como primer titular o como delegado, etc.; c) facultades jurídicas que le competen; d) presupuestos de uso del derecho, etc. La medida del derecho abarca desde su conformación intrínseca hasta el conjunto de su regulación»<sup>33</sup>. Hervada señala que: «[n]o hay que confundir el título con el fundamento del derecho, pues son dos cosas distintas. El fundamento es aquello en cuya virtud un sujeto *puede* ser sujeto de derecho o de determinados derechos. El fundamento habilita para ser titular de un derecho, pero no lo otorga; en cambio el título otorga el derecho. Todo derecho se funda, en último extremo, en la condición de persona propia del hombre; pero puede haber un fundamento más próximo. Así los derechos políticos se fundan en la condición de nacional. Cuando se posee el fundamento no se posee por eso el derecho, si falta el título»<sup>34</sup>.

Esto último tiene, como se mencionó hace un momento, una excepción: el caso de los derechos humanos, en el que título y fundamento se identifican. Para explicarlo con un ejemplo: el derecho a asistir a un espectáculo teatral se origina, como todos los derechos, en un título; en este caso, la entrada. Este título no se confunde con el fundamento del derecho. Cualquiera que posea la condición de persona tiene en sí el fundamento que lo habilita para ser titular de un derecho, pero dicha condición no bastaría por sí sola, en el ejemplo, para pretender que se posee el derecho a ingresar al espectáculo teatral; se requiere, además, la entrada. De modo paralelo, carecería de derecho a ingresar al teatro un mono a quien su dueño hubiese atado al cuello una entrada, porque pese a tener físicamente adherido el título que otorga ese derecho no es apto para ser titular de ningún derecho: no es un sujeto digno, en el sentido que Kant supo darle a esta palabra.

Las cosas son diferentes, sin embargo, continuando con el ejemplo, si lo que está en juego es el derecho de alguien que asiste a un cine a no ser torturado o a no ser agraviado, o a expresarse: los sistemas jurídicos actuales reconocen que toda persona es titular de esos derechos con independencia de que tenga o no entrada. Su titularidad reside en la condición de persona de quien los ostenta. Este es el rasgo que permite distinguir a los derechos humanos del resto de los derechos, y que permite afirmar su universalidad: todos los seres dignos son titulares de derechos, y la existencia de límites para el catálogo de los derechos: no cualquier derecho es un derecho humano sino sólo aquel cuyo título es la condición de persona.

Esto último conduce a una conclusión respecto de los derechos con contenido patrimonial o en los derechos de ciudadanía: en términos generales no son derechos humanos (aunque puedan ser derechos fundamentales en aquellos sistemas jurídicos que los consagran como tales), porque en su caso el fundamento (la condición de persona) es distinguible con nitidez del título (lo que otorga el derecho en concreto no es la condición de persona, sino un título incluso físico: por ejemplo, la anotación en un

<sup>33</sup> *Ibid.* p. 66.

<sup>34</sup> *Ibid.* p. 65.



registro de la propiedad y/o su testimonio). El reconocimiento de estos derechos, por lo tanto, no es universal, ni entraña la protección absoluta de aquello que protegen.

Existe, sin embargo, una perspectiva de esos derechos y de los derechos económicos, sociales y culturales desde la que es posible afirmar que son en parte derechos humanos. Es la perspectiva que proporciona la constatación de que es necesario asegurar un mínimo vital en la disposición y uso de los bienes que constituyen los objetos de estos derechos. No hay un derecho humano a la propiedad de un bien concreto y determinado, pero sí lo hay a la propiedad de aquellos bienes que resulten indispensables para que la vida humana tenga viabilidad como tal: al mínimo vital, en definitiva, o aquello que se requiera para no recaer en la indigencia. Esto también es aplicable a la salud, o a la vivienda. En estos casos, la titularidad de los derechos requeridos para satisfacer ese mínimo vital y su fundamento es la condición de persona. Lo dicho no es aplicable de modo global a todos los derechos económicos, sociales y culturales, cuya heterogeneidad es notoria y ha dificultado una dogmática coherente y unitaria<sup>35</sup>.

### 3.2. La necesidad de especificar o determinar

Los derechos humanos son reconocidos a través de normas que tienen la estructura de principios. Son normas con dos términos: un sujeto y un objeto, los dos enunciados de modo amplio. Esta indeterminación es en muchos aspectos una ventaja: otorga a los principios una flexibilidad adecuada e incluso indispensable para su incorporación a los textos constitucionales en los que suelen estar insertados, que se elaboran y piensan para perdurar en el tiempo, con potencialidad para suscitar un consenso que trascienda generaciones<sup>36</sup>. Cuando los principios se encuentran recogidos en tratados, esa flexibilidad es incluso una cualidad más requerida, puesto que el consenso al que se apunta no sólo es diacrónico sino también sincrónico, abarcando a culturas diferentes.

El encargado de especificar o determinar los principios es el legislador. Esto fue reconocido desde los inicios del constitucionalismo a través de cláusulas como el art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn, el art. 53 de la Constitución española, o, mucho antes, el art. 28 de la Constitución argentina. Esta última norma es particularmente interesante<sup>37</sup>. Se estableció allí lo siguiente:

«Artículo 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

<sup>35</sup> Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro, «Los derechos económicos, sociales y culturales: posiciones para un diálogo», *Humana Iura*, 7 (1997), pp. 265-288.

<sup>36</sup> ETCHEVERRY, Juan B., «An approach to legal principles based on their justifying function», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 32 (2), 2019, pp. 321-342.

<sup>37</sup> Una exposición de algunos de los aspectos principales del texto en CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad (...)*, op. cit., cap. 1.

Se reconocen tres cosas: la primera es la necesidad de reglamentar el ejercicio de los derechos que se recogen en el *bill of rights* argentino<sup>38</sup>; la segunda es que el legislador se encargará de esa tarea; la tercera es que en la ejecución de esa tarea pueden haber «alteraciones al ejercicio» de los «principios, garantías y derechos» constitucionales. Esto último es inquietante, sin duda, y podría llegar a ocurrir al menos de dos modos: cuando el legislador reglamenta y altera el derecho, o cuando el legislador omite reglamentar el derecho y eso genera la imposibilidad de hacerlo efectivo.

¿Por qué este reparto competencial? ¿Por qué es el legislador el encargado de reglamentar, regular o limitar los derechos? Hay algunas razones que lo explican: a) en primer lugar, el legislador cuenta con una ventaja epistémica. El Congreso cuenta en general con una visión más amplia de los temas, funciona con comisiones y tiene personal de apoyo que facilita un estudio profundo; b) en segundo lugar, el Parlamento tiene una mayor legitimidad democrática de origen. Los jueces no son elegidos por voto directo, a diferencia de lo que ocurre con los legisladores, lo que hace que el seguimiento de sus decisiones sea una cuestión más de *auctoritas* que de *potestas*<sup>39</sup>; b) legitimidad democrática de ejercicio<sup>40</sup>.

¿Juegan igual estas razones en el caso de los derechos civiles y políticos que en el de los DESCAs? Hay razones a favor y en contra. A favor de una distinción se encuentra el hecho de que los DESCAs implican erogaciones de recursos más cuantiosas que los derechos civiles y políticos, al menos con carácter general. Si bien es cierto que todos los derechos tienen un costo, con independencia de la generación a la que pertenezcan<sup>41</sup> y que suponer que los derechos de la primera generación no lo tienen es una ficción o una ingenuidad, también lo es que los DESCAs implican siempre la adopción de políticas, de acciones concretas.

Más allá de lo anterior, resta para todos los casos la indagación acerca de qué hacer cuando el legislador no regula debiendo hacerlo, o emplea la regulación como excusa para un abuso de poder, para saltarse el límite que los derechos pretendieron en su momento trazarle. La respuesta, como es sabido, nos coloca nuevamente en el campo del Poder Judicial: son los jueces quienes mediante la *judicial review* controlan

<sup>38</sup> Lo establecido en el art. 28 se relaciona con lo que se dice en el comienzo del art. 14: «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (...)».

<sup>39</sup> DOMINGO, Rafael, *Teoría de la "auctoritas"*, Pamplona, Eunsa, 1999, *passim*.

<sup>40</sup> WEBBER, Grégoire; YOWELL, Paul; EKINS, Richard; KÖPCKE, Maris; MILLER, Bradley W.; URBINA, Francisco J., *Legislated Rights. Securing Human Rights Through Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, *passim*.

<sup>41</sup> HOLMES, S., & SUNSTEIN, Carl R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Igualitaria, 2011, pp. 53-106.

la regulación, limitación o reglamentación del legislador<sup>42</sup>. Ese control se desarrolla a través de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

En el caso que nos ocupa, el activismo de la CorIDH ha sido justificado por el propio tribunal en dos principios: el de interdependencia y el de indivisibilidad:

«los derechos humanos son interdependientes e indivisibles por lo que no es admisible la hipótesis de que los DESCAs queden abstraídos del control jurisdiccional de este Tribunal» (CorIDH 2022, párr. 57).

Son dos principios relacionados: aluden a que la vigencia de los derechos de primera generación depende y es indivisible de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hay, sin embargo, dos principios que el tribunal no ha tomado suficientemente en cuenta. Se trata del principio del mínimo vital<sup>43</sup>, ya mencionado, y del principio de reserva de lo posible<sup>44</sup>. No son principios novedosos. Ya en 1997 las Directrices de Maastrich de Naciones Unidas los apuntaban con bastante claridad:

<sup>42</sup> BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, *op. cit.*, *passim*.

<sup>43</sup> CALDERÓN NÚÑEZ, Angélica K, *Análisis de la política pública del mínimo vital de agua potable como derecho fundamental en Colombia*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2020, *passim*; DE CAMPOS-RUDINSKY, Thana C., «Global health rights in the inter-American court of human rights: On the doctrine of the minimum core obligations and a co-responsibility to care», en Ó NEILL, Clayton, FOSTER, Charles, HERRING, Jonathan, y TINGLE, John (eds.), *Routledge Handbook of Global Health Rights* (1st ed.). Routledge, 2021, cap. 5; FORMAN, Lisa; CARAOSHI, Luljeta; CHAPMAN, Audrey R.; LAMPREA, Everaldo, «Conceptualising Minimum Core Obligations under the Right to Health. How Should We Define and Implement the 'Morality of the Depths'?»», *The international journal of human rights* 20 (4), 2016, pp. 531-548; MONTEIRO PESSOA, Rodrigo, «La vulneración al mínimo vital en el sistema de seguridad social chileno», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 29 (2019), pp. 219-238; OBERARZBACHER DÁVILA, Franz Erwin, «La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(115) (2011), pp. 363-400; RESTREPO GUTIÉRREZ, Elizabeth; ZÁRATE YEPES, Carlos Alberto, «El mínimo vital de agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *Revista Opinión Jurídica*, 15 (29) (2015), pp. 123-140; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, «El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (1) (2021), pp. 629-656; UVAIS, N Nalakath, «The Minimum Core Obligations of the Right to Health», *The Ulutas Medical Journal*, 7 (4), 2021, pp. 217-219.

<sup>44</sup> PORTELLA, André Alves; MACIEL, Leonardo FERNANDES PURIDADE, «Reserva do Possível e Inclusão Social. Escassez dos recursos orçamentários e critérios de escolha dos Direitos Sociais a efetivar, à luz da crítica do valor», *Revista Juris Poiesis-Rio de Janeiro*, 23 (31) (2020), pp. 297-322; D'ÁVILA LOPES, Ana Maria; ROCHA DE LIMA, Gislene, «A aplicação do princípio da reserva do possível às empresas privadas delegatárias prestadoras de serviços públicos essenciais», *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 73 (2018), pp. 75-95; AFFONSO DA COSTA MOURA, Emerson; PEDROSA, Mateus, «Direito fundamental à saúde, reserva do possível e fornecimento de medicamentos: análise do julgado proferido no RE no 566.471 do Supremo Tribunal Federal», *Direitos Fundamentais & Justicia*, 41 (2019), pp. 241-261; PERLINGEIRO, Ricardo, «¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 16 (2) (2014), pp. 181-212; TRINDADE,

«Obligaciones mínimas esenciales 9. Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina »una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza.» Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

Disponibilidad de recursos 10. En muchos casos, la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de los recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, de conformidad con los Principios de Limburg 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales».

Uno y otro operan como límite de lo que es exigible (y directamente justiciable) por cada derecho económico, social y cultural en cuanto derecho humano. Ambos, sobre todo el segundo, obligan a prestar especial atención a las circunstancias concretas en las que esa pretensión se plantea.

Asimismo, debería a la vez atenderse al principio de subsidiariedad, muy conocido en Filosofía política y en Ciencia política<sup>45</sup>. Este principio incide en el problema que estamos estudiando en al menos dos direcciones. En primer lugar, en la relación entre los distintos órganos de gobierno de un Estado. Como se verá más adelante, el desarrollo de los derechos humanos en el interior de cada Estado es objeto del trabajo del Constituyente que los incorpora a la Constitución, del legislador que los regula y del juez que los interpreta a la luz de esa regulación. Hay una cadena de determinación en la que estos tres eslabones se conectan o vinculan. En segundo lugar, el principio de subsidiariedad también afecta la relación que se da entre los tribunales internacionales y los nacionales. Los tribunales internacionales no deben hacer nada de aquello que pueden hacer los nacionales, excepto incumplimiento.

---

Antonio César, *A cláusula da reserva do possível instrumento de efetivação dos direitos sociais: dimensões fática, jurídica e o princípio da proporcionalidade*, San Pablo, Dialética, 2021, *passim*.

<sup>45</sup> FØLLESDAL, Andreas, «Subsidiarity and international human-rights courts: Respecting self-governance and protecting human rights-or neither?», *Law and Contemporary Problems*, 79 (2) (2016), pp. 147-163.

Por último, no debe perderse de vista que la asunción por parte del poder judicial de la tarea de especificación o determinación puede debilitar el principio democrático: la definición de un derecho como «derecho humano» lo quita del elenco de asuntos que pueden debatirse y decidirse en el seno del Parlamento<sup>46</sup>, y el Estado de Derecho. La salud del Estado constitucional depende de que estos tres pilares se encuentren en un equilibrio razonable<sup>47</sup>.

¿Cómo conciliar estos principios en tensión? ¿Cómo ponderarlos? ¿Cómo asegurar que no se hace un uso ideológico de su contenido? Una vía que convendría explorar dentro del sistema interamericano es la que proporciona la doctrina del margen nacional de apreciación. Como es sabido, dentro del sistema interamericano la Corte no ha aceptado la existencia de un margen de apreciación, a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo (que cuenta, por otra parte, con una mención expresa a esta doctrina en el preámbulo del Convenio de Roma). La hipótesis que se propone es la conveniencia de una recepción robusta del margen. Es una hipótesis que se corresponde, por otro lado, con señales que aparecen en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana. En cada uno de los casos en los que el tribunal se expidió favorablemente sobre la ejecutabilidad directa lo hizo dejando pistas sobre el reconocimiento de un espacio de maniobra para el Estado afectado (la fundamentación de esta afirmación queda como tarea pendiente). Cabe agregar, sin embargo, que en las ya citadas Directrices de Maastrich se dice expresamente lo siguiente:

«Margen de discreción 8. Al igual que con los derechos civiles y políticos, los Estados cuentan con un margen de discreción en la selección de los mecanismos a usar para hacer efectivas sus respectivas obligaciones. Tanto la práctica de los Estados, como la forma en que las entidades internacionales de supervisión de tratados y los tribunales nacionales aplican las normas legales a casos y situaciones concretos, han contribuido a la evolución de normas mínimas universales y a una comprensión común acerca del alcance, la naturaleza y las limitaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. El que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales solo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible. Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos. Los Estados no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la «aplicación progresiva» del artículo 2 del Pacto como

<sup>46</sup> GARGARELLA, Roberto, *Crisis de la representación política*, Fontamara, 2002; GARGARELLA, R., «¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?», *Perfiles Latinoamericanos*, julio-dic. (28) (2006), pp. 9-32.

<sup>47</sup> WEBBER, Grégoire; YOWELL, Paul; EKINS, Richard; KÖPCKE, Maris; MILLER, Bradley W.; URBINA, Francisco J., *Legislated Rights*, op. cit., passim.

pretexto del incumplimiento. Del mismo modo, los Estados no pueden justificar la derogación o limitación de los derechos reconocidos en el Pacto en base a diferencias en las tradiciones sociales, religiosas o culturales».

El texto permite deducir que para los autores el reconocimiento del margen nacional de apreciación es más acuciante en los derechos económicos, sociales y culturales que en los derechos civiles y políticos. La razón es sencilla y ya fue expuesta: los DESCAs son derechos que comprometen el uso de recursos públicos de modo claro y profundo. Los riesgos de dejar en manos de los jueces el gobierno exclusivo del presupuesto son evidentes: se frustraría o deterioraría fuertemente la posibilidad de contar con un debate amplio y democrático acerca de cuestiones centrales para el desarrollo de la sociedad. Los jueces no representan las distintas concepciones comprensivas del bien que conviven en los Estados contemporáneos, ni cuentan con la posibilidad de conocer de modo más o menos completo el conjunto de necesidades a las que los Estados deben satisfacer, ni las circunstancias concretas que rodean a cada una de esas necesidades. Teniendo todo esto en cuenta, la deferencia hacia el Estado, por un lado, y hacia el legislador, por otro, debe orientar la interpretación de los principios que se examinaron precedentemente, y resulta clave para preservar el equilibrio entre el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

**LA AGENCIA INTENCIONAL PROSPECTIVA DE ALAN GEWIRTH  
COMO LÍMITE A LA PROLIFERACIÓN DE NUEVOS DERECHOS**

Noelia Martínez Doallo<sup>1</sup>

**1. INTRODUCCIÓN**

La expansión del lenguaje de los derechos viene precedida por una confusión referida a los conceptos empleados en los discursos moral, político y jurídico, respectivamente. A pesar de su evidente conexión, los elementos propios de cada uno de estos ámbitos presentan con frecuencia diferencias y matices relevantes con una repercusión a nivel conceptual, como así lo evidencia por ejemplo el elemento de la coerción, cuya intensidad varía considerablemente en atención al contexto de que se trate.

En el ámbito jurídico, el principio de seguridad jurídica ordena a los operadores con competencia en materia de elaboración e interpretación de las normas a realizar sus labores con suficiente claridad, de forma que los destinatarios de dichas normas puedan aprehender su contenido de manera razonablemente clara y precisa, evitando en lo posible la confusión e incerteza. No obstante, la promiscuidad en el uso de determinados términos, como es el caso de los derechos, desdibuja cuando no deforma por completo el concepto subyacente, albergando multitud de interpretaciones y, por los que se refiere a los derechos, la reclamación de todo tipo de pretensiones con independencia de su fundamento racional.

El primer paso para la clarificación del lenguaje normativo en general pasa por distinguir y acotar adecuadamente los conceptos morales que frecuentemente sirven de fundamento al discurso jurídico, pues estos últimos gozan de un estatus ostensiblemente diferenciado. Además, en el discurso político y mediático se observa un uso interesado de dichos conceptos con propósitos que distan de las intenciones que se les

<sup>1</sup> Investigadora Postdoctoral, Zukunftskolleg, Universität Konstanz (Alemania). ORCID: 0000-0003-4323-3974. Correo electrónico: noelia.1987@live.com

han de presuponer a quienes ejercen poderes y funciones públicas de manera legítima, a saber: la búsqueda de la justicia y el bien común.

Por lo que se refiere a los llamados derechos humanos, estos presentan una naturaleza híbrida moral y jurídica, lo que ha llevado a una clasificación confusa, cuando no directamente equivocada, de las normas jurídicas que los positivizan. Al margen de cuestiones taxonómicas, resulta evidente que no cualquier pretensión de los sujetos goza de la consideración de derecho moral, sino que tales reclamaciones deben estar sujetas a ciertos límites racionales.

Aunque GEWIRTH reconoció una dimensión jurídica de los derechos humanos, los concibió principalmente como «requisitos morales justificados» dotados de una existencia independiente de su reconocimiento social o su garantía jurídica. Para GEWIRTH, el sentido más relevante de la existencia de los derechos humanos es la justificación moral normativa, al considerar que existen razones morales indiscutibles que fundamentan los requisitos morales que componen la naturaleza de los derechos humanos, tales como que todos los seres humanos pueden reclamar justificadamente las condiciones necesarias para el ejercicio de su agencia intencional<sup>2</sup>.

GEWIRTH no solo ofreció una justificación lógica acerca de la igual titularidad de estos derechos morales por todos los seres humanos, sino que su explicación también permite restringir el contenido de los derechos humanos a los bienes necesarios para la agencia intencional, lo que podría servir a la contención de su expansión indiscriminada. GEWIRTH trató de justificar racionalmente un principio moral sustantivo que derivó de la naturaleza de la acción humana. En este sentido, por el mero hecho de involucrarse en la acción, todo agente está lógicamente comprometido a aceptar ciertos juicios evaluativos y deónticos y, en última instancia, un principio moral supremo: el principio de coherencia genérica (PCG), que requiere del agente el reconocimiento de las condiciones necesarias para la acción de los destinatarios de sus actos, así como para la suya propia<sup>3</sup>.

## 2. LA ACCIÓN HUMANA COMO EL CONTEXTO RACIONAL DE LA MORALIDAD

La moralidad se refiere al conjunto de requisitos categóricamente obligatorios que dirigen las acciones de los agentes. Estas acciones se orientan a la promoción de los intereses más importantes de todas las personas, y no solo del agente o hablante. La moralidad puede diferir en función de los intereses considerados importantes y merecedores de promoción, pero todos los preceptos morales se refieren a la acción humana, al establecer cómo las personas deben comportarse para con los demás, por lo que los

<sup>2</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology of Human Rights», *Social Philosophy and Policy*, 1-2 (1984), p. 3.

<sup>3</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and Morality*. Chicago, University of Chicago Press, 1978, p. x.



preceptos morales son fundamentalmente prácticos. Por consiguiente, cabe concluir que la acción humana es la principal variable independiente en cuestiones de moralidad<sup>4</sup>.

Aunque considerar la acción como variable independiente ataja los conflictos entre distintos sistemas de valores, no proporciona la justificación de un principio frente a sus competidores, pues si la acción humana constituye la variable independiente de toda la moralidad, entonces esta deberá ajustarse a todos los principios morales disponibles. Para solucionar este inconveniente, GEWIRTH recurrió a la estructura normativa de la acción, que contiene ciertos juicios evaluativos y deónticos efectuados por los agentes acerca de bienes y derechos. Cuando estos juicios se ajustan a ciertos requisitos racionales moralmente neutrales, entonces constituyen un determinado principio moral supremo que no puede ser negado por ningún agente sin autocontradicción, ya que su negación carece de justificación racional<sup>5</sup>.

GEWIRTH usó los conceptos de razón y moralidad en un sentido moralmente neutral. «Razón» hace referencia a la lógica deductiva e inductiva, mientras que «moralidad» constituye tanto el elemento formal de los requisitos categóricamente obligatorios de la acción, como el elemento material referido a la consideración de los intereses ajenos<sup>6</sup>.

La justificación definitiva de un principio moral supremo debe proporcionar una respuesta determinada y concluyente sobre por qué debemos actuar conforme a la moralidad (pregunta autoritativa), qué otros intereses deben ser considerados por el agente además de los propios (pregunta distributiva), y qué intereses son buenos o constituyen bienes importantes (pregunta sustantiva). GEWIRTH obtiene estas respuestas aplicando la razón al concepto de acción, representando este último el fenómeno del comportamiento humano voluntario e intencional. Para GEWIRTH, el análisis racional del concepto de acción es condición necesaria y suficiente para resolver estas preguntas.

Junto con la acción, la moralidad deductiva también sirve como variable independiente para la justificación del principio moral supremo. La respuesta a la pregunta autoritativa pasa por demostrar la necesidad lógica de un principio moral supremo cuya negación sea autocontradictoria. Dado que el principio afirma que ciertas acciones deben realizarse, la constatación del principio como necesariamente verdadero proporciona una justificación concluyente para la realización de los tipos de acción prescritos. La misma razón que respalda esta creencia también justifica la actuación en tal sentido, de manera que los principios de necesidad normativa se derivan de su necesidad lógica, que solo puede establecerse mediante razonamiento deductivo<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> GEWIRTH, Alan, «The Basis and Content of Human Rights», en J.R. Pennock y J.W. Chapman (eds.), *Human Rights: Nomos XXIII*, New York, New York University Press, 1981, p. 124. GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, p. 14.

<sup>5</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, p. 12.

<sup>6</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 24.

Las conclusiones morales derivan de una proposición o principio necesariamente formal y verdadero. Si el principio moral supremo equivale a una justificación necesariamente verdadera obtenida deductivamente, entonces su derivación a partir de varias premisas no es suficiente, sino que estas deben ser materialmente necesarias, esto es, formales, meramente contingentes y sustantivas. Los desacuerdos morales solo pueden resolverse si las obligaciones morales están basadas en contenidos necesarios. Los contenidos variables dependen de deseos y opiniones individuales, lo que impide una conclusión definitiva acerca de las creencias morales. La determinación del principio moral correcto requiere la adopción de una perspectiva que supere elementos variables y se centre en los requisitos morales. Este punto de vista debe presentar una forma y contenido racionalmente necesarios<sup>8</sup>.

A juicio de GEWIRTH, el contenido necesario de la moralidad reside en la acción y sus rasgos genéricos. Dado que todos los preceptos morales se ocupan directa o indirectamente de cómo las personas deben actuar, la moralidad versa sobre la acción humana. Aunque preceptos diferentes demandan modos de actuación diferentes, todos los preceptos morales presuponen dos rasgos genéricos comunes a toda acción humana: voluntariedad e intencionalidad. Las acciones son voluntarias y libres porque los agentes controlan o pueden controlar su comportamiento mediante su elección no forzada y conocen las circunstancias relevantes que la rodean. Asimismo, las acciones de los agentes son deliberadas e intencionales, pues se dirigen a la obtención de algún fin, objetivo o propósito que constituye la razón por la que actúan. De la misma forma que la acción proporciona el contenido necesario de la moralidad, los rasgos genéricos de la acción delimitan el contenido necesario de toda acción<sup>9</sup>.

Voluntariedad e intencionalidad agotan los rasgos genéricos de la acción. El rasgo de la voluntariedad indica un aspecto procesal de las acciones al referirse a cómo estas son controladas en tanto que procesos en curso, así pues, se refiere a los medios y comprende su causación por el agente. Además de un aspecto procesal, el rasgo de la intencionalidad también incluye un aspecto sustantivo referido al bien que el agente persigue. Otros candidatos a los rasgos genéricos de la acción (como la adhesión a reglas y principios, deliberación o cálculo de consecuencias, etc.) no caracterizan a todas las acciones, o se derivan de o son subsumibles en los rasgos antes señalados<sup>10</sup>.

El modo en que estos rasgos determinan los requisitos de corrección moral supone una transición desde los rasgos genéricos de la acción (ser) a los principios y reglas morales (deber ser). La acción presenta una estructura normativa gracias a sus rasgos genéricos, ya que a toda acción subyacen de manera lógica ciertos juicios evaluativos

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 25.

<sup>9</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, pp. 26–27. GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, p. 14.

<sup>10</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, p. 45.

y deónticos de los agentes. Cuando estos juicios están sujetos a ciertos requisitos racionales, un principio moral normativo deriva lógicamente de estos: por el mero hecho de ser agente intencional prospectivo, este debe admitir, a riesgo de autocontradecirse, que debe actuar de una determinada manera.

De este modo, la acción proporciona una base objetiva para determinar la verdad o corrección de juicios o normas morales y afirmaciones o leyes empíricas. En virtud de sus rasgos genéricos y estructura normativa, la acción implica ciertos requisitos para los agentes, siendo los juicios morales correctos en tanto que se correspondan con tales requisitos y, por consiguiente, con la estructura normativa de la acción<sup>11</sup>.

### 3. EL MÉTODO DIALÉCTICAMENTE NECESARIO

Como ya se ha avanzado, GEWIRTH sostuvo que ciertos juicios, en una cierta secuencia de argumentación, son necesariamente atribuibles a todo agente racional. El método dialécticamente necesario (MDN) muestra como el argumento a partir de los rasgos genéricos de la acción hasta el principio moral supremo debe ser necesariamente aceptado. Este método es «dialéctico» porque parte de afirmaciones presentadas como efectuadas o aceptadas por el agente, y es «necesario» en tanto que tales afirmaciones deben realizarse o aceptarse por todos los agentes en virtud de los rasgos genéricos de la acción y su estructura necesaria.

El método dialéctico se diferencia del asertórico en que este último se refiere al juicio en sí mismo, mientras que el dialéctico se compromete a determinar aquello que está necesariamente implicado en la perspectiva del agente, de manera que es relativo al agente, aunque necesario en virtud de los rasgos genéricos de la acción y su análisis racional. Las afirmaciones que el MDN atribuye al agente se presentan como necesarias en que reflejan aquello que es conceptualmente necesario para ser un agente que actúa libre y voluntariamente con vistas a los propósitos que pretende alcanzar. De este modo, el MDN combina aspectos demostrativos y apodícticos con el razonamiento dialéctico y su necesidad refleja la naturaleza esencial de la acción<sup>12</sup>.

El MDN proporciona un argumento con una «proposición dialécticamente necesaria» que establece que todo agente debe lógicamente afirmar o aceptar que él y todos los demás agentes intencionales ostentan los derechos genéricos. La referencia a los agentes y a sus reivindicaciones no elimina el rigor de los derechos o el valor categórico del principio moral que los justifica. Si se acepta que la agencia es el contexto próximo general de toda la moralidad y la práctica, cualquier cosa que sea justificada en el contexto de la agencia también será necesaria para la moralidad, y lo que debe ser lógicamente aceptado por todos los agentes está necesariamente justificado en el

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 26.

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 45.

contexto de la agencia. En este contexto, el principio moral que establece que todas las personas tienen derechos humanos de manera igualitaria puede afirmarse tanto de manera asertórica, es decir, que es el caso, como dialéctica<sup>13</sup>.

El MDN facilita ciertas inferencias que no serían válidas al margen de la perspectiva conativa en primera persona del agente. El agente cree que su propósito es bueno, y esto es lo que precisamente estipula la perspectiva en primera persona del MDN. La evaluación contenida en el consecuente «E es bueno» no se justificada adecuadamente por la mera afirmación de que alguien realiza una acción intencional, salvo que dicha afirmación sea realizada por el propio agente. En este sentido, la evaluación contenida en el consecuente deriva de que se trata de un propósito conativamente adoptado.

El argumento de GEWIRTH se restringe a aquello que todo agente está lógicamente y racionalmente legitimado a reclamar desde su perspectiva conativa en la acción intencional. No obstante, la moralidad es un ámbito de gran desacuerdo. Para resolver estos conflictos de manera racional, GEWIRTH recurrió a un contexto lógicamente vinculante para todos los agentes: la acción. Todos los agentes están involucrados en dicho contexto por lo que, si existen juicios prácticos que deben ser aceptados de manera lógica por todos los agentes en virtud de su propia perspectiva referida a la acción intencional, estos podrán ofrecer una base sólida y racionalmente indispensable para la evaluación de juicios más amplios o acciones que el agente podría aspirar a realizar.

Por todo lo anterior, el MDN facilita criterios válidos para la acción moral correcta que todo agente debe aceptar a riesgo de autocontradecirse, al servir como estándar de segundo orden para la evaluación de las diversas reglas o normas que los agentes pueden mantener. Si ciertas respuestas sustantivas a preguntas morales son tan concluyentes que de su negación o rechazo deriva incoherencia lógica, ello proporciona un argumento definitivo a favor de dichas respuestas como correctas y de las contrarias como incorrectas<sup>14</sup>.

#### 4. LOS BIENES NECESARIOS PARA LA ACCIÓN: LIBERTAD Y BIENESTAR

A partir de un análisis lógico de la acción y sus rasgos genéricos, GEWIRTH concluyó que la intencionalidad que promueve la acción permite sostener un juicio de valor implícito del agente acerca de la bondad, al menos instrumental, del propósito por el que actúa y de los bienes que pretende alcanzar. A fortiori, esta evaluación positiva del agente se extiende a los rasgos genéricos de la acción que, en la tesis de GEWIRTH, se constituyen como bienes genéricos, respondiendo así a la pregunta sustantiva. Estos bienes son generalmente compartidos por todos los agentes intencionales y son «genéricos» en tanto que caracterizan a todas las acciones o, al menos, a todas las acciones

<sup>13</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, pp. 20–21.

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 22.

fructuosas. Además, son «necesarios» en un sentido racional invariable, al circunscribirse a los requisitos derivados de aquellas condiciones que todo agente debe aceptar como necesarias para ejercitar su agencia intencional<sup>15</sup>.

El agente considera como un bien necesario la voluntariedad o libertad que caracteriza a su acción, pues sin ella no podría actuar con vistas a la obtención de sus propósitos. La libertad se refiere al control del agente sobre su propio comportamiento que ejercita mediante la elección no forzada y el conocimiento de las circunstancias relevantes. Por ende, incluye la esfera de autonomía y privacidad en la que el sujeto es libre de toda injerencia ajena, a salvo de su capacidad para consentir intrusiones<sup>16</sup>. Con todo, las personas continúan siendo agentes aun cuando renuncian intencionalmente al control sobre sus conductas, y son al menos agentes prospectivos en tanto en cuanto la posibilidad de recuperarlo permanece bajo su control disposicional<sup>17</sup>.

El agente también valora su intencionalidad genérica como un bien necesario que, desde la perspectiva del agente racional, abarca tres tipos de bienes. El primer tipo viene constituido por los bienes básicos, entendidos como aspectos esenciales del bienestar y precondiciones próximas necesarias de cualquier acción, a saber: vida, integridad física y equilibrio mental. En segundo lugar, los bienes no-sustraibles se refieren al mantenimiento de las habilidades y condiciones requeridas para la persecución y cumplimiento de los propósitos del agente, así como de capacidades para acciones concretas. Por último, los bienes aditivos o cumulativos son condiciones necesarias para el incremento del nivel de cumplimiento de propósitos y capacidades para acciones concretas<sup>18</sup>.

Dado que el agente considera la libertad y el bienestar como bienes constitutivos de los rasgos genéricos de su acción fructuosa, este debe lógicamente afirmar que ostenta derechos a tales rasgos genéricos, efectuando así una reclamación implícita de derechos. En este sentido, la acción tiene una estructura deóntica y evaluativa. Gracias a su estructura deóntica, la acción no solo comprende el juicio evaluativo del agente acerca de la consideración de la libertad y el bienestar como bienes necesarios, sino que también incluye el juicio deóntico acerca de sus derechos a estos rasgos genéricos de la acción, lo que equivale a reclamar los derechos genéricos a la libertad y al bienestar<sup>19</sup>.

## 5. LA CONEXIÓN LÓGICA ENTRE BIENES Y DERECHOS

Para GEWIRTH, la adscripción y contenido de los derechos humanos se desprende de esta consideración de la libertad y el bienestar como bienes necesarios para la acción.

<sup>15</sup> GEWIRTH, Alan, «The Basis...», *op. cit.*, p. 126.

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 135.

<sup>17</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, pp. 53–54.

<sup>18</sup> *Ibid.* pp. 54–55. *Vid.* también GEWIRTH, Alan, «The Basis...», *op. cit.*, p. 134.

<sup>19</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, pp. 64–65.

La idea central planteada es que, una vez realizadas ciertas precisiones, existe una relación lógica entre bienes necesarios y derechos.

Antes de derivar derechos a partir de los bienes genéricos, GEWIRTH descartó intereses y necesidades como posible fundamento de estos derechos. Por lo que se refiere a los intereses, estos son demasiado contingentes y variables. Los derechos implican una necesidad normativa, constatable a partir de la correlatividad entre derechos y deberes estrictos. Estos deberes estrictos evidencian una necesidad normativa al establecer ciertas conductas como debidas, mientras que los derechos expresan aquello que es debido a una persona y exigible al resto. Aunque esta necesidad normativa es un componente esencial en la adscripción de derechos, no es suficiente para fundamentarla<sup>20</sup>.

Las necesidades tampoco permiten derivar derechos. Que algo sea necesario para alguien solo indica la presencia de una necesidad, pero no fundamenta que ese algo le sea debido y pueda reclamarlo, es decir, no fundamenta la titularidad. Los derechos no solo implican deberes o necesidades normativas sino también la idea de titularidad. En este sentido, los juicios sobre derechos son prescriptivos al promover la obtención de algo por el titular. Sin embargo, que algo sea necesario para alguien no supone inevitablemente una prescripción<sup>21</sup>.

La posibilidad de reclamación tampoco sirve como fundamento de los derechos, ya que se pueden tener derechos sin necesidad de reivindicarlos y la mera reclamación no basta para justificar su titularidad. No obstante, es posible y lógicamente necesario deducir que todos los agentes racionales deben afirmar que tienen derecho a las condiciones próximas necesarias para la acción. Aunque pueden existir diversos derechos morales, solo aquellos que puedan ser universalmente distribuidos entre todos los seres humanos son propiamente «derechos humanos» y responden a la pregunta distributiva<sup>22</sup>.

Para poder derivar de manera lógica derechos a partir de los bienes necesarios para la acción, ambos conceptos han de formularse mediante juicios del propio agente de acuerdo con el MDN, que requiere que los juicios sobre bienes necesarios y derechos sean realizados desde la perspectiva interna conativa del propio agente en la acción intencional<sup>23</sup>. Tal y como se ha avanzado, por el mero hecho de involucrarse en la acción, el agente racional acepta implícitamente un cierto juicio de valor acerca de la bondad de los propósitos por los que actúa, lo que salva el salto del hecho al valor<sup>24</sup>.

El agente racional considera como bienes necesarios aquellas condiciones próximas indispensables para su acción orientada a la obtención de sus propósitos. Si el

<sup>20</sup> GEWIRTH, Alan, «The Basis...», *op. cit.*, p. 126.

<sup>21</sup> *Ibid.* p. 127.

<sup>22</sup> GEWIRTH, Alan, «The Basis...», *op. cit.*, p. 120.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 128.

<sup>24</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, pp. 14–15.

agente promueve ciertos propósitos, entonces deberá considerar como bienes necesarios aquellas condiciones ineludibles para su obtención. En este punto, el criterio del agente es meramente prudencial, pues solo se basa en sus necesidades orientadas al cumplimiento de sus propósitos. No obstante, de ello puede seguirse lógicamente una reclamación dirigida a los demás, esto es, una solicitud de no injerencia o incluso de ayuda.

Si el agente niega sus derechos a la libertad y al bienestar, estará asimismo negando que los demás deban, al menos, abstenerse de interferir. En tal caso, el agente se contradice a sí mismo, pues libertad y el bienestar son precondiciones normativas para su acción fructuosa. Dado que libertad y bienestar son necesidades genéricas para la acción, de ellas derivan derechos genéricos. Sin embargo, tales derechos todavía no son morales, sino solo prudenciales.

Para que estos derechos sean morales y humanos, se ha de demostrar que todos los agentes deben lógicamente admitir su titularidad universal. Según GEWIRTH, solo existe un presupuesto que todo agente debe lógicamente aceptar como condición suficiente para justificar la titularidad de los derechos genéricos: «el agente intencional prospectivo tiene propósitos que desea alcanzar». Así pues, ser agente intencional prospectivo es razón necesaria y suficiente para ostentar los derechos genéricos<sup>25</sup>.

Los derechos genéricos son morales porque requieren que todo agente considere también aquellos intereses basados en las condiciones generales para la agencia de los demás. Puesto que la agencia es el contexto general próximo de toda la moralidad y la práctica, cualquier actuación necesaria para la agencia es también necesaria en términos morales. Y aquello que deba ser lógicamente aceptado por todos los agentes, estará necesariamente justificado en el contexto de la agencia. Dado que todos los agentes deben lógicamente aceptar que tienen derecho a la libertad y al bienestar, su reconocimiento es moralmente necesario. El PCG es el principio moral supremo porque sus requisitos interpersonales no pueden ser racionalmente inobservados por ningún agente, ya que la razón por la que reclama su derecho a los bienes necesarios para la acción pertenece igualmente a todos los demás agentes.

Los derechos genéricos son también humanos, pues todo ser humano es un agente intencional prospectivo en algún grado, ya sea actual o potencial. Los derechos genéricos son humanos en tanto que se fundamentan en un criterio o principio moral válido: «actúa de acuerdo con los derechos genéricos de los demás igual que con los tuyos». Este es el PCG de GEWIRTH, que combina una consideración formal de coherencia con otra material propia de los rasgos genéricos de la agencia. Al promover los bienes de todos los agentes intencionales prospectivos, estos derechos ya son morales, siendo la

<sup>25</sup> Este es el 'argumento a partir de la suficiencia de la agencia' (*argument from the sufficiency of agency*). GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, p. 110. *Vid.* también GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, p. 16.

titularidad universal de los derechos genéricos el requisito moral más importante del PCG<sup>26</sup>.

Además de humanos, estos derechos son genéricos porque se refieren a las condiciones necesarias para la acción. Esta constatación descansa parcialmente en el presupuesto de que para tener un derecho a algo se debe poder tener o hacer ese algo, por lo que la asignación de derechos deberá adecuarse a las capacidades del agente en cuestión. No obstante, esta última consideración no elimina la universalidad en la atribución de los derechos, sino que simplemente trata de adecuar dicha titularidad a la agencia y, por consiguiente, a la práctica<sup>27</sup>.

Podría parecer que esta explicación del PCG a partir de la acción implica una concepción fundacionalista, en tanto que el argumento comienza con una afirmación atribuible a cualquier agente intencional basada en la consciencia de sus acciones, para concluir con la afirmación de que todos los agentes tienen ciertos derechos y deberes correlativos. Sin embargo, el argumento de GEWIRTH no parte de juicios morales variables, sino de afirmaciones apuntaladas en las características genéricas de la acción intencional que todos los agentes han de aceptar. Por consiguiente, su argumento no es fundacionalista al no basarse en afirmaciones morales o evaluativas autojustificativas o autoevidentes<sup>28</sup>.

El PCG permite mantener la razón en la base del fundamento de los derechos humanos, de modo que la normatividad y obligatoriedad de estos derechos es categórica y prevalece sobre los contenidos variables de las costumbres sociales y el Derecho positivo. La existencia de los derechos humanos depende de la existencia de ciertas razones morales justificativas, pero la existencia de estas razones no depende de su establecimiento explícito. Así pues, en el planteamiento de GEWIRTH las razones morales no son creadas o inventadas sino descubiertas, y su ignorancia no supone su inexistencia<sup>29</sup>.

## 6. EL ARGUMENTO DE GEWIRTH

El argumento de GEWIRTH acerca de la titularidad universal de los derechos genéricos y el PCG transcurre a través de una progresión lógica de 14 pasos. Los primeros 9 pasos establecen que todo agente debe afirmar o aceptar que tiene derechos a la libertad y al bienestar en tanto que condiciones necesarias para su acción intencional. Si el agente negara que tiene estos derechos, entonces estaría aceptando que los demás pueden eliminar o interferir con su libertad y bienestar. Sin embargo, ello equivaldría a contradecir su agencia intencional y, por consiguiente, a la irracionalidad.

<sup>26</sup> GEWIRTH, Alan, «The Basis...», *op. cit.*, p. 131. GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, p. 18.

<sup>27</sup> GEWIRTH, Alan, «The Basis...», *op. cit.*, p. 134.

<sup>28</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, pp. 13–14.

<sup>29</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, pp. 4–3.



Cuando un individuo A, en tanto que agente intencional prospectivo, realiza una acción, parece hacerlo diciendo o pensando (1) «hago X en atención al propósito E», donde «E» representa algo que el agente persigue voluntariamente, de modo que considera la obtención de E lo suficientemente valiosa como para pasar de la quiescencia a la acción.

Desde la perspectiva del agente, (1) implica (2) «E es algo bueno», es decir, «E es algo bueno para el agente A», sin que sea indispensable que este merecimiento sea moral. En el contexto de la acción, el salto del hecho al valor está salvado: por el mero hecho de involucrarse en la acción, todo agente debe aceptar un cierto juicio de valor acerca de la bondad o mérito del propósito por el que actúa<sup>30</sup>.

De (2) el agente deriva (3) «mi libertad y bienestar son bienes necesarios», es decir, (4) «debo poseer libertad y bienestar». Este «deber» constituye un requisito práctico-prescriptivo expresado por el propio agente, en tanto que poseedor de las condiciones necesarias para la acción.

De (4) se sigue (5) «tengo derecho a la libertad y al bienestar». Dada la correlatividad entre derechos y deberes estrictos, si el agente negara (5) también estaría negando (6) «todas las demás personas deben, al menos, abstenerse de eliminar o interferir con mi libertad y bienestar». Y, al negar (6), el agente deberá aceptar (7) «no es el caso que todas las demás personas deban, al menos, abstenerse de eliminar o interferir con mi libertad y bienestar».

Al aceptar (7), el agente debe asimismo aceptar (8) «las demás personas pueden (es decir, resulta permisible que otras personas puedan) eliminar o interferir con mi libertad y bienestar». Y, al aceptar (8), el agente debe aceptar (9) «puedo no tener (es decir, es permisible que yo no tenga) libertad y bienestar».

Sin embargo, todos los agentes racionales deben ineludiblemente aceptar (4) «debo tener libertad y bienestar» y, por consiguiente, rechazar (9) «puedo no tener libertad y bienestar». En tanto que (9) se deriva de la negación de (5) «tengo derecho a la libertad y al bienestar», todo agente deberá rechazar (9) porque debe lógicamente aceptar (5) «tengo derecho a la libertad y al bienestar»<sup>31</sup>.

Por ahora, el argumento solo se refiere a las necesidades del propio agente en la persecución de sus propósitos y, por lo tanto, constituye un criterio puramente prudencial. Para ser moral, el argumento debe avanzar. En los pasos 10 a 14, el agente debe lógicamente aceptar que todos los demás agentes intencionales prospectivos tienen los mismos derechos a la libertad y bienestar que este reclama para sí. Estos derechos ya son morales porque el argumento incorpora un elemento material acerca de intereses diferentes de o además de los del agente-hablante.

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 15.

<sup>31</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, caps. 1–3. Para un resumen del argumento, *vid.* GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, pp. 14–16.

De acuerdo con la primera parte del argumento, A debe afirmar (10) «tengo derecho a la libertad y bienestar porque soy un agente intencional prospectivo». Si A rechaza (10), pero mantiene que ostenta los derechos genéricos en virtud de una característica más restrictiva (R), entonces estará afirmando (11) «tengo derecho a la libertad y bienestar porque soy R». En tal caso, A se contradice al afirmar que podría no tener los derechos genéricos a pesar de ser un agente intencional prospectivo: (12) «no tengo derecho a la libertad y al bienestar». Dado que la acción es la invariable independiente en cuestiones de moralidad, ser un agente intencional prospectivo es una condición justificativa suficiente y necesaria para tener los derechos genéricos para la acción.

Así pues, A debe aceptar (10) y, por consiguiente (13) «todos los agentes intencionales prospectivos tienen derecho a la libertad y bienestar». Puesto que todas las demás personas son destinatarios actuales o potenciales de las acciones del agente, todo agente debe aceptar (14) «debo actuar de acuerdo con los derechos genéricos de los demás, así como con los míos»<sup>32</sup>.

## 7. VIABILIDAD DEL ARGUMENTO

GEWIRTH enumeró 12 condiciones que configuró como requisitos mínimos para evaluar la viabilidad de cualquier argumento que pretenda fundamentar derechos, a saber<sup>33</sup>:

1. Ha de ofrecer un argumento.
2. Debe estar determinado.
3. Debe ser suficiente.
4. Ha de emplear premisas igualitarias adecuadas.
5. Ha de realizar una derivación lógica del deber ser a partir del ser.
6. Ha de justificar racionalmente el criterio de relevancia empleado.
7. Ha de ser aceptado necesariamente por todas las personas racionales.
8. Ha de explicar adecuadamente el objeto de los derechos.
9. Ha de justificar sus premisas.
10. Ha de ser veraz.
11. No puede ser circular.
12. Ha de proporcionar una referencia empírica.

GEWIRTH sometió su propio argumento acerca de la adscripción de derechos genéricos al test de viabilidad proporcionado por estas 12 condiciones. GEWIRTH alegó que su tesis proporciona un argumento de manera expresa, por lo que consideró redundante probar tal condición. En cuanto a las restantes 11 condiciones, sostuvo que su

<sup>32</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, pp. 16–18

<sup>33</sup> *Ibid.* p. 10.

argumento es capaz de satisfacerlas y para demostrarlo agrupó su explicación en cuatro bloques<sup>34</sup>:

I. Por lo que se refiere a la provisión de premisas justificadas, veracidad y referencia empírica, estas condiciones son satisfechas porque el argumento parte de agentes actuales y empíricamente diferenciables, que persiguen sus propósitos y conocen las circunstancias relevantes de sus acciones.

II. La provisión de premisas igualitarias adecuadas y justificación racional del criterio de relevancia son satisfechas porque lo relevante para la reivindicación de derechos es la igualdad de todos los agentes, pues todos ellos poseen propósitos que tratan de alcanzar a través del ejercicio de su agencia intencional.

III. Las condiciones de no-circularidad y derivabilidad lógica del deber ser a partir del ser también son satisfechas porque la reivindicación de derechos y deberes correlativos se deduce lógicamente del hecho de ser un agente intencional, si bien la agencia no ha sido definida a partir de la reivindicación o posesión de derechos. El argumento de GEWIRTH consigue evitar el problema de la derivación de los derechos a partir de los hechos, pues el MDN le permite mantenerse dentro de los parámetros de los hechos referidos a los juicios acerca de los bienes y derechos necesarios para el agente<sup>35</sup>.

IV. Finalmente, en lo que respecta a las condiciones de determinación, suficiencia, aceptabilidad racionalmente necesaria por todos los agentes y provisión de una explicación adecuada del objeto de los derechos, el argumento de GEWIRTH está suficientemente determinado porque sus premisas parten de una constatación lógicamente irrefutable: el agente tiene propósitos de desea alcanzar y que dirigen su actuación. Además, ha de ser racionalmente aceptado por todos los agentes intencionales, a riesgo de autocontradecirse, pues la razón por la que reclaman sus derechos corresponde igualmente a todos los demás agentes intencionales prospectivos. Por último, el objeto de los derechos está constituido por las condiciones necesarias para la agencia.

## 8. OBJECIONES

La tesis de GEWIRTH ha sido objeto de crítica a varios niveles. Mientras que algunas de estas objeciones han sido resueltas por el propio GEWIRTH o sus seguidores, otras presentan cuestiones que directamente desplazan el debate fuera de los parámetros racionalistas asumidos por GEWIRTH, al radicar en un desacuerdo fundamental de partida referido al racionalismo moral suscrito por el Profesor de Chicago, y que entronca con la herencia kantiana de sus planteamientos. Para GEWIRTH, los principios morales son aprehensibles mediante la razón y su PCG evoca al imperativo categórico kantiano no

<sup>34</sup> *Ibid.* pp. 18–19.

<sup>35</sup> GEWIRTH, Alan, «The Basis...», *op. cit.*, p. 134.

solo en la universalización del mandato contenido, sino también en la igual consideración moral de todo ser humano como agente intencional prospectivo y fin en sí mismo.

En lo que sigue, las objeciones vertidas sobre los distintos elementos que configuran la tesis de GEWIRTH se presentarán de manera agrupada con el objetivo de facilitar su análisis. Así, se comenzará con las discusiones referidas a los rasgos genéricos de la acción: voluntariedad e intencionalidad. A continuación, se considerarán aquellos elementos de crítica acerca del argumento propiamente dicho. Seguidamente, se tratarán los elementos de autocontradicción y universalidad, respectivamente. Por último, se cerrará la sección con las objeciones referidas al agente intencional prospectivo descrito por GEWIRTH.

### 8.1. Objeciones a los rasgos genéricos de la acción

Se ha alegado que el rasgo de la voluntariedad presenta problemas respecto de la coacción directa e indirecta y las tesis deterministas<sup>36</sup>. Sin embargo, en el planteamiento de GEWIRTH, la elección del agente que actúa bajo coacción ha sido forzada, no pudiendo afirmarse que este haya elegido verdaderamente. En cuanto al determinismo, aunque GEWIRTH reconoció que ciertos condicionamientos psicológicos previos pueden afectar las elecciones del agente, sostuvo que la presencia de factores emocionales fuertes y otros influjos no tienen por qué ser absolutamente determinantes. La acción es plenamente voluntaria cuando el agente controla su comportamiento mediante elecciones no forzadas basadas en sus propias razones informadas<sup>37</sup>.

Respecto de la intencionalidad, se ha afirmado que solo se actúa al margen del sentimiento de obligación cuando se pretende cumplir un deseo o aspiración propia. Sin embargo, para GEWIRTH «querer» no solo posee un sentido tendencioso o hedonista (obtener placer o disfrutar de hacer X), sino también un sentido intencional (tener la intención de hacer X). Querer hacer algo en sentido intencional consiste en considerar la acción en virtud de un propósito, incluso cuando su realización no sea placentera<sup>38</sup>.

De hecho, GEWIRTH consideró que la característica más importante de una acción intencional es que el agente tenga el propósito de realizar X. En última instancia, el agente se involucra en la acción porque valora positivamente la finalidad a la que se dirige y, por el mero hecho de involucrarse en la acción, todo agente debe aceptar de manera implícita un cierto juicio de valor acerca de la bondad de los propósitos por los que actúa<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> KOHEN, Ari, «The Possibility of Secular Human Rights: Alan Gewirth and the Principle of Generic Consistency», *Human Rights Review* 7-1 (2005), p. 55.

<sup>37</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>38</sup> *Ibid.* pp. 39–40.

<sup>39</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, pp. 14–15.

## 8.2. Objeciones al argumento de Gewirth

Por lo que se refiere al objeto de los derechos, se ha alegado que afirmar que «se deba tener X» no justifica que «se tenga derecho a X». Con todo, esta objeción no estaría considerando que el argumento de GEWIRTH se restringe a la agencia intencional prospectiva y a los bienes necesarios para la acción intencional, con lo que excluye aquellos tipos de razones contingentes que figuran en la objeción. Además, GEWIRTH distinguió entre un deber referido a objetos superfluos y un deber consistente en las condiciones necesarias para la agencia, confinando su argumento a este segundo tipo de objeto y justificando así su obligatoriedad de manera concluyente<sup>40</sup>.

En cuanto a los sujetos de los derechos, se ha objetado que la proposición en (6) «todas las demás personas deben, al menos, abstenerse de eliminar o interferir con mi libertad y bienestar» puede admitirse con independencia de la aceptación de afirmaciones acerca de la adscripción de derechos como la contenida en (5) «tengo derecho a la libertad y al bienestar», siendo posible afirmar la obligación de no dañar a ciertos sujetos sin necesidad de que estos tengan un derecho correlativo. Sin embargo, esta objeción malinterpreta el criterio de deber en (6), que expresa algo que el agente está legitimado a reclamar en tanto que presupuesto de todas sus acciones intencionales e implica requisitos más específicos de algo que es debido a todos los seres humanos, en tanto que agentes intencionales prospectivos. De este modo, un deber estricto como el descrito es correlativo a un juicio de derechos al incluir la posibilidad de reclamarlos<sup>41</sup>.

## 8.3. Objeciones a la idea de la autocontradicción

GEWIRTH presupuso que todos los agentes poseen el metadeseo de no autocontradecirse, y que dicha autocontradicción es percibida de forma tan negativa que es suficiente para evitar la violación de los derechos derivados de los rasgos genéricos de la acción. Sin embargo, se ha cuestionado que todos los seres humanos sean necesariamente los agentes racionales que GEWIRTH describió, pues estos suelen poseer diversos deseos en constante conflicto. No obstante, los seres humanos tienen la capacidad de autoconocimiento y, aunque algunos agentes sean incapaces de ordenar racionalmente sus preferencias o no posean el metadeseo de coherencia racional asumido por GEWIRTH, parece que esto no es lo habitual. Lo que GEWIRTH parece haber obviado es la habilidad de los seres humanos para racionalizar sus acciones en un esfuerzo por evitar la disonancia cognitiva derivada de la autocontradicción<sup>42</sup>.

Asimismo, se ha sostenido la trivialidad de afirmar que cualquier cosa que sea correcta para una persona deba serlo también para cualquier otra persona relevantemente

<sup>40</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, pp. 77–78 y 81–82.

<sup>41</sup> GEWIRTH, Alan, «The Epistemology...», *op. cit.*, p. 20.

<sup>42</sup> KOHEN, Ari, «The Possibility...», *op. cit.*, pp. 62–63.

similar en circunstancias relevantemente similares, ya que no existen criterios determinados de similitud relevante<sup>43</sup>. Sin embargo, GEWIRTH sí especificó un criterio de similitud relevante al afirmar que el agente intencional prospectivo, en cuanto que tal, debe reivindicar que posee los derechos genéricos. Por lo tanto, la propiedad de ser un agente intencional prospectivo sería el requisito lógico del criterio de similitud relevante<sup>44</sup>.

#### 8.4. Objeciones a la universalidad

En conexión parcial con la objeción anterior, se ha insistido en que un fanático elitista podría atribuirse derechos en virtud de reconocerse a sí mismo como un agente intencional prospectivo superior, y rechazar sin contradicción el reconocimiento de esos derechos a otros agentes intencionales prospectivos no superiores. Empero, esta objeción no considera la estructura normativa de la acción que refleja juicios relativos a la aceptación por el agente intencional prospectivo, a riesgo de autocontradecirse, de que su agencia es independiente del contenido de sus propósitos. El agente podría razonar subjetivamente acerca de la razonabilidad práctica, pero solo podrá hacerlo de manera coherente con la asunción de que es un agente intencional prospectivo si su razonamiento es asimismo coherente con los juicios contenidos en la estructura normativa necesaria para la acción intencional<sup>45</sup>.

Al respecto de lo anterior, se ha replicado que el problema no puede resolverse simplemente demostrando que el agente que inobserva los derechos genéricos de otros agentes intencionales prospectivos se autocontradice, porque para él estos otros sujetos no son agentes intencionales prospectivos propiamente dichos, aun cuando lo parecen y actúan como tal. La incoherencia racional podría evitarse mediante la creencia de que la agencia de esos otros sujetos es inferior. En este sentido, el argumento de GEWIRTH se presenta como demasiado académico e insuficientemente pragmático<sup>46</sup>.

Sostener la existencia de agentes intencionales prospectivos de algún modo «defectuosos» y, por consiguiente, no merecedores o solo parcialmente merecedores de los derechos genéricos, plantea objeciones adicionales a la universalidad de los derechos genéricos. GEWIRTH afirmó que ser un agente intencional prospectivo requiere poseer las habilidades de autocontrolar el comportamiento a través de la elección no forzada, conocer las circunstancias relevantes y reflexionar acerca de los propósitos propios. Asimismo, reconoció que estas habilidades son desarrolladas gradualmente por los

<sup>43</sup> GEELS, Donald E., «How to Be a Consistent Racist», *The Personalist* 52-4 (1971), p. 671.

<sup>44</sup> BEYLEVELD, Deryck, *The Dialectical Necessity of Morality: An Analysis and Defense of Alan Gewirth's Argument to the Principle of Generic Consistency*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, p. 247.

<sup>45</sup> *Ibid.* pp. 247-248. KOHEN, Ari, «The Possibility...», *op. cit.*, p. 63.

<sup>46</sup> KOHEN, Ari, «The Possibility...», *op. cit.*, pp. 65-66.

niños, quienes eventualmente las poseerán por completo, poseídas de manera alterada y variable por las personas incapaces, y muy escasas entre los animales.

Dado que la cualidad que determina la titularidad de los derechos genéricos es el hecho de ser un agente intencional prospectivo, al considerar estas variaciones de grado junto con el principio de proporcionalidad se sigue que aunque niños, incapaces y animales no tengan los derechos genéricos de manera completa, las habilidades de los miembros de estos colectivos se aproximan escalonadamente a las de los seres humanos adultos normales, ostentando así los derechos genéricos en diferentes niveles en atención al grado en el que poseen las habilidades requeridas. Por consiguiente, para GEWIRTH la titularidad de los derechos genéricos es directamente proporcional al grado en el que se es agente intencional prospectivo<sup>47</sup>.

En vista de lo anterior, se ha acusado a la tesis de GEWIRTH de ser esencialmente una teoría de los derechos de los agentes intencionales prospectivos y no una teoría de los derechos humanos propiamente dicha, pues admite la existencia de seres humanos que, incluso sin ser agentes marginales, no poseen los derechos genéricos, mientras que algunos seres no-humanos podrían ostentarlos<sup>48</sup>.

### 8.5. Objeciones al concepto de agente intencional prospectivo

Los rasgos genéricos de la acción permiten a GEWIRTH plantear una base moralmente neutral que no acepta como dato moral las relaciones de poder existentes entre personas y otras diferencias. La tesis de GEWIRTH ofrece una abstracción de las diferencias entre seres humanos, aunque sin ignorarlas por completo, al tiempo que las evalúa moralmente desde la perspectiva del agente<sup>49</sup>.

Al respecto, se ha acusado a GEWIRTH de describir a un agente ideal e irreal. Además, se ha señalado que, aunque el agente deba aceptar el PCG al margen de la naturaleza de sus propósitos, resulta cuestionable que de ello se derive que este deba aceptar el PCG independientemente de la naturaleza de sus características, pues estas podrían invalidar algunos de sus aspectos. Los agentes intencionales prospectivos han de basar sus reclamaciones en los rasgos genéricos de la acción, pero esto no significa que no puedan basar sus reclamaciones en características diferentes a los rasgos genéricos de la acción, sino que simplemente también deben incluirlas por estar necesariamente conectadas con su agencia<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>48</sup> BEYLEVELD, Deryck, *The Dialectical...*, *op. cit.*, p. 447.

<sup>49</sup> GEWIRTH, Alan, *Reason and...*, *op. cit.*, p. 128.

<sup>50</sup> BEYLEVELD, Deryck, *The Dialectical...*, *op. cit.*, p. 311. KOHEN, Ari, «The Possibility...», *op. cit.*, pp. 66–67.

## 9. CONCLUSIONES

GEWIRTH circunscribió el fundamento racional de los derechos humanos a la estructura normativa de la acción, obteniendo que su reclamación corresponde necesariamente a los agentes intencionales prospectivos y su contenido se limita a las condiciones necesarias para la acción intencional. Este planteamiento no solo es capaz de justificar racionalmente la estructura de los derechos humanos, entendidos como derechos morales de todos los seres humanos, sino que además restringe el objeto de su contenido a los bienes necesarios para el ejercicio de su agencia intencional.

Siguiendo el legado de la tradición kantiana, GEWIRTH situó en el centro de su explicación a un individuo racional que persigue la promoción de sus propósitos mediante el ejercicio de su agencia intencional prospectiva que, en última instancia, podría reconducirse al concepto de autonomía. Aun cuando la centralidad de la idea de voluntad o elección resulta evidente en la explicación de GEWIRTH, la suya es una concepción híbrida acerca de la adscripción de derechos, ya que también considera los propósitos o intereses que el agente persigue voluntaria e intencionalmente a través de su habilidad para actuar. No obstante, el concepto de interés empleado se conjuga hábilmente desde los parámetros del liberalismo racionalista, evitando su derivación a partir de una concepción perfeccionista del bien, lo que aporta considerable neutralidad a la tesis, pero sin renunciar a posicionarse a favor de valores típicamente suscritos por las democracias liberales occidentales, a saber: autonomía, libertad e igualdad.

Entre las virtudes de la explicación de GEWIRTH, destaca su potencial para delimitar el objeto de los derechos humanos y contener la expansión incontrolada del discurso de los derechos. Al ceñirse al contexto de la acción y a los rasgos necesarios para la agencia intencional, dicha explicación proporciona un fundamento basado en la autonomía y libertad de los agentes intencionales prospectivos, tan solo limitadas por aquellas exigencias racionales derivadas de la igual consideración del status moral de todos los demás agentes intencionales prospectivos quienes, en última instancia, se identifican con la humanidad en su conjunto mediante las ideas implícitas de reciprocidad y responsabilidad moral por los actos propios. En definitiva, el argumento de GEWIRTH desemboca en el PCG para proporcionar un fundamento racional de los derechos humanos limitado a la estructura normativa de la acción, la agencia intencional prospectiva potencial o actual de todos los seres humanos y los bienes necesarios para la acción intencional: la libertad y el bienestar.



---

---

PARTE II

**LA INSERCIÓN SISTÉMICA DE LOS NUEVOS DERECHOS**



**NUEVOS DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALIZACIÓN  
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Antonio Manuel Peña Freire<sup>1</sup>

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial numerosos Estados se han visto sometidos a una serie de cambios importantes a los que se conoce como *constitucionalización*. De la importancia de este proceso da cuenta el hecho de que la constitucionalización no afecta solo a los países europeos y latinoamericanos, ni tan siquiera solo a las democracias occidentales, pues también países como India o Sudáfrica se han convertido en referentes de ese proceso. Además, la llamada constitucionalización habría provocado cambios importantes en la organización política y la configuración de las instituciones de gobierno, en la estructura y contenido de los ordenamientos jurídicos e incluso en los paradigmas dominantes de la cultura y la teoría jurídicas sobre el modo de concebir al derecho<sup>2</sup>.

Mi interés se refiere especialmente a los cambios en los ordenamientos jurídicos provocados por la constitucionalización y en una medida algo menor a los cambios en el diseño de las instituciones de gobierno. El referente clave al respecto es GUASTINI<sup>3</sup>, quien describió la constitucionalización y propuso entenderla como el proceso de transformación de los ordenamientos jurídicos por el que estos terminan completamente impregnados por las normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado contiene una constitución extremadamente invasora o entrometida, capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos

<sup>1</sup> Catedrático de la Universidad de Granada. Filosofía del Derecho, Universidad de Granada.

<sup>2</sup> Sobre este último aspecto, AGUILÓ, Josep, «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 665-675, p. 666.

<sup>3</sup> GUASTINI, Riccardo, «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano» en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-74, pp. 49 y ss.

y las relaciones sociales. Algo más específicamente, el proceso de constitucionalización se concretaría, según el autor italiano, en la siguiente lista de condiciones:

- Se incorpora al ordenamiento jurídico una constitución rígida<sup>4</sup>, protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que sus normas no pueden ser derogadas o modificadas si no es mediante un proceso especial de revisión más complejo que el empleado para la elaboración de las leyes<sup>5</sup>.
- La supremacía de la constitución no está asegurada en ausencia de un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes<sup>6</sup> que garantice su conformidad con el sentido de la constitución<sup>7</sup>, incluso si se trata de normas promulgadas por un órgano representativo o electo, es decir, por un legislador democrático.
- La constitución es vinculante, es decir, es norma genuina, susceptible de ser aplicada por los jueces incluso con independencia de que haya sido desarrollada legislativamente. La constitución es, por tanto, normativa y no meramente declarativa<sup>8</sup>: no es concebida como una declaración solemne de intenciones

<sup>4</sup> Sobre esta noción, Ferreres (FERRERES, Víctor, «Una defensa de la rigidez constitucional», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23 (2000), pp. 29-47, pp. 29 y ss.) identifica una serie de condiciones formales que definen la rigidez, a saber, número de instituciones que deben concurrir a la reforma, mayorías requeridas y necesidad de participación popular. A ellas se añaden condiciones materiales, relativas al contexto político (AGUILÓ, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2004, pp. 34 y 51) se refiere a tres elementos que inciden en la rigidez: la codificación del conjunto de normas constitucionales, el procedimiento agravado de reforma de esas normas y la jerarquía normativa superior de la constitución dentro del sistema de fuentes.

<sup>5</sup> La rigidez constitucional podría ser *mínima* si la agravación del procedimiento es puramente formal, como sería el caso de que la modificación de la constitución solo exigiese la aprobación por parte del órgano competente para la promulgación de las leyes y por el mismo procedimiento empleado para la aprobación de estas, de un tipo especial de ley, sea una «ley de reforma de la constitución», «enmienda constitucional» o similar. Podría, por el contrario, ser *máxima* si la reforma constitucional estuviese jurídicamente vetada, es decir, si la constitución o algunas de sus cláusulas fuesen inderogables porque la propia constitución así lo estableciera. Guastini (GUASTINI, Riccardo, «La “constitucionalización”...», *op. cit.* p. 51) parece vincular una mayor constitucionalización con la rigidez máxima de los principios constitucionales.

<sup>6</sup> Sobre las características de la técnica de la *judicial review* y su relación con el —más familiar entre nosotros— control de constitucionalidad, CARRIÓ, Genaro, «Una defensa condicionada de la *Judicial Review*» en ACKERMAN, Bruce *et al.*, *We the People*, 3 vols. Cambridge MA, Belknap Press of Harvard University Press, 1991/2014, 1991, pp. 41 y ss.

<sup>7</sup> Mientras que la rigidez protege el texto mismo de la constitución, es decir, su literalidad frente a reformas de su tenor precipitadas o poco meditadas que pudieran implicar un sentido normativo indeseable, el control de constitucionalidad protege la supremacía normativa de la constitución, es decir, el sentido mismo de sus disposiciones frente a normas antinómicas de rango inferior. Es un complemento necesario para garantizar la supremacía constitucional, pues poca garantía a los derechos ofrecería una constitución muy rígida si no es posible reaccionar frente a normas legislativas u ordinarias cuyo contenido fuese contrario a lo que ella dispone.

<sup>8</sup> Este rasgo quizás debiera ser matizado, a la vista de las tesis de Grimm (GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 49-50), quien encuentra en la normatividad de la constitución el rasgo auténticamente diferencial entre las constituciones modernas y las tradicionales

o buenos propósitos con efectos puramente políticos ni como un manifiesto solemne compuesto por principios programáticos pendientes de concreción por el legislador, sino como una norma del ordenamiento jurídico, vinculante en sus determinaciones como cualquier otra norma contenida en una fuente distinta o, si acaso, en un grado superior, dada su supremacía en el sistema de fuentes, siempre y cuando la propia constitución no disponga otra cosa<sup>9</sup>. En una terminología hoy ya algo obsoleta diríamos que *la constitución es ley*<sup>10</sup>.

- Las normas constitucionales se sobreinterpretan, es decir, que no son normalmente objeto de una interpretación literal, textual y estricta, sino de una interpretación extensiva que extrae de su texto numerosas normas implícitas, no expresadas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida política y social. En esas condiciones, advierte GUASTINI<sup>11</sup>, no hay espacio para la discrecionalidad legislativa ni existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional<sup>12</sup>.
- Las normas constitucionales son susceptibles de aplicación directa, una condición esta que está íntimamente vinculada a la anterior y que depende, según GUASTINI<sup>13</sup>, de la cultura jurídica, en especial, la judicial y que se traduce en que la constitución es concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera.

---

o medievales. Las segundas tienen, según el profesor alemán, una vocación constitutiva genuina del poder y una dimensión normativa «que se distingue por la pretensión de regular el poder político de manera completa y unitaria, en función de su realización y el modo de su ejercicio, mediante una ley situada por encima del resto de las normas». De ser correcta esta descripción, una cosa sería la normatividad de la constitución entendida como vocación ordenadora del ejercicio del poder y otra el hecho de que sus determinaciones estuvieran dirigidas al legislador y no a los jueces y de que no pudieran ser jurídicamente exigidas ni aplicadas directamente por estos.

<sup>9</sup> Me refiero, obviamente, a la posibilidad de que la constitución mate la fuerza vinculante o la aplicabilidad judicial de algunos de sus preceptos.

<sup>10</sup> Es curioso que Guastini (GUASTINI, Riccardo, «La “constitucionalización”...», *op. cit.*, pp. 52-53) atribuya exclusivamente a la cultura jurídica esta dimensión y que la considere ajena a la estructura del ordenamiento constitucional, cuando es normalmente efecto de esa estructura, pues en no pocas ocasiones la normatividad de la constitución ha logrado imponerse a una cultura jurídica contraria al reconocimiento de su eficacia normativa precisamente a partir de la insistencia en la singular posición de la constitución en el sistema de fuentes.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>12</sup> Sobre la sobreinterpretación Luque (LUQUE, Pau, *De la constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 23) señala que uno de los aspectos más notables del proceso de constitucionalización es el de intentar disciplinar también cuestiones tradicionalmente consideradas como ajenas al derecho o como ámbitos de libertad natural en los que todas las conductas están permitidas. No hay leyes que no sean constitucionalmente revisables, ni tampoco hay cuestiones políticas que sean impermeables al juicio de legitimidad constitucional. Avanza así uno de los factores clave del proceso de constitucionalización al que me referiré a continuación.

<sup>13</sup> GUASTINI, Riccardo, «La “constitucionalización”...», *op. cit.*, p. 56.

- Se impone un modelo de interpretación conforme de las leyes, es decir, que se privilegia cualquier método de interpretación de las leyes que las haga conformes con la constitución, de modo que incluso lecturas fuertemente creativas, correctivas o aditivas serían aceptables siempre que aseguren la conformidad de la ley con la constitución.
- La constitución influye en las relaciones políticas porque, por ejemplo, el órgano de control de constitucionalidad resuelve conflictos de competencia entre órganos de gobierno, porque los jueces dejan de sentirse excesivamente deferentes hacia el legislador y los órganos políticos o porque las normas constitucionales se convierten en argumentos políticos, es decir, argumentos con los que los órganos de gobierno justifican sus acciones y decisiones.

La elaboración de GUASTINI, en líneas generales, me parece correcta: todas esas dimensiones son efectivamente expresión del proceso de constitucionalización. Merece, no obstante, algún que otro comentario aclaratorio.

En primer lugar, como se apreciará, el hecho de que un Estado disponga de una constitución rígida que garantice cierto catálogo de derechos y de que se trate incluso de una constitución garantizada jurisdiccionalmente no es condición suficiente de la constitucionalización del derecho: hay algunas condiciones adicionales. Es preciso, por tanto, evitar la identificación de los Estados constitucionales con los constitucionalizados, pues un Estado constitucional no es necesariamente un Estado constitucionalizado.

Adicionalmente, en mi opinión, el listado de condiciones de la constitucionalización presenta alguna debilidad de cierta importancia. No es solo que algunos de esos rasgos fuesen ya característicos de modelos de Estado anteriores al proceso de constitucionalización mismo. Falta más bien la referencia a dimensiones y cambios más profundos que son la causa de la aparición de algunas de las dimensiones señaladas como, por ejemplo, la sobreinterpretación o la influencia de la constitución fuera del que parecía su ámbito propio y que dan la clave explicativa de la transformación de los Estados constitucionales en Estados constitucionalizados.

Es posible encontrar en la elaboración de GUASTINI referencias dispersas a esas dimensiones profundas de la constitucionalización. GUASTINI<sup>14</sup>, por ejemplo, apunta a la existencia de principios constitucionales *meramente implícitos* que podrían conformar algo así como una «*constitución material*». También advierte<sup>15</sup> que la constitución contiene innumerables normas idóneas para regular *cualquier aspecto* de la vida social y política, de modo que no quedan espacios vacíos donde no alcanza la constitución ni decisiones legislativas plenamente libres, es decir, no prerreguladas o puramente políticas o impermeables al control de constitucionalidad. Por último, señala<sup>16</sup> que mientras

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 54

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 55-56.

que la función clásica de la constitución es limitar al poder político, en los Estados constitucionalizados se atribuye a la constitución la función de *moldear las relaciones sociales y políticas*, de donde se sigue que puede ser aplicada por los jueces en cualquier controversia y también que la legislación pasa a ser concebida como una ejecución de la constitución, es decir, como el desarrollo de los principios de la constitución o la ejecución de los programas diseñados en ella.

Esas referencias contienen alusiones a tres factores claves en los procesos de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos que pueden explicar el alcance de las mutaciones que este proceso induce en esos órdenes, en los órdenes políticos e incluso en los sociales. La constitucionalización en su conjunto sería un proceso incitado por cambios en la concepción dominante de los derechos humanos, que son el *telos* más fundamental de las constituciones contemporáneas, ya que los Estados constitucionalizados se han configurado como Estados definidos por el propósito de realizar plenamente los derechos humanos. El cambio en la concepción de los derechos provoca, a su vez, un cambio en la concepción misma de la constitución que afecta a las que se consideran sus funciones, pues con ella se pretenderá ahora realizar un orden jurídico, político y social que garantice una satisfacción y disfrute plenos de los derechos y no simplemente constituir un poder político limitado. Por último, me parece muy relevante que se haya generalizado la idea de que existe, junto a la constitución expresa, una constitución implícita o latente, susceptible de tener los mismos efectos o alcance que la primera. Veamos estos factores con un cierto detenimiento.

## 2. LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

Es llamativo el escaso peso de la idea de los derechos humanos en la elaboración de GUASTINI sobre la constitucionalización. Los derechos son apenas mencionados al momento de exponer en qué consiste la fuerza vinculante de la constitución, cuando GUASTINI<sup>17</sup> señala que casi todas las constituciones contemporáneas son *largas* en el sentido de que, además de normas sobre la organización del poder político a las que podríamos llamar constitución institucional<sup>18</sup>, contienen declaraciones de derechos, es

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>18</sup> La constitución institucional incluye la opción por el Estado de derecho, la separación de poderes, la distribución territorial del poder político, la legitimación democrática de los poderes del Estado, el carácter electivo y representativo del poder legislativo y también las relativas a los rasgos del propio texto constitucional, como son, por ejemplo, las que atañen a su rigidez o a si sus normas están garantizadas jurisdiccionalmente. Es de interés sobre este punto la distinción de Levinson (LEVINSON, Sanford («Reflections on What Constitutes a ‘Constitution’» en David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 84) entre la constitución como establecimiento (*constitution of settlement*) y la constitución como diálogo (*constitution of conversation*).

decir, normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, normalmente expresadas en términos generales y programáticos<sup>19</sup>.

Esa concepción de los derechos me parece uno de los candidatos obvios a dar la clave del proceso de constitucionalización. Una adecuada comprensión de lo que sea la constitucionalización exige considerar no solo sus expresiones institucionales, sino también su teleología, es decir, los valores u objetivos que la inspiran y mueven.

Los Estados constitucionalizados, desde este punto de vista, están indisolublemente vinculados a una variante singular del constitucionalismo —el constitucionalismo contemporáneo— asociada a su vez con una concepción de los derechos que impone y exige del Estado la garantía plena de una serie de derechos que son muy distintos de aquellos cuya protección pretendió el constitucionalismo moderno y que inspiraron la configuración del Estado constitucional liberal<sup>20</sup>. Los rasgos institucionales que caracterizan a los Estados constitucionalizados en la elaboración de GUASTINI no son sino métodos a través de los que se pretende lograr ese objetivo.

La historia del modo en que han evolucionado las concepciones de los derechos corre paralela a la del constitucionalismo. Existe, en efecto, un modelo de constitucionalismo moderno<sup>21</sup>, que es la filosofía o ideología política que propugna la *limitación* del poder en la convicción de que es así como se garantizan los derechos y libertades

<sup>19</sup> En un sentido similar, Luque (LUQUE, Pau, *De la constitución...*, *op. cit.*, pp. 20-21), quien señala que es relevante el hecho de que las constituciones son ahora constituciones largas o extensas, que no se ocupan solo de la organización de los poderes públicos, sino que también establecen objetivos programáticos y proclaman principios sustantivos. Un buen exponente es Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 22) que define al Estado constitucional garantista —un caso de Estado constitucionalizado— como el resultado del sometimiento de todos los poderes del Estado a las normas constitucionales —singularmente, a aquellas que reconocen derechos fundamentales— que condicionan el contenido de la legislación, además de las formas y procedimientos a través de los que se promulgan las leyes.

<sup>20</sup> De nuevo, un ejemplo lo encontramos en Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 291-300), un autor cuya relación con el constitucionalismo contemporáneo ha sido cuestionada, pero cuya concepción y tipología de los derechos fundamentales es exactamente la que ese constitucionalismo necesita para fundar sobre ella sus postulados teóricos.

<sup>21</sup> La referencia básica al respecto es McIlwain (MCLWAIN, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianápolis, Liberty Fund, 2007). Merece la pena reproducir la definición de Carl Friedrich (citado por BEAUD, Olivier, «Constitución y constitucionalismo» en Philippe Raynaud y Stéphane Rials (eds.), *Filosofía Política*, Madrid, Akal, p. 138), como «técnica para establecer y mantener frenos efectivos a la acción política y estatal». Sobre esta cuestión cfr. también Aguiló (AGUILÓ, Josep, *La Constitución...*, *op. cit.*, pp. 48-49), quien tiene un concepto unitario de constitucionalismo, pero no desconoce la existencia de dos variantes en función del carácter defensivo e institucional de la constitución compuesta fundamentalmente por deberes constitucionales limitadores de la acción estatal o, en su lugar, regulativo y transformador a partir de una serie de valores declarados constitucionalmente. En paralelo, estas dos variantes del constitucionalismo tendrían como reflejo un modelo de orden constitucional en el que el derecho es o relativamente autónomo de la constitución y limitado por sus derechos o integrado por ella y sus derechos, de los que es desarrollo y no contrapunto.



de los individuos<sup>22</sup>. La manera en que está redactada esa definición, anteponiendo el método de protección —limitación del poder— a su propósito —la garantía de libertades y derechos—, es una forma de remarcar la relevancia del primero de estos dos elementos en esta concepción del constitucionalismo. Este viene definido por un *ethos* singular: la protección de la libertad individual que se pretende maximizar minimizando el riesgo de la arbitrariedad del gobierno mediante la división de poderes y funciones y los frenos y contrapesos<sup>23</sup>, es decir, limitando al poder político, percibido como algo distinto de la sociedad de individuos, únicos titulares de unos derechos que quedan adecuadamente protegidos cuando el gobernante no puede interferir en la esfera de libertad individual. Esta convicción presupone un concepto negativo o defensivo de los derechos que ve en el poder político que se extralimita en sus funciones propias o que actúa arbitrariamente a su principal amenaza, cuando no a la única. De ahí el énfasis en la limitación y división del poder y de ahí también que cualquier habilitación o expansión de la autoridad sea vista con desconfianza y como una potencial amenaza para los derechos.

Ahora bien, los fundamentos y propósitos del constitucionalismo, en tanto que filosofía de gobierno, han variado recientemente y es hoy posible hablar de un constitucionalismo contemporáneo, con frecuencia denominado también neoconstitucionalismo<sup>24</sup>. En este nuevo constitucionalismo prima una concepción sobre los derechos muy diferente a la del constitucionalismo moderno y también cambian en un modo muy

<sup>22</sup> Antes aún sería posible hablar de un constitucionalismo tradicional, medieval o premoderno, en el que la idea de constitución aún es tenue, pues se construye a partir de referencias a leyes fundamentales que no son auténticamente constitutivas, porque presuponen la legitimidad del poder y porque no son completas, pues regulan aspectos muy limitados de su ejercicio (GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 48).

<sup>23</sup> LOUGHLIN, Martin, *Against Constitutionalism*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2022, p. 3.

<sup>24</sup> Hay muchas más denominaciones que concurren a nombrar a este fenómeno. Por ejemplo, Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 15-53, p. 20) se refiere a constitucionalismo principialista, constitucionalismo argumentativo, constitucionalismo normativo, constitucionalismo garantista, constitucionalismo iusnaturalista y constitucionalismo iuspositivista y Briones (BRIONES, Marena, «El no tan discreto encanto del neoconstitucionalismo. La tensión entre el derecho y la moral», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56 (2021), pp. 99 y ss.) en una *cartografía* del neoconstitucionalismo hace alusión además al paradigma constitucionalista, al postpositivismo, a la jurisprudencia de principios, al constitucionalismo de los derechos o al nuevo constitucionalismo latinoamericano. Hay, de hecho, una considerable polémica a propósito de cuál sea la mejor denominación, vinculada obviamente con la identificación de las credenciales teóricas de la filosofía. Sobre esto último, Atienza (ATIENZA, Manuel, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista», *CAP Jurídica. Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha*, vol. 2, n.º 3, pp. 59-101) y García Figueroa (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «En defensa de «neoconstitucionalismo» y del neoconstitucionalismo», *i-Latina*, 1 (2019), pp. 1-16). Al margen de la controversia de la denominación, una buena aproximación al sentido de este neoconstitucionalismo son los trabajos contenidos en el libro *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, compilado por Miguel Carbonell o el de Ratti (RATTI, Giovanni Battista, «Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo», *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 4 (2014/15), pp. 227-261).

relevante las preferencias a propósito de los métodos más adecuados para su protección. El constitucionalismo contemporáneo pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX— y, en su lugar, privilegia el objetivo de garantizar los derechos fundamentales<sup>25</sup>. Para ello, las constituciones vinculadas al llamado neoconstitucionalismo se proponen establecer las condiciones necesarias para asegurar el disfrute de los derechos y libertades y promueven un modelo de *organización* del poder político y de orden social adecuados a tal fin.

Sin embargo, como he avanzado, el cambio va mucho más allá de un mero desplazamiento del énfasis entre los elementos del binomio derechos/organización del poder, pues ni los derechos son los mismos ni tampoco son lo mismo. No son los mismos derechos, porque las constituciones contemporáneas contienen un catálogo ampliado de derechos que incluye derechos económicos, sociales o culturales que exceden con mucho a los de los listados característicos de las constituciones defensivas liberales, volcadas exclusivamente en la defensa de los derechos o libertades individuales. Tampoco los derechos que aparentemente *se repiten* son lo mismo, porque las libertades defensivas son reformuladas en un sentido positivo, poniéndose el énfasis en el compromiso de los poderes públicos con la creación de condiciones sociales, culturales y económicas que permitan a todos el ejercicio efectivo de sus derechos de libertad en condiciones de igualdad<sup>26</sup>. Los derechos, por tanto, no son ya concebidos como inhibidores de la intervención estatal sobre la esfera de libertad individual, sino como objetivos a perseguir y proyectos de justicia que reclaman políticas públicas positivas configuradoras de todos los ámbitos sociales que pudieran tener alguna relevancia en la garantía de su disfrute pleno<sup>27</sup>.

### 3. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONSTITUCIÓN TOTAL

La constitución es normalmente concebida como instrumento para la garantía de los derechos de los ciudadanos. Esta es una dimensión que trasciende incluso a las constituciones de los ordenamientos constitucionalizados y es un rasgo que estos ordenamientos comparten con los característicos de los Estados constitucionales. Sin

<sup>25</sup> COMANDUCCI, Paolo, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico» en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>26</sup> Como advierte Zagrebelsky (ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 75-76 y 88-89), los cambios en el contenido del catálogo de los derechos o en su estructura son secundarios, pues a lo que asistimos es a un cambio en el *ethos* de los derechos, que pasan de estar fundados en el valor de la libertad a estarlo en la idea de justicia: los derechos, tal y como son concebidos en las constituciones contemporáneas, son expresión de significados, aspiraciones e ideales muy profundos y presuponen la definición de nuevos parámetros de justicia en las relaciones humanas.

<sup>27</sup> En este sentido también ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

embargo, la concepción de la constitución en los Estados constitucionalizados ha cambiado en un sentido muy relevante.

Los cambios apuntan directamente a la manera de concebir la naturaleza y funciones de la constitución fruto del impacto que sobre ella tiene la concepción ampliada de los derechos a la que me he referido. Lo que caracteriza a la constitución de los Estados constitucionalizados es que es total, un rasgo este que no es característico de las constituciones de los Estados constitucionales precedentes de corte liberal.

La idea de totalidad de la constitución está relacionada con la teorización del Estado total que hizo CARL SCHMITT. Para SCHMITT<sup>28</sup>, el Estado total aparece cuando el Estado deja de ser una estructura institucional acotada y distinta de la sociedad y, en cierto modo, opuesta o en tensión con ella, para convertirse en la sociedad autoorganizada<sup>29</sup>. Desaparecen, en consecuencia, los ámbitos sociales neutrales e inmunes a la acción estatal, pues el Estado total no se desinteresa por ningún dominio de lo real y está dispuesto a abarcarlos todos. Todo en este contexto es potencialmente político: el Estado total no conoce nada que pueda considerarse como absolutamente apolítico, superándose así la despolitización decimonónica y poniéndose fin al axioma de la economía como esfera libre de la política o de un Estado como libre respecto de la economía<sup>30</sup>. En el Estado total, por tanto, la distinción entre sociedad y Estado o entre pueblo y gobierno han desaparecido<sup>31</sup>: la sociedad y el Estado pasan a ser idénticos, con lo que todos los problemas sociales, económicos, culturales, etcétera pasan a ser problemas estatales y no existen esferas hacia las que el Estado pudiera mantener una posición de neutralidad ni existe nada que pueda señalarse como algo ajeno al interés

<sup>28</sup> SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 53-54.

<sup>29</sup> Las referencias de Schmitt son un tanto dispersas y no precisamente sistemáticas, como es característico de este autor. Para contextualizar el concepto, Schmitt cita a Burckhardt (BURCKHARDT, Jacob, *Reflexiones sobre la historia universal*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996) cuando advierte que para el Estado total nunca es demasiado el poder que se ejerce sobre el individuo, y a Smend (SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 154), para concordar con él en que la teoría de la división de poderes en Hegel representaría la penetración más viva del Estado en todas las esferas de la sociedad con el fin de ganar para el Estado en su conjunto la totalidad de las fuerzas vitales del pueblo.

<sup>30</sup> SCHMITT, Carl, *El concepto...*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>31</sup> Queda superada, por tanto, la premisa de que la sociedad está naturalmente separada del Estado o gobierno y de que dispone de mecanismos de autogobierno que conducen de forma automática a la prosperidad y la justicia solo con que se permita a sus miembros actuar sin impedimentos y donde el bien común se concibe como el resultado del ejercicio de la libertad individual y no como el fruto de una acción estatal organizada (GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, pp. 57-60).

o la preocupación estatal<sup>32</sup>. Como consecuencia, el Estado total intensifica su potencia y la extensión de su alcance<sup>33</sup>.

La constitución del constitucionalismo contemporáneo reproduce las dimensiones del Estado total, especialmente si la comparamos con su antecesora, la constitución del Estado liberal o legislativo decimonónico. La constitución del constitucionalismo contemporáneo se interesa no solo por la organización de las instituciones de gobierno de manera que quede asegurada su no interferencia con la sociedad o el mercado. Antes al contrario, las concepciones dominantes sobre la constitución atribuyen a esta una función configuradora y promotora de los órdenes jurídico, político y social, que tendrían que quedar configurados de modo que se garantice la plenitud de los derechos fundamentales, como efecto de esa acción de los poderes públicos constitucionalmente motivada. La constitucionalización implica, por tanto, que un número cada vez mayor de aspectos de las decisiones o aspectos de gobierno son sometidos a los procesos, principios o valores de la constitución<sup>34</sup>. No hay ámbitos considerados ajenos a la intervención de la constitución, que reclama su aplicabilidad tanto a las relaciones públicas como a las privadas, sin desinteresarse por ningún dominio de lo real<sup>35</sup>: todo es potencialmente constitucional.

La constitución total puede ser concebida como una norma directiva fundamental a la que deben conformarse todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados de modo que se vean así realizados los valores de aquella. Deja de ser, como advierte FIORAVANTI<sup>36</sup>, un mecanismo encaminado a la protección de los derechos mediante la limitación del poder y se convierte en una gran norma directiva (*costituzione-indirizzo*) que «dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares» y «solidariamente compromete a todos en la obra dinámica de la realización de los valores constitucionales»<sup>37</sup>. El Estado mismo es concebido como un instrumento que solamente existe en

<sup>32</sup> VINX, Lars, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 131-133.

<sup>33</sup> RAMAS SAN MIGUEL, Clara, «El Estado total en Carl Schmitt: desbordamiento de lo político y decisión totalitaria: una reconstrucción teórico-doctrinal», *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 22 (1) (2019), pp. 141-156, pp. 144-145.

<sup>34</sup> LOUGHLIN, Martin, *Against...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

<sup>35</sup> Es frecuente, por ejemplo, que hoy en día los poderes públicos lleven a cabo campañas de concienciación o sensibilización de los ciudadanos y que reclamen su potestad para guiar su educación moral. Estas acciones habrían sido percibidas como una injerencia ilegítima en la conciencia individual. Nada de esto, sin embargo, tiene sentido con la constitución total, que reclama esas intervenciones en tanto que teóricamente necesarias para asegurar las condiciones óptimas para el disfrute de algún derecho fundamental.

<sup>36</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 128-129.

<sup>37</sup> La Constitución de Weimar sería, a juicio de Fioravanti (FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 150), la primera que no pretende limitarse al ordenamiento de los poderes, sino significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente

función del objetivo de realizar los derechos, los valores a los que estos están asociados y la satisfacción de las necesidades que presuponen o implican. También deja el Estado de ser soberano, pues su autoridad se hace depender no del hecho de que logre imponer sus normas, sino del grado de realización de un objetivo directivo de legitimación establecido en la constitución<sup>38</sup>.

El constitucionalismo contemporáneo es, como se dijo, fruto de una variación sustancial en el tipo de retos y amenazas para la libertad y los derechos de los individuos que se ponen de manifiesto en tiempos recientes y que la constitución está llamada a abordar<sup>39</sup>. A diferencia del constitucionalismo moderno que suponía la separación entre lo privado y lo público y entre la sociedad y el gobierno y que se centraba en ordenar y organizar el ejercicio del segundo para proteger la actuación espontánea de los individuos en el marco de la primera, el constitucionalismo contemporáneo pretende, por ser necesario para garantizar los derechos a los que está vinculado, superar esa divisoria y aspira a regular a la sociedad misma, a la que pretende transformar a partir del impulso transformador de una constitución concebida no tanto como la expresión de la voluntad de los ciudadanos, sino como la expresión de la identidad colectiva del pueblo integrado en función de su compromiso con los principios fundamentales de la constitución<sup>40</sup>. Efectivamente, la actividad del Estado deja de depender de la necesidad de proteger un orden social separado e independiente, pues el orden social pasa a ser objeto mismo de la acción estatal, ya que esta busca su transformación y configuración conforme a los parámetros de justicia que se siguen de la constitución y de la idea de los derechos asociada a la misma. En palabras de GRIMM<sup>41</sup>, la actividad estatal deja de tener como objetivo la conservación de un orden presupuesto y pasa a ser «la dirección global del desarrollo social»<sup>42</sup>. La actividad de los poderes de gobierno deja, en consecuencia, de ser retrospectiva, negativa y acotada y asume un carácter abarcador y prospectivo, ajeno tanto al Estado absoluto como al Estado liberal, en el que tanto los particulares como los sistemas sociales parciales están en un proceso creciente de dependencia del Estado.

---

compartidos que están en la base de la convivencia civil, de modo que el problema a resolver por las constituciones pasa a ser la búsqueda de los instrumentos institucionales necesarios para la tutela y realización de esos principios. Para Loughlin (LOUGHLIN, Martin, *Against...*, *op. cit.*, p. 146), que cita a Ackerman (ACKERMAN, Bruce, *We the People*, *op. cit.*), fueron las Enmiendas a la Constitución Americana aprobadas tras la Guerra Civil de ese país la primera expresión del modelo de constitución total.

<sup>38</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución...*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>39</sup> Grimm (GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo...*, pp. 187-190) también constata la aparición de nuevas tareas que son responsabilidad constitucional del Estado, fruto de cambios en los retos y amenazas que afectarían a la sociedad, comprometida ahora con la evitación de abusos palmarios de la libertad, con la transformación de las condiciones vida y con la prevención y reacción frente a desgracias o crisis.

<sup>40</sup> LOUGHLIN, Martin, *Against...*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>41</sup> *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>42</sup> En ese sentido, LOUGHLIN, Martin, *Against...*, *op. cit.*, pp. 3-5.

Las constituciones actuales, por fundarse en una concepción de los derechos que excede los límites de las concepciones negativas o defensivas, promueven un orden objetivo de valores, imponen obligaciones positivas a los gobernantes y afirman la eficacia de los derechos en las relaciones horizontales entre individuos<sup>43</sup>. El modelo total de constitución —con la consiguiente expansión de la jurisdicción constitucional y del control de constitucionalidad— está vinculado a esa concepción positiva y expansiva de los derechos que presupone que su función es el diseño de un modelo de sociedad en la que los derechos estén plenamente realizados, de donde se sigue una juridificación creciente de las relaciones sociales y una expansión de los asuntos y problemas políticos que tienen relevancia constitucional y que reclaman solución judicial. Los principios tradicionales del constitucionalismo mutan en el constitucionalismo contemporáneo: el que asignaba a la constitución la función de controlar el gobierno ahora se expande para incluir como función de la constitución la de diseñar un modelo de sociedad omnicompreensivo, el del gobierno representativo muta en un modelo de constitución que es la representación simbólica de la identidad política colectiva y la división de poderes se expresa ahora como una organización vertical de poderes en un esquema de gobierno total<sup>44</sup>.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN IMPLÍCITA

Es prácticamente inabarcable la bibliografía que insiste en los efectos de la incorporación a las constituciones de los Estados constitucionalizados de estándares normativos vinculantes moralmente muy densos en forma de derechos, valores o principios constitucionales. Esta incorporación supone que la identificación del contenido de las normas requiere incurrir en consideraciones y argumentaciones morales sustantivas<sup>45</sup>. En efecto, esos estándares constitucionales, que actúan como criterios de validez de las normas y decisiones jurídicas, suelen tener una formulación con hondas resonancias morales o ideológicas y reclaman un razonamiento práctico que no es formal ni avalorativo, una necesidad esta que en los Estados constitucionales alcanza «dimensiones macroscópicas»<sup>46</sup>. Es habitual, además, atribuir a esos estándares una dimensión de peso o importancia, compatible con una aplicación generalizada variable o gradual, de modo que distintas decisiones quedan a disposición del juez que puede optar por

<sup>43</sup> En un sentido similar, Fioravanti (FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 131) se refiere al constitucionalismo contemporáneo no como la doctrina del gobierno limitado sino como la de la imposición de *deberes del gobierno*.

<sup>44</sup> LOUGHLIN, Martin, *Against...*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>45</sup> CELANO, Bruno, «Derechos, principios y valores en el Estado constitucional de derecho: tres hipótesis de reconstrucción» en *Derecho, justicia, razones*, Madrid, CEPC, 2009, p. 255.

<sup>46</sup> CELANO, Bruno, *Los derechos en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2019, pp. 165 y ss., pp. 200 y ss.

alguna de ellas a los efectos de conformar su decisión y ordenar su cumplimiento. Esto equivale a transferir a los jueces, especialmente a los jueces responsables del control de constitucionalidad de las leyes, una potestad delegada para producir derecho, ya que están llamados a asumir la responsabilidad principal de decidir el contenido de los valores y principios constitucionales, en la medida en que estos definen un marco amplio en el que tendrán que tomar sus decisiones los tribunales<sup>47</sup>. Al conjunto de esos derechos, valores y principios, CELANO<sup>48</sup> los denomina *dimensión ética sustantiva* del Estado constitucional de derecho.

Me parece relevante añadir que los elementos que integran la dimensión ética sustantiva de la constitución no tienen por qué estar expresados formalmente en el texto constitucional, ya que se les puede suponer fundamento de sus disposiciones expresas. De hecho, más allá de alguna referencia puramente nominal a la igualdad, la libertad o la justicia en los textos constitucionales, eso será lo normal. En cualquier caso, ambos elementos, los mencionados en términos abstractos y los puramente presupuestos, conforman una constitución implícita o subyacente a la textual. Esta constitución es ahistórica o impersonal, es decir, que no se sigue de las decisiones concretas de ninguna autoridad identificable y, en particular, no es fruto de las decisiones del poder responsable de la elaboración o reforma de la constitución positiva. La *constitución invisible*<sup>49</sup>, que existe junto a la ley constitucional formal, está formada por un conjunto de referentes normativos más o menos vinculados a la constitución positiva,

<sup>47</sup> ETCHEVERRY, Juan Bautista, «Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites», *Teoría y Derecho*, vol. 15 (2014), pp. 149-171, p. 153. Es un hecho que, recientemente y con una cada vez mayor frecuencia, el legislador ha abdicado de su responsabilidad principal: ser el órgano que señala en las leyes cuál de los sentidos de los principios constitucionales es el validado jurídicamente, especificando así cuál de los posibles sentidos de un derecho, valor o principio constitucional es el vinculante con carácter general. En su lugar se ha aplicado a la producción de leyes con un contenido preponderantemente retórico y beatífico que no zanja las controversias que se suponen necesitadas de solución, probablemente para no sufrir el desgaste político en que necesariamente incurre quien toma decisiones genuinas y normalmente controvertidas. La dejación de funciones del legislador ha terminado desplazando la responsabilidad de esa especificación a los jueces y ha acrecentado la densidad normativa de las decisiones judiciales. Idénticas consideraciones a propósito de la abdicación por parte del ejecutivo de su potestad reglamentaria. Ilustrativo, en este sentido, es el caso del artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal y como quedó redactado por la Disposición Final Segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que atribuyó a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia competencia para la «autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente».

<sup>48</sup> *Los derechos... op. cit.*, p. 170.

<sup>49</sup> La expresión y las tesis de Loughlin que expongo a continuación están, a su vez, inspiradas fundamentalmente en los planteamientos de Tribe (TRIBE, Lawrence H., *The Invisible Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2008).

pero no necesaria o plenamente identificados con ella, ya que estos valores, principios y derechos son más bien el fundamento del proyecto constitucional mismo, es decir, que equivalen al modelo de derechos y constitución del constitucionalismo contemporáneo. La aparición de esta constitución invisible es fruto de la revolución de los derechos y de la mutación en la concepción de la constitución, que habría pasado de ser un texto hábil para garantizar la limitación y el control del poder a un referente ideal de representación de la unidad social, porque la constitución, por sus aspiraciones éticas, se convierte en un fuente y símbolo de la unidad política y de la integración de los individuos a partir de la realización de los valores, principios y propósitos que comporta<sup>50</sup>.

Es obvio que el problema fundamental de los elementos que forman la constitución invisible o dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional es su determinación. No hay que olvidar que ni las reglas se aplican a sí mismas ni los valores o derechos se determinan por sí solos: siempre es necesaria su determinación por alguien<sup>51</sup>. Una vez que el ordenamiento remite o reenvía a principios o valores morales, alguien, sea el juez o el legislador, debe interpretarlos y aplicarlos<sup>52</sup>. Además, el sentido de la constitución y los derechos está indisolublemente vinculado con cuestiones moralmente sustanciales y no solo con cuestiones relativas a la estructura institucional de los Estados constitucionales y, en estas condiciones, no está claro que existan criterios de corrección de las operaciones de ponderación exigidas por el contenido ético-sustantivo de las constituciones contemporáneas ni que las decisiones sobre estas cuestiones estén sujetas a un parámetro de corrección<sup>53</sup>. Si tenemos en cuenta que los componentes de la constitución material son elementos abstractos que presentan un contenido controvertido o una acusada tendencia a entrar en conflicto entre sí, la determinación, además de ineludible, comportará un elevado grado de discrecionalidad<sup>54</sup>.

En consecuencia, en el Estado constitucional contemporáneo es el poder judicial el responsable del cumplimiento de la promesa constitucional de construir una sociedad conforme a los principios de igual libertad y dignidad<sup>55</sup>, es decir, que es el responsable no solo de la interpretación y la aplicación de la constitución formal sino también

<sup>50</sup> LOUGHLIN, Martin, *Against...*, *op. cit.*, pp. 141 y 148-150. Desde este punto de vista, la integración llevada a cabo por las constituciones contemporáneas sería un tipo de integración material, es decir, aquella en la que la integración de la comunidad política se basa en la consecución o realización de valores y objetivos comunes (SMEND, Rudolf, *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss.).

<sup>51</sup> CELANO, Bruno, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>52</sup> LUQUE, Pau, *De la constitución...* *op. cit.*, p. 22.

<sup>53</sup> CELANO, Bruno, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>54</sup> Hablamos de desacuerdos sin tacha, en el sentido de que las partes, para saber cuál es el contenido del derecho cuando las disposiciones jurídicas emplean términos éticos o se remiten a valores o principios de esa misma naturaleza, recurren a argumentos, razonamientos o consideraciones de naturaleza moral sustantiva que están en conflicto entre sí, sin que pueda afirmarse que una de las partes claramente ha cometido un error (LUQUE, Pau, *De la constitución...*, *op. cit.*, pp. 167 y ss.).

<sup>55</sup> LOUGHLIN, Martin, *Against...*, *op. cit.*, pp. 167-168.



de desvelar, actualizar y renovar sus valores subyacentes y de realizarlos mediante sus decisiones. De ese modo, los jueces quedan habilitados para la creación de un nuevo tipo de derecho o legalidad constitucional a la que habría dado lugar el constitucionalismo contemporáneo<sup>56</sup> y cuyo contenido es un conjunto implícito, totalizante e idealizado de valores y principios abstractos en los que se funden la razón jurídica y la política, pues en la era de la constitución total la razón política y de Estado quedan absorbidas por la razón constitucional. Efectivamente, el fundamento de la legalidad constitucional es tanto político como jurídico en la medida en que, a diferencia del texto constitucional que presupone un acto de voluntad más o menos identificable, la constitución implícita, aunque desvelada por el poder judicial, es concebida como un fruto de la razón<sup>57</sup>. De otro lado, no hay que olvidar que la relación entre las reglas formalmente promulgadas y la constitución queda también afectada por la constitución invisible, porque la legislación ordinaria, como producto de la voluntad, es superada por esa supralegalidad constitucional que opera mediante la elaboración racional<sup>58</sup>. De ese modo, el imperio del derecho deja de identificarse con el acatamiento de las reglas formales promulgadas y pasa a serlo con el gobierno conforme a principios y valores racionales cuya elaboración y expresión es tarea del poder judicial<sup>59</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Los Estados constitucionalizados ya venían suscitando interés filosófico a la vista, fundamentalmente, de su difícil relación con el principio democrático<sup>60</sup>. Sin embargo,

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 161-163.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 134-135.

<sup>58</sup> Como advierte Loughlin (*ibidem*, p. 193), las mutaciones y cambios constitucionales e institucionales experimentados en muchos Estados —y particularmente en EEUU— no han sido tanto efecto de textos constitucionales o de constituciones formales, como de la constitución invisible, desvelada por numerosas teorías constitucionalistas que han pretendido capturarla.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 161-163. También SALAZAR UGARTE, Pedro, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano (Una perspectiva crítica)» en Luis González Pérez y Diego Raúl Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Biblioteca Jurídica Virtual UNAM, 2013, pp. 374-376, se ha referido a dos rasgos característicos del llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que apuntan en la dirección que aquí se señala. El primero es la idea de bloque de constitucionalidad, que asimila al texto constitucional con otras fuentes jurídicas como tratados internacionales en materia de derechos humanos, normas legales de gran significación política, etcétera, una asimilación que contribuye a desdibujar los perfiles de la constitución formal. El segundo, más relevante, es el principio *pro persona* o *pro derechos*, esto es, un principio de validez jurídica que establece la preferencia de la norma más favorable a los derechos frente a la que lo sea menos, con independencia de otras consideraciones, como, por ejemplo, el rango jerárquico de las normas en tensión. Efectivamente, según este principio, por tanto, se «debe privilegiar las disposiciones o normas que, más allá de su ubicación en la estructura del ordenamiento, en virtud de su contenido brinden mayor protección a los derechos humanos o fundamentales», sin que dichas disposiciones tengan por qué encontrarse necesariamente en el texto constitucional.

<sup>60</sup> PINTORE, Ana, «Derechos insaciables» en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos...*, *op. cit.*, por ejemplo.

no es fácil tampoco su relación con los principios del Estado de derecho<sup>61</sup>. Esta cuestión no ha sido tan explorada como la de la objeción contramayoritaria a dimensiones características de los Estados constitucionales y constitucionalizados como la rigidez constitucional o el control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, es evidente que, una vez esclarecidos los rasgos fundamentales de los procesos de constitucionalización, es oportuno también aclarar si los Estados constitucionalizados son compatibles o no con un modelo jurisdiccional de Estado genuino, congruente, a su vez, con los principios del Estado de derecho.

Al respecto, es común la postura de quienes consideran que hay una sustancial continuidad entre el constitucionalismo moderno y el contemporáneo o que el Estado constitucional es la culminación del Estado de derecho, dado que garantiza el sometimiento del legislador a la constitución, una tarea esta pendiente en el Estado de derecho vinculado al constitucionalismo moderno<sup>62</sup>. Es verdad que las propuestas del constitucionalismo contemporáneo siguen reproduciendo una plantilla básica heredada del constitucionalismo moderno: que el poder queda efectivamente disciplinado en función de un texto que establece el método y las condiciones en función de las que se organizará y ejercerá el gobierno, cuyos actos no serán válidos si a juicio de los jueces son contrarios a las condiciones que se han impuesto en la constitución<sup>63</sup>. Aparentemente el constitucionalismo contemporáneo podría ser considerado una filosofía del derecho declaradamente normativista: no solo presupone un texto —el texto constitucional— que puede limitar efectivamente el sentido de las decisiones de los gobernantes, sino también la existencia de una racionalidad jurídica llamada también a condicionarlas. El constitucionalismo contemporáneo, en cierto modo, podría ser presentado como un

<sup>61</sup> En ese sentido y refiriéndose específicamente al rol de la jurisdicción en los Estados constitucionalizados, CELANO, Bruno, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 169. Al respecto también GRIMM (GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 40) ha apuntado que la actividad estatal y regulatoria característica de los Estados constitucionalizados alcanza tal nivel de complejidad que no es posible preverla de un modo fiable, planteándose así tensiones con los principios del Estado de derecho.

<sup>62</sup> Al respecto, por ejemplo, Zagrebelsky (*El derecho...*, *op. cit.*, pp. 33-34), Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Estado de derecho, Derechos Humanos y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 213) o Ansuátegui (ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, «Estado de derecho, crisis de la ley y Estado constitucional» en Virgilio Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Estudios en Homenaje a Luis García San Miguel II*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, pp. 255 y ss.). Yo mismo he sostenido antes este planteamiento en PEÑA, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 41. En contra, al menos en lo que a la forma de Estado se refiere, Atienza (ATIENZA, Manuel, «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *Isonomía*, 31 (2009), pp. 205-223, p. 213) que considera que nos hallamos ante un cambio de paradigma.

<sup>63</sup> En ese sentido, LOUGHLIN, Martin, *Against...*, *op. cit.*, pp. 3-4.

intento de revertir la afirmación de SCHMITT<sup>64</sup> de que toda unidad política tiene su valor y la razón de su existencia en su existencia misma y no en la justicia<sup>65</sup>.

Sin embargo, una cosa es lo que se declara o pretende y otra lo que acaba sucediendo en realidad. Cierta deriva del constitucionalismo contemporáneo podría estar cuestionando los fundamentos y compromisos éticos y políticos del constitucionalismo mismo, pues las tendencias que apuntan a una intensificación de la densidad política y de la naturaleza decisionista de las resoluciones judiciales no son ni pocas ni de escasa importancia.

Como hemos visto, las constituciones de los Estados constitucionalizados son firmes en su habilitación a los jueces para controlar la legitimidad constitucional de las decisiones de los otros poderes del Estado. Ahora bien, la habilitación a un poder nominalmente *jurisdiccional* para tomar decisiones sobre el sentido de los deberes y derechos de los ciudadanos no es, como tal, suficiente para validar la compatibilidad entre ese método de decisión y los principios del Estado de derecho. En un modelo jurisdiccional de Estado, según VINX<sup>66</sup>, son los jueces los competentes para la determinación sobre la razonabilidad y la justicia de aquellas cuestiones sobre las que comúnmente existe controversia<sup>67</sup>, si bien la naturaleza jurisdiccional de esta forma de gobierno presupone que los jueces adoptan esas decisiones determinativas en función de parámetros o normas cuyo contenido sea conocido e indisputado o, al menos, que de algún modo esté establecido. Esta última salvedad es la clave: si los jueces no deciden en función de estándares establecidos y estables, la decisión no podrá decirse jurisdiccional y el resultado será un modelo juristocrático<sup>68</sup>, no jurisdiccional, de Estado<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 46.

<sup>65</sup> El hecho de que el concepto de lo político venga determinado, en última instancia, por un proyecto fundado en derechos y no en el señalamiento y demarcación de un enemigo frente al que se construye la unidad, también apunta en esa dirección.

<sup>66</sup> VINX, Lars, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 131.

<sup>67</sup> A diferencia de un modelo legislativo de Estado en el que, según nos recuerda también Vinx citando a Thoma, es el legislador el responsable de la determinación de estas cuestiones. Al respecto también, Fioravanti (FIORAVANTI, Maurizio, «Estado y Constitución» en Maurizio Fioravanti (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta 2002, p. 40), quien señala, refiriéndose a los que aquí hemos llamado Estados constitucionalizados, que la jurisdicción ha vuelto en ellos a concurrir al gobierno, una vez superado el modelo legislativo de Estado dominado por el principio de soberanía del legislador.

<sup>68</sup> HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2007. Algo que iría mucho más allá del Estado jurisdiccional de justicia constitucional supuestamente superador del Estado legislativo parlamentario al que se refiere BÖCKENFÖRDE, Ernst-W., «Grundrechte als Grundstaznormen. Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik» en *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, p. 188, citado por KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz, *La estructura constitucional del principio de proporcionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 126).

<sup>69</sup> Sobre este asunto, merece la pena también recordar las advertencias de Prieto (PRIETO, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 132-133) cuando señaló que,

La práctica del constitucionalismo contemporáneo no tiene fácil evitar esa deriva, especialmente en el momento en que se generaliza un modelo de constitución total e invisible<sup>70</sup>. De un lado, la dimensión total de las constituciones contemporáneas y el alcance de las concepciones de los derechos que fundamentan sus funciones hace que el universo de las cuestiones cuya legitimidad constitucional queda incluida en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales se haya visto aumentado de un modo más que notable. Del otro, los referentes o fundamentos del juicio de legitimidad constitucional también se han visto notoriamente ampliados al comprometerse la constitución con la realización de toda una serie de valores y principios éticos de gran hondura moral, con todo lo que esto comporta a la hora de decidir conforme a ellos. Normalmente no es fácil encontrar los estándares normativos claros antecedentes a las decisiones de los jueces constitucionales, pero con la constitución invisible esa es una tarea casi imposible. La constitución latente solo puede actualizarse mediante decisiones judiciales fuertemente discrecionales sobre su sentido<sup>71</sup>. Una decisión fundada en la constitución invisible tiene normalmente más de invención que de interpretación<sup>72</sup>, lo que supone que alcanza un umbral de discrecionalidad incompatible con el Estado de derecho. La abstracción y controvertibilidad de los componentes de la constitución invisible y el hecho de que su contenido solo pueda actualizarse mediante decisiones judiciales fuertemente discrecionales abundan en las derivas decisionista de la justicia constitucional y juristocrática de los Estados constitucionalizados.

---

si «la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida en que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía» y que en la medida en que «la Constitución es una norma, y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial».

<sup>70</sup> Existe cierto paralelismo entre el binomio constitución invisible/textual del constitucionalismo contemporáneo con la distinción que traza Schmitt entre conceptos absolutos y relativos de constitución. Para Schmitt (*Teoría...*, *op. cit.* pp. 30-31), el concepto absoluto de constitución la identifica con el Estado mismo, es decir, con la unidad y ordenación políticas y con la forma de su dominio o gobierno, mientras que la constitución relativa, por el contrario, se refiere a las leyes constitucionales, es decir, con un conjunto de normas de un determinado tipo o con una ley o texto constitucional, que contingentemente podría incluir disposiciones que por su contenido o relevancia no pueden ser consideradas propiamente constitucionales en la medida en que no son constitutivas de la unidad estatal ni definen su forma política (*ibidem*, p. 37). Huelga decir que, para Schmitt, la constitución auténtica es la absoluta.

<sup>71</sup> La convicción común en algunas instancias judiciales de que la constitución a la que realmente estaría vinculado el juez no es la formal o textual sino la invisible, recuerda a la decidida apuesta de SCHMITT por considerar constitución no a las leyes formalmente constitucionales a las que denomina constitución relativa, sino a la absoluta. La conclusión presenta, efectivamente, resonancias schmittianas visto su decisionismo y su rechazo al normativismo.

<sup>72</sup> Al respecto, DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, pp. 66-68 y también IGLESIAS, Marisa, *El problema de la discrecionalidad judicial*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 161 y ss.

Estas derivas de los Estados constitucionalizados se agudizarán si culmina el desplazamiento de los referentes normativos a los que los jueces se consideran vinculados desde la constitución visible a la latente, es decir, si los jueces terminan considerándose jurídicamente habilitados a decidir en función del que consideren el fundamento ético-material de la constitución con independencia incluso del sentido más o menos literal del texto o leyes constitucionales<sup>73</sup>.

Todas las anteriores consideraciones ponen de manifiesto una cierta inestabilidad en los desarrollos del constitucionalismo contemporáneo, que podrían ser presentados como la culminación del proceso de racionalización y sometimiento a condicionantes normativos de las decisiones legislativas y políticas o, por el contrario, como la expresión de un modelo juristocrático de gobierno en el que los jueces deciden libremente sobre cuestiones constitucionales. Cuál sea el devenir previsible de los Estados constitucionalizados dependerá de cómo son concebidos y presentados por quienes los promueven y también del modo en que sean practicados, especialmente por los jueces. Cierta deferencia judicial hacia las decisiones mayoritarias parece necesaria para mitigar las tendencias contramayoritarias de los Estados constitucionalizados y cierta prevención judicial respecto de las expresiones más ideologizadas de los derechos, valores y principios constitucionales, es decir, de las versiones menos validadas por las tradiciones jurídico-constitucionales más acreditadas, parece oportuna para evitar el colapso juristocrático del Estado constitucional y garantizar así su compatibilidad con los principios del Estado de derecho.

<sup>73</sup> En estas condiciones, se puede dudar de que, como dijo Kelsen (KELSEN, Hans «La garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional» en *Escritos sobre justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, 2021, p. 166), la inconstitucionalidad que se sigue de la contradicción o incompatibilidad entre el contenido de la ley y los preceptos de la constitución que condicionan cuál ha de ser el contenido constitucionalmente válido de las leyes, pueda ser reducida a inconstitucionalidad formal, en la medida en que las prescripciones de la ley materialmente inconstitucionales no lo serían si hubieran sido promulgadas como contenido de una ley de reforma de la constitución. Ahora no hay que excluir la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales o incluso del propio texto de la constitución, pues la dimensión ético-sustantiva de la constitución no lo es estrictamente hablando del texto constitucional, sino de la concepción de los derechos y del proyecto de orden constitucional del constitucionalismo contemporáneo.



LOS «NUEVOS DERECHOS» EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Tomás de Domingo Pérez<sup>1</sup>

1. INTRODUCCIÓN

La reivindicación de nuevos derechos está muy presente en España desde hace aproximadamente dos décadas<sup>2</sup>. Hay quienes ven en este movimiento el trasfondo de una ideología impulsada por grupos de presión que pretenden exaltar la autodeterminación individual, contando para ello con la intervención del Estado<sup>3</sup>. También se sostiene que, pese a no constituir un grupo unitario, los nuevos derechos implican un cambio de paradigma que se caracteriza por negar la referencia a la naturaleza humana<sup>4</sup>. Asimismo, se ha afirmado que los nuevos derechos estarían orientados a un redescubrimiento de la noción de bien común que supere la visión etnocéntrica de los problemas<sup>5</sup>. Desde una perspectiva estrictamente jurídica se puede analizar si se trata de auténticos derechos o, más bien, de directrices políticas como sucede, por ejemplo, con buena parte de los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía que se reformaron en la primera década del presente siglo. Finalmente, el fenómeno de los nuevos derechos también plantea problemas con relación a su titularidad: hay autores que no tienen

<sup>1</sup> Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante), España.

<sup>2</sup> Esta tendencia comenzó con el gobierno de Rodríguez Zapatero, quien hizo de la llamada ampliación de derechos de ciudadanía uno de los pilares de su acción política. En su discurso de investidura, pronunciado el 15 de abril de 2004, anunció su deseo de que la «etapa que ahora iniciamos suponga una oportunidad real para dotar de nueva dimensión, para llenar de nuevos contenidos, el concepto de ciudadanía. Lo haremos ampliando los derechos civiles y políticos de los ciudadanos españoles» (<https://e00-elmundo.uccdn.es/documentos/2004/04/15/discurso.pdf>, última fecha de consulta el 2 de octubre de 2023).

<sup>3</sup> OLLERO, Andrés, «Los nuevos derechos», *Persona y Derecho*, núm. 66 (2012), pp. 59-62.

<sup>4</sup> PEREIRA SÁEZ, Carolina, «Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?», *Persona y Derecho*, núm. 75 (2017), pp. 93-114, p. 95.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, «¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 20 (2003), pp. 227-254, p. 237.

inconveniente en reconocer derechos a los animales<sup>6</sup>, e incluso se discute si los entes naturales podrían ser titulares de derechos<sup>7</sup>.

Ante tantos y tan variados problemas, considero prioritario analizar en qué medida el marco que representa el Estado constitucional de Derecho en España condiciona tanto la reivindicación como el reconocimiento de nuevos derechos. En nuestros días, la mayoría de autores y el Tribunal Constitucional han aceptado pacíficamente que los derechos fundamentales admiten restricciones, siempre que las mismas superen el control que representa el principio de proporcionalidad. Con ello nos hemos alejado de los fundamentos axiológicos de nuestra Constitución y no solo existe un peligro real de que los derechos fundamentales se sigan relativizando, sino de que continúe la demanda poco rigurosa de nuevos derechos a la que estamos asistiendo. En este trabajo intentaré mostrar, en primer lugar, que es posible una teoría de los derechos fundamentales que reafirme la posición central que estos derechos ocupan en nuestro sistema constitucional sin necesidad de aceptar los presupuestos conflictivistas del principio de proporcionalidad. En segundo lugar, una vez clarificado lo anterior, examinaré cuáles son los márgenes en los que se puede mover lícitamente el legislador a la hora de reconocer nuevos derechos. En tercer lugar, dado que en todo momento voy a referirme a los nuevos derechos como derechos subjetivos individuales, me gustaría concluir realizando unas precisiones analíticas sobre este concepto que quizá puedan ayudar a identificar cuándo se está ante un auténtico derecho.

## 2. LOS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Estado constitucional de Derecho surge tras la II Guerra Mundial sobre la base del reconocimiento de la dignidad humana y del respeto a los derechos fundamentales de la persona. La posición central que ocupan estos derechos en el Estado constitucional podría hacer pensar que nos hallamos ante un movimiento pendular de la historia en el que se habría pasado a reivindicar el respeto a los derechos fundamentales como garantía de la libertad individual en contraposición a la exaltación de lo colectivo (la nación o su elemento personal, el pueblo) que caracterizó los movimientos totalitarios de la primera mitad del siglo xx. En este sentido, cobra una importancia sistémica la cláusula de garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales que han incorporado buena parte de las Constituciones surgidas a partir de ese momento, entre ellas la Constitución española de 1978 en su art. 53.1, para evitar lesiones provenientes de los

<sup>6</sup> DE LORA, Pablo, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, Alianza Editorial, 2003.

<sup>7</sup> Sobre los argumentos en favor y en contra de reconocer derechos a entidades naturales, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor», en <https://almacenederecho.org/algunos-reparos-a-la-doctrina-del-mar-menor> (última consulta el 2 de octubre de 2023).



poderes públicos<sup>8</sup>. En apariencia, se trataría de un regreso a la idea de Locke, según la cual el poder político se halla limitado por el respeto a los derechos naturales del individuo<sup>9</sup>. Sin embargo, no creo que sea así: el Estado constitucional de Derecho constituiría una síntesis —por decirlo en términos hegelianos— de dos tendencias contrapuestas: el liberalismo individualista y aquellas concepciones políticas que priorizan lo colectivo frente a lo individual. Esa síntesis se manifiesta en el reconocimiento de la doble dimensión de los derechos fundamentales, que significa que los derechos fundamentales no son solamente bienes individuales al servicio de su titular —dimensión individual o subjetiva—, sino bienes colectivos —dimensión institucional u objetiva—, el núcleo del bien común. Esta idea fue introducida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia «Lüth»<sup>10</sup>, y también forma parte de la doctrina del Tribunal Constitucional español desde el comienzo de su andadura en 1981<sup>11</sup>. En España, la doble dimensión de

<sup>8</sup> Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de Andrés Ollero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

<sup>9</sup> El planteamiento de Locke se observa con claridad en diversos pasajes de su *Segundo Tratado* (LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, edición con traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2000). Por una parte, Locke destaca que el hombre «tiene por naturaleza el poder de proteger su propiedad, es decir, su vida, su libertad y sus bienes» (p. 102). Posteriormente, cuando examina el poder legislativo, tras afirmar que este debe ser considerado el poder supremo dentro de cada Estado, inmediatamente concreta su carácter limitado, ya que «no puede ser ejercido absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y las vidas del pueblo» (p. 142). Semejante poder absoluto y arbitrario «no puede ser compatible con los fines de la sociedad y del gobierno. Los hombres no abandonarían la libertad del estado de naturaleza, ni se someterían a una norma, si no fuera porque buscan con ello preservar sus vidas, sus libertades y sus fortunas» (p. 145). Sobre Locke, cfr. RODILLA, Miguel Ángel, *Contrato Social. De Hobbes a Rawls*. Tomo I, Salamanca, Ratio Legis, 2014, pp. 194-200. Las ideas de Locke se vieron plasmadas en las Declaraciones de Derechos de finales del siglo XVIII tanto en Francia como en Estados Unidos. Así, por ejemplo, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, tras el triunfo de la Revolución en 1789, establece en su art. 2: «La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». Aquí se plasman las ideas sobre las que se sostiene el constitucionalismo, si bien en el caso francés tales ideas se vieron frustradas por la importancia, no exenta de ingenuidad, que recibió la ley por influencia del pensamiento de Rousseau.

<sup>10</sup> 7 BVerfGE, 198 (1958). Sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales en Alemania, cfr. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Joaquín Brage Camazano (trad.), presentación y estudio preliminar de Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 71-124. Este libro constituye la traducción del libro *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19. Abs. 2 Grundgesetz* que se publicó por primera vez en 1962. También cfr. CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores*, presentación de Pedro Serna, Granada, Comares, 2005, pp. 9-39.

<sup>11</sup> STC 25/1981, de 14 de julio: «En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho

los derechos fundamentales no se fundamenta únicamente en la doctrina del Tribunal Constitucional, sino que tiene su apoyo en el art. 10.1 CE, al establecer el propio texto constitucional que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes constituyen el fundamento del orden político y de la paz social<sup>12</sup>.

La exigencia de respeto a los derechos fundamentales como base de la convivencia se refuerza notablemente si estos se presentan al mismo tiempo como bienes individuales y colectivos, ya que es habitual contraponerlos y recurrir a argumentos ligados a la protección de intereses colectivos para restringir o lesionar derechos fundamentales<sup>13</sup>. Sostener la doble dimensión de los derechos fundamentales y su posición central en el Estado constitucional como núcleo de lo justo constituye una tesis filosófica política con un claro fundamento ético: el reconocimiento del valor de la dignidad humana como realidad previa y superior a la propia Constitución que sirve de base a la convivencia. Si se es coherente con esta premisa axiológica, habría que afirmar que, en su ejercicio, los derechos fundamentales presentan límites, pero no admiten ser restringidos ni lesionados, una tesis minoritaria en nuestros días.

En efecto, hoy es claramente mayoritaria la opinión de que los derechos fundamentales pueden ser legítimamente restringidos o lesionados cuando el legislador entiende que es necesario para proteger o realizar mejor, directa o indirectamente, bienes colectivos constitucionalmente valiosos. Esta idea se ha abierto paso junto al instrumento que permitiría valorar racionalmente la justificación de tales lesiones o restricciones: el principio de proporcionalidad, que incorpora el empleo de la ponderación<sup>14</sup>. Robert

---

y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)» (fundamento jurídico 5.º).

<sup>12</sup> Ciertamente, el texto incluye también entre esos fundamentos el respeto a la ley y a los derechos de los demás y el libre desarrollo de la personalidad. No obstante, la ley, a su vez, debe respetar el contenido esencial de los derechos y el libre desarrollo de la personalidad se logra jurídicamente a través del ejercicio de los derechos fundamentales.

<sup>13</sup> Aunque Alexy sitúa la distinción entre reglas y principios en la base de su teoría de los derechos fundamentales, quizá la más influyente en nuestros días, en mi opinión, es muy importante la distinción que traza entre los derechos fundamentales como bienes individuales y los bienes colectivos. Al respecto, cfr. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Jorge Malem (trad.), Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 186 y ss. Alexy define un «bien colectivo» como una realidad no-distributiva y, por tanto, no atribuible a un individuo. Por consiguiente, la propia definición de la que parte niega la doble dimensión de los derechos fundamentales.

<sup>14</sup> Entre los autores que se muestran críticos con el principio de proporcionalidad, cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Sobre ponderaciones. Debatando con Manuel Atienza», en ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*, Lima, Palestra, 2021, pp. 37-78. Este autor también observa la inevitable relativización que sufren los derechos fundamentales cuando se recurre a la ponderación: «Lo verdaderamente revolucionario de este principalismo ponderativo es que las normas que fijan condiciones aparentemente ineludibles o que, incluso, fijan límites a las limitaciones de derechos, se vuelven fluidas, provisionales y sometidas todas a una cláusula de excepción de este tipo: “salvo que en las circunstancias del caso haya

Alexy, el autor cuya teoría de los derechos fundamentales representa el mayor respaldo a la utilización de este principio<sup>15</sup>, afirma que la proporcionalidad «en las últimas décadas ha recibido el mayor reconocimiento internacional de todos los tiempos tanto en el ámbito práctico como teórico del control constitucional»<sup>16</sup>. Al margen de otras consideraciones, la posibilidad de restringir los derechos fundamentales recurriendo al principio de proporcionalidad implica, en mi opinión, tres cosas:

- a. En primer lugar, la sustitución de una teoría material de lo justo (que está en el origen del neoconstitucionalismo) por una teoría procedimental cuyo objetivo es disciplinar el procedimiento argumentativo. La formalización de este procedimiento alcanza su máxima expresión con la «fórmula del peso» de Alexy<sup>17</sup>.
- b. En segundo lugar, y en línea con lo anterior, se socava la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales, es decir, su consideración de pilar de la vida colectiva o núcleo del bien común. Esto es así sencillamente porque se está admitiendo que puede haber bienes más importantes que los derechos fundamentales y, en consecuencia, tales bienes deben ser protegidos y antepuestos a los derechos fundamentales.
- c. En tercer lugar, el recurso al principio de proporcionalidad refuerza el papel del poder legislativo y con ello —y esto es muy importante— la posibilidad de que se abran paso demandas de nuevos derechos susceptibles de ser contrapuestas a los propios derechos fundamentales con posibilidades de éxito. El legislador se ve reforzado frente al Tribunal Constitucional por una razón bastante evidente, pero que suele pasar desapercibida: si se admite la posibilidad de que el legislador pueda restringir los derechos fundamentales, se amplía notablemente su margen estructural de actuación y se desdibuja el papel del Tribunal Constitucional como garante último de los derechos fundamentales. Es cierto que el Tribunal Constitucional puede revisar en última instancia si son admisibles las razones del legislador y valorar si ha habido un sacrificio desproporcionado del derecho restringido; pero ¿por qué la valoración del Tribunal Constitucional debe imponerse a la del legislador cuando de lo que se trata es de decidir la oportunidad de introducir unas restricciones que, según

---

*razón suficiente para que pese más un principio justificador de una solución opuesta»*» (pp. 61-62). Y, más adelante, añade: «Consecuencia: *los derechos*, los tan cacareados derechos que serían esencia de este modelo de Estado constitucional, *se tornan rigurosamente provisionales*, incluso cuando hay norma legal que los desarrolla tratando de maximizar (u optimizar) su alcance» (p. 62).

<sup>15</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert, «Principios formales», María Claudia Quimbayo Duarte (trad.), *Doxa*, núm. 37 (2014), p. 17.

<sup>17</sup> Cfr. ALEXY, Robert, «Die Gewichtsformel», en J. Jickeli-P. Kreutz-D. Reuter (eds.), *Gedächtnis-schrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003.

el Tribunal Constitucional, la Constitución no estaría vedando? Si el Tribunal Constitucional se adentra en este terreno fácilmente puede ir más allá de su papel garantista. La situación es muy distinta si se es fiel al fundamento axiológico del Estado constitucional y se afirma que los derechos fundamentales no admiten restricciones. Aquí sí tiene auténtico sentido la labor del Tribunal Constitucional como garante último de unos derechos que se aspira a preservar por encima de la voluntad coyuntural de los representantes políticos de los ciudadanos, porque son fruto de la decisión soberana de la nación plasmada en la Constitución. Y, por ello, cuando se estime que las circunstancias exigen restringir tales derechos, la vía adecuada sería constitucionalizar tales restricciones a través de una reforma constitucional respaldada explícitamente por los ciudadanos.

Sostener que los derechos fundamentales presentan límites, pero no admiten lesiones o restricciones demanda una teoría de los derechos fundamentales que se mantenga fiel a los fundamentos axiológicos del Estado constitucional de Derecho, es decir, a la idea de que el respeto a los derechos fundamentales como bienes individuales y colectivos constituye el núcleo de «lo justo» en nuestro modelo de convivencia política<sup>18</sup>. En esta teoría es esencial comprender qué entraña la condición de «bienes» propia de los derechos fundamentales, que, además, cabe extender, como más adelante se verá, a cualquier nuevo derecho.

Un derecho fundamental se presenta primariamente como un bien para su titular: un ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana valioso porque le ayuda a desarrollar libremente su personalidad en el marco de la sociedad en la que vive<sup>19</sup>. Es evidente que cuando alguien actúa al amparo de un derecho fundamental pueden producirse situaciones que cabría calificar «*prima facie*» de conflictivas. A favor del principio de proporcionalidad juega que la visión conflictivista del derecho parece intuitivamente correcta, dado que los problemas jurídicos frecuentemente se presentan como pretensiones contrapuestas que reflejan, en no pocas ocasiones, un conflicto de valores. Por ejemplo, un trabajador que profese la religión de los adventistas del

<sup>18</sup> Esta teoría está desarrollada en DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, «La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común», en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, y DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada, Comares, 2011, pp. 5-29.

<sup>19</sup> He definido el derecho fundamental como aquel «ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel, consistente al menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la acción de los poderes públicos -especialmente el legislador-, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito le sea protegido judicialmente» (DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, «La teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común», *op. cit.*, p. 24).

séptimo día y pretenda sin éxito descansar los sábados considerará innegable que vive una situación conflictiva, pues su pretensión colisiona con la del empresario que le exige que acuda a su puesto de trabajo ese día de la semana. En la vida cotidiana hay muchísimas situaciones de este tipo. Por ello es importante comprender adecuadamente el problema, porque un conflicto de pretensiones no debe interpretarse como sinónimo de un conflicto entre derechos, o entre derechos y bienes colectivos<sup>20</sup>.

Aunque desde la perspectiva del individuo al que se le niega aquello que pretende la situación puede ser interpretada y calificada como lesiva o restrictiva, esa no es la única perspectiva para entender la situación que se está viviendo. Al amparo de un derecho fundamental —y extendería esta afirmación a cualquier auténtico derecho— no se puede pretender bloquear el funcionamiento de una institución lícita desde el punto de vista constitucional o impedir el normal desarrollo de la vida colectiva. La razón es muy clara: la dimensión social del ser humano es incompatible con un ejercicio de los derechos fundamentales que no respete los condicionantes propios del contexto vital en que se desarrolla nuestra vida junto a los otros. Si se admitiera esta posibilidad los derechos fundamentales, más que ejercerse en la sociedad, se convertirían en un «disolvente» social y, por tanto, difícilmente podrían ser considerados «bienes». Podríamos decir que *los derechos fundamentales se ejercen en el mundo (una sociedad concreta), pero no constituyen un instrumento para crear un mundo a nuestra imagen y semejanza*. Aquellos individuos pertenecientes a grupos minoritarios probablemente calificarían esta argumentación como marcadamente conservadora e incluso cínica, ya que parece que da carta de naturaleza a que se impongan los valores de mayorías sociales y/o culturales sosteniéndose, además, que no se trata de ninguna restricción o lesión del derecho.

Pero la argumentación no concluye aquí. La historicidad inherente a la vida colectiva hace que las sociedades estén sujetas a cambios constantes. Ahora bien, una cosa es que se pueda constatar la evolución social y otra muy distinta es violentar las estructuras sociales forzando cambios que son imposibles por razones físicas, técnico-organizativas, o que generen un fuerte rechazo social. Dado que las sociedades no presentan una estructura rígida, hay que destacar que los derechos fundamentales pueden y deben contribuir a configurarlas. La posición central que ocupan en el ordenamiento jurídico

<sup>20</sup> Un claro ejemplo de esta «precipitada» visión conflictivista puede hallarse en RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 150: «El segundo argumento para sostener la existencia de conflictos de derechos es simple: es posible un enfrentamiento entre derechos exactamente iguales, respeto a los cuales es lógicamente inviable la armonización previa. El ejemplo dramático de dos naufragos que compiten por un único salvavidas puede servir para ilustrar la situación. Ambos tienen un derecho igual a la propia vida, y a luchar por defenderla incluso si al hacerlo ponen en peligro la vida del otro. Hay un conflicto de derechos, que de ningún modo es solo aparente». En mi opinión, precisamente este ejemplo pone de relieve que no hay un conflicto entre el derecho a la vida de los dos naufragos, sino una imposibilidad fáctica de que ambos vivan, dada la situación en que se encuentran.

y su fuerza vinculante sobre los poderes públicos exige que se haga lo posible por compatibilizar la organización de la vida colectiva con el ejercicio de los derechos fundamentales. Podría decirse que quien está ejerciendo un derecho fundamental tiene derecho a que los factores reales —que no simplemente empíricos— que contextualizan su ejercicio, sin perder los rasgos que los definen y les permiten alcanzar sus fines, se modifiquen para acoger la peculiar forma de «estar» en el mundo (en la sociedad) del titular del derecho. Si ese esfuerzo se realiza y no es posible el ajuste, se estará ante la imposibilidad fáctica de ejercer un derecho fundamental, y no ante un conflicto de derechos «*stricto sensu*», o ante una restricción. Como es natural, la valoración de dicho «esfuerzo» constituye el núcleo del juicio prudencial, es decir, es propio de la *jurisprudencia* determinar a la luz de las circunstancias de cada caso qué era «lo debido» a cada una de las partes enfrentadas. Para alcanzar conclusiones en este terreno, la razón, en este caso la razón jurídica, debe orientarse a comprender cómo el contexto social condiciona y a su vez se ve condicionado por los derechos que pretenden hacer valer las partes en conflicto<sup>21</sup>. La razón jurídica suele recurrir en estas situaciones al criterio de interpretación teleológico, que no se centra exclusivamente en las normas, sino que reclama una comprensión de la situación vital que es la que hace que la norma —a través de la interpretación del enunciado que la transporta— cobre auténtica vida<sup>22</sup>. Lógicamente, la desconfianza en la capacidad de la razón para captar objetivamente el sentido de la situación se traducirá en una subordinación del criterio de interpretación teleológico<sup>23</sup>. Cuando eso sucede tiene sentido presentar estas situaciones conflictivas como una ponderación en la que lo importante es «pesar» los intereses —que no bienes, por lo que más adelante se dirá— contrapuestos, y en dicho peso la objetividad vendrá

<sup>21</sup> Esta situación en la que se plantea un conflicto de pretensiones, que denomino «desajuste» y que puede responder a su vez a un conflicto de valores, hace que el juicio prudencial se pueda confundir con la «ponderación». La diferencia radica en que en el planteamiento que propongo, en lugar de establecer preferencias jerárquicas, se reclama un esfuerzo por armonizar las pretensiones enfrentadas con un fundamento objetivo, que es la estructura social, lo cual lógicamente es más complejo que declarar un «vencedor» y un «vencido». No es lo mismo que las condiciones fácticas —bien sean físicas, técnico-organizativas o sociales— impidan el ejercicio de los derechos fundamentales, que que se admita abiertamente la posibilidad de restringir los derechos siempre que haya razones suficientemente justificadas para ello. En el primer caso, las exigencias de ajuste conducen a que nos hallemos ante el problema de regular adecuadamente el ejercicio de los derechos fundamentales. En el segundo caso se abre el camino para que los derechos fundamentales puedan ser relativizados mediante la atribución de un «peso» a las posiciones enfrentadas, tal como sucede en el planteamiento de Alexy.

<sup>22</sup> Cabe recordar en este punto la concepción de Recaséns de las normas jurídicas como «pedazo de vida humana objetivada». Al respecto, cfr. RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 14.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 1999, pp. 108-111.

<sup>23</sup> Ese escepticismo se observa en Alexy tanto con relación a la interpretación teleológica (cfr. ALEXY, Robert, «Teleologische Auslegung und Gesetzesbindung», *Loccumer Protokolle*, núm. 31 (1980), pp. 141-151) como en su crítica al pensamiento basado en la «naturaleza de la cosa» (cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 169).

dada por la presencia de razones mensurables, cuantitativas, es decir, que de una u otra forma presenten evidencias empíricas<sup>24</sup>.

Que el ejercicio legítimo de un derecho exige tener en cuenta su capacidad para integrarse en el contexto social sobre el que recae también se puede argumentar a través del análisis del lenguaje. Repárese en una pretensión que se argumentara del siguiente modo: «Aunque el ejercicio de mi derecho es incompatible con el normal desarrollo de la vida colectiva y va a hacer inviable el funcionamiento de la institución X, exijo que sea respetado». Podría decirse que ese argumento no solo sería poco eficaz, sino que en cierta medida resulta absurdo, y ese absurdo radica en la existencia de una *contradicción performativa*. En efecto, al igual que Alexy sostiene que en el acto de instaurar una Constitución o de dictar sentencia se formula una pretensión de corrección<sup>25</sup>, podría decirse que en toda conducta que se presenta como el ejercicio legítimo de un derecho, la afirmación de que se tiene derecho a algo, como señala Ollero, no se limita a expresar que quiero algo, sino que «el disfrute de ese algo respeta mi nexo existencial con los otros, que no lo destruye sino que me permite ajustar mi conducta con la de ellos»<sup>26</sup>. Por lo tanto, el ajuste con los derechos de los demás y con el contexto existencial debe ser valorado para determinar si se está propiamente ante el ejercicio legítimo de un derecho, y todo ello porque, de lo contrario, los derechos fundamentales perderían su condición de bienes individuales y colectivos a un tiempo.

<sup>24</sup> Ese primado de lo exacto, de lo empíricamente constatable, constituye uno de los rasgos esenciales que caracterizan la modernidad y que también ha influido decisivamente en la manera de entender el derecho. Al respecto, cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989. Si se es escéptico respecto a la posibilidad de cuantificar las razones enfrentadas, resulta perfectamente lógico el rechazo al método ponderativo, tal como se observa en el caso de GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Sobre ponderaciones...», *op. cit.*, pp. 67-68: «Sabemos dónde está la clave: o hay balanza o no la hay. O pesamos o sopesamos a ojo; a ojo de la moral y las preferencias de cada uno. Si el de la ponderación es un método de pesaje, pero la balanza no está, es como si tenemos las instrucciones de uso de un aparato pero el aparato nos falta». Podría pensarse que la crítica a la ponderación de este autor radica en que no es racionalmente controlable, a diferencia de lo que opinan Alexy o Atienza (ATIENZA, Manuel, «Carta sobre la ponderación», en ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*, *op. cit.*, quien responde a García Amado en estos términos: «Yo creo que existen criterios objetivos con los que evaluar una ponderación pero, naturalmente, si me pidieras que dijera entonces cuáles son esos criterios y que los enunciara como se enuncian los que utilizamos para examinar la corrección de los enunciados de la lógica, de la matemática o de la física, tendría que contestarte que no puedo hacerlo» (p. 97).

<sup>25</sup> Son muy conocidos los ejemplos que utiliza Alexy para identificar la presencia de una contradicción performativa. El primero de sus ejemplos es el hipotético primer artículo de una Constitución que rezara así: «X es una República federal, soberana e injusta». El segundo es un fallo de un juez que se pronuncia en estos términos: «Se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua».

<sup>26</sup> OLLERO, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 401-402.

Con lo expuesto hasta este momento creo haber justificado por qué razón se puede afirmar que los derechos fundamentales presentan límites, pero no admiten restricciones o lesiones. Por otra parte, esta clarificación teórica proporciona el marco adecuado para valorar adecuadamente la incorporación de nuevos derechos a nuestro ordenamiento jurídico.

### 3. LA INCORPORACIÓN DE «NUEVOS DERECHOS» EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Los poderes públicos —en especial el poder legislativo— están vinculados a los derechos fundamentales, tal como establece el art. 53.1 CE. Esta idea se ve reforzada por el art. 9.2 CE, que establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Desde la perspectiva de los poderes públicos, la protección de los derechos fundamentales y el logro de su efectivo disfrute por parte de sus titulares constituye una directriz básica que debe orientar su actuación<sup>27</sup>. En coherencia con esta obligación de actuación positiva, el «bien» en que consiste cada derecho fundamental puede requerir que se desplieguen o articulen nuevas posiciones de poder jurídico al servicio de su titular, sin que resulte extraño que dichas posiciones sean calificadas como «nuevos derechos». La utilización de este término puede ser admisible, si bien en puridad se trataría de nuevas dimensiones de derechos fundamentales ya existentes<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> El Tribunal Constitucional se refirió por primera vez a este «deber positivo» que pesa sobre los poderes públicos en la STC 101/1983, de 18 de noviembre, pero la doctrina quedó claramente fijada en la STC 53/1985, de 11 de abril: «Por consiguiente, de la obligatoriedad del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano» (fundamento jurídico 4.º).

<sup>28</sup> El derecho fundamental a la igualdad ante la ley y a no ser objeto de discriminación (art. 14 CE), debido a su estructura de principio, es especialmente apto para generar «nuevos derechos» que, como he indicado, son nuevas dimensiones de este derecho fundamental. Así, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, reconoce en su art. 18.1, que «las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás». Se trata, en definitiva, de evitar la discriminación en el ámbito educativo de las personas con discapacidad, lo cual no impide que algún autor pueda preguntarse si existe un derecho fundamental a la educación inclusiva. Al respecto, cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *Derechos fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015, pp. 111 y ss. De igual forma, el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI establece en su art. 4 un deber de protección para las personas de este colectivo orientado a «reconocer, garantizar, proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de las personas LGTBI y sus familias». También es posible identificar nuevas dimensiones de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la intimidad. La Ley



El desarrollo de los derechos fundamentales, su adecuada protección, y la regulación de su ejercicio constituye una tarea importante en la que el poder legislativo cuenta con un amplio margen de actuación<sup>29</sup>. Cuando se reconozcan nuevos derechos vinculados a los derechos fundamentales existentes habrá que analizar si el legislador ha interpretado adecuadamente los derechos fundamentales en los que se basan estos nuevos derechos o, por el contrario, la interpretación que ha efectuado y/o su regulación resulta inconstitucional. La labor de control del Tribunal Constitucional será sin duda decisiva para controlar que el legislador actúa siempre dentro de sus márgenes de actuación.

Además de interpretar los derechos fundamentales existentes y apreciar con base en ellos nuevas dimensiones que se traduzcan en posiciones de poder jurídico, el legislador puede reconocer nuevos derechos en sentido estricto, que en este caso tendrían rango legal —no serían derechos fundamentales—, pese a que puedan justificarse apelando a valores constitucionales. De los numerosos ejemplos que hay, citaré algunos que han llamado la atención en los últimos tiempos. La ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, impulsada por el Gobierno presidido por Rodríguez Zapatero, introdujo la posibilidad de abortar libremente dentro de las primeras semanas de gestación. Esta ley consagró la llamada «interrupción voluntaria del embarazo» como un derecho legal, habida cuenta de que garantizó el acceso a esta posibilidad como una prestación sanitaria (art. 19). Otros ejemplos se pueden hallar en la ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, y en la ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática. Por lo que

---

Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, indica en su Preámbulo que «la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución española». En este caso el legislador renuncia a hablar de un «nuevo derecho», si bien autores como Andrés Ollero se plantean si estamos en el «bautizo» de un nuevo derecho. Al respecto, cfr. OLLERO, Andrés, *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2008: «Una vez más, la historia actualiza los contenidos esenciales de un derecho; pero esta vez en grado tal que llegará a plantearse si nos encontramos ante una nueva variante del ya existente, capaz también de proteger por vía instrumental a otros derechos y libertades, o si asistimos más bien al descubrimiento de un nuevo derecho, con alcance no inferior a si se tratase de un nuevo continente» (p. 148).

<sup>29</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Nuevo Derecho, nuevos derechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXII (2016), pp. 15-36, p. 25. En este punto cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido dicho margen de actuación al legislador desde el comienzo de su andadura, si bien, por su claridad, considero particularmente interesante la STC 160/1997, de 2 de octubre, fundamento jurídico 4.º. En ella el Tribunal Constitucional sale al paso de las objeciones que suelen realizarse en relación al riesgo que entraña la extensión de la Constitución a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Se trata de la clásica objeción de ForsthoFF consistente en ver en la Constitución un «huevo jurídico originario» del que nacería todo el Derecho. El problema de los márgenes de acción del legislador ha sido muy bien abordado por ALEXY, Robert, «Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66 (2002), pp. 13-64.

respecta a la primera, el art. 4.1 reconoce «el derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir». En relación con la ley de Memoria Democrática, reconoce en su art. 6.1 el derecho a la declaración de reconocimiento y reparación personal.

Desde la perspectiva de los fundamentos axiológicos del Estado constitucional a la que me he referido en el anterior epígrafe, en ningún caso resulta admisible que los derechos de rango legal lesionen o restrinjan los derechos fundamentales. Ante una situación así, la medida legislativa no debería ser sometida al examen del principio de proporcionalidad, sino que, como he apuntado en páginas anteriores, su legitimidad pasaría por constitucionalizar la restricción del derecho fundamental mediante una reforma constitucional que legitime la actuación del legislador<sup>30</sup>. En cualquier caso, más allá del límite que representa el respeto a la Constitución y, muy especialmente, a los derechos fundamentales, el legislador democrático goza de libertad para reconocer nuevos derechos. Se plantea aquí un problema de hondo calado relacionado con cuestiones nucleares de la filosofía del derecho y de la filosofía social y política: ¿cuáles son los límites del legislador democrático en ese reconocimiento de nuevos derechos?

<sup>30</sup> A este respecto, es muy importante el debate que se produjo en el seno del Tribunal Constitucional con ocasión de la STC 198/2012, de 28 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular contra la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificaba el Código Civil para permitir el matrimonio entre parejas homosexuales. Aquí se planteaba si el matrimonio homosexual era compatible con el derecho al matrimonio reconocido en el art. 32.1 CE, cuyo tenor literal establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, habiéndose entendido siempre que la institución del matrimonio constituye la unión entre un hombre y una mujer. El Tribunal Constitucional realizó una «interpretación evolutiva» –más adelante volveré sobre esta cuestión– del concepto de matrimonio y consideró que, al no ser incompatible con el tenor literal del texto constitucional, podía admitirse la decisión del legislador. Dicha decisión fue objeto de diversos votos particulares en los que se destacaba que para operar un cambio tan sustancial en la manera de entender la institución del matrimonio no bastaba con una interpretación amplia del texto constitucional que desdibujaba la propia función del Tribunal Constitucional, sino que era necesaria una reforma constitucional. El Magistrado Aragón Reyes se pronunció así: «La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución» (punto 2.º de su voto particular). Por su parte, el Magistrado Ollero afirmó: «Toda historia implica la evolución de un sustrato permanente, incompatible por tanto con una sucesión *per saltum* de instantáneas dispersas o incluso contradictorias. No es lo mismo decir “hombre y mujer” que decir “dos personas”; cambio de paradigma que la propia Sentencia (FJ 9) acaba proponiendo. En coherencia no es posible eludir la reforma de la Constitución por la vía del art. 167. Al no hacerlo, la norma que se recoge en el art. 32 CE aparece como un receptáculo vacío, abierto a contener las opiniones coyunturales del legislador; lo que no tiene nada que ver con historicidad alguna» (punto 5.º de su voto particular).

En este punto, el positivismo jurídico, a diferencia del iusnaturalismo clásico<sup>31</sup>, difícilmente podrá identificar barreras jurídicas a la creación de nuevos derechos. Desde sus presupuestos epistemológicos se podría realizar una crítica a la labor del legislador examinando los posibles efectos indeseados de sus leyes, empíricamente constatables desde una perspectiva sociológica, o incluso moral, si se trata de un positivismo cognitivista en el terreno ético. Parecería, pues, que el reconocimiento de nuevos derechos nos aboca a un debate ajeno al derecho; pero, si se comprende adecuadamente que todo derecho constituye un «bien» —primariamente para su titular—, la cuestión puede adquirir un cariz diferente.

En efecto, cuando el legislador reconoce un derecho está otorgando a su titular una posición de poder jurídico. Si entendiéramos que dicha posición es valiosa únicamente porque satisface sus intereses particulares al margen de cualquier otra consideración, el derecho perdería su condición de «bien»<sup>32</sup>. Como expuse en el anterior epígrafe, todo

<sup>31</sup> En este punto, la crítica del iusnaturalismo clásico parte de la distinción de Aristóteles entre lo justo «natural» y lo justo «legal». El primero es el que «tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no, y la legal la de aquello que un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo» (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Libro V. Se cita por la edición bilingüe con traducción de María Araujo y Julián Marías, e introducción y notas de Julián Marías. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 81). Los derechos legales, más allá del marco constitucional -insisto en ello- se moverían en el terreno de lo que Hervada denomina «indiferente» y en el que el legislador goza de un lícito margen de actuación a la hora de atribuir derechos. Conviene aclarar que lo «indiferente» no exime de crítica a la decisión adoptada por el legislador, si bien sigue siendo lícita siempre que no legisle sobre aquello que no es «indiferente». Según Hervada, «[i]ndiferente quiere decir que, en definitiva, por lo que a la justicia y a la moral se refiere, lo mismo da adoptar una solución que otra, porque ninguna de ellas lesiona la justicia o cualquier otra esfera de la moralidad» (HERVADA, JAVIER, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 2002, p. 82). Hervada entiende que el legislador no excede de sus límites de actuación siempre que se oriente a la búsqueda del bien común y, en consecuencia, no afecte a aquello que *por naturaleza* resulta indisponible, en particular, lo justo «natural». Su planteamiento se opone claramente al voluntarismo, según el cual la ley sería exclusivamente una manifestación de la voluntad del legislador y, en tanto se ha elaborado de acuerdo con el procedimiento adecuado, es válida y, en consecuencia, obligatoria.

<sup>32</sup> Álvaro d'Ors destaca la diferencia entre el «bien» y el «interés particular». Al respecto, D'ORS, Álvaro, *Bien común y enemigo público*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 14-15: «Si el “interés” de un grupo humano es siempre particular y no puede llamarse “bien común”, por la misma razón, el “interés” particular de un individuo no puede llamarse “bien” si no se integra en el bien común universal. El “interés” particular, en efecto, puede entrar en conflicto con el “bien común”. Así ocurre, de manera general, en el conflicto que surge entre el interés que tiene un delincuente en eludir las consecuencias de su responsabilidad y el bien común universal que exige que se haga justicia, independientemente del interés particular de las posibles víctimas de un delito». Este autor no identifica el «bien común» con el propio de una determinada comunidad política, de ahí que destaque la diferencia entre lo «público», que se refiere a una comunidad política concreta, y el «bien común» que sería universal. No obstante, de su planteamiento se desprende claramente que un interés particular no necesariamente constituye un «bien». Junto al citado texto, también merece consideración el siguiente: «Por ejemplo, es evidente que el contribuyente tiene interés en verse libre de impuestos, en tanto la comunidad tiene interés en aumentarlos. Y, si se piensa que la imposición, al ser

derecho implica un ajustamiento entre aquello que se otorga a su titular y las exigencias propias del contexto en el que está llamado a ejercerse. Dicho ajustamiento muestra la tensión que puede existir entre lo «personal» y lo «social». Un derecho individual puede otorgar a su titular la posibilidad de desplegar su personalidad en el marco de la sociedad en la que vive. De igual forma, la norma, que constituye el título de atribución del derecho, puede, a su vez, introducir cambios sociales de diversa magnitud. Por ejemplo, el reconocimiento del aborto como un derecho introduce importantes cambios sociales y, al mismo tiempo, permite que una mujer adopte decisiones que pueden tener profundo impacto en su biografía personal. Ortega destacó la importancia de distinguir entre la vida personal, las relaciones interindividuales y lo social, aquello que pertenece a la vida colectiva y que es «impersonal»<sup>33</sup>. Al ser el derecho atribuido al sujeto un vehículo mediante el cual despliega su personalidad en el ámbito social, es fácil comprender las tensiones que esta situación puede generar.

Una sociedad tiene una estructura<sup>34</sup>, es decir, unos elementos que la constituyen, que le dan forma, pero que se caracterizan por no ser «cosas», sino fuerzas: «Una sociedad es, por tanto, un sistema de fuerzas orientadas, un sistema “vectorial”. Los elementos reales de la sociedad no son “cosas” estáticas, sino presiones, pretensiones, insistencias y resistencias, con las cuales se realiza la “consistencia” de la unidad social. Todos sus ingredientes “vienen de” y “van a”, están en movimiento efectivo. Cuando no hay movimiento no se trata de inmovilidad, sino de reposo, de estabilización —siempre pasajera— de un sistema de tensiones»<sup>35</sup>. Por otra parte, esas «fuerzas sociales» a las

---

públicamente necesaria, sirve también para la conveniencia de sus miembros, *entonces venimos a trasladar la cuestión del interés a un planteamiento de interés general de la comunidad, en el que no puede haber contradicción con el particular: contradicción de “interés”, pero no de “bien”*» (p. 24, énfasis añadido).

<sup>33</sup> ORTEGA Y GASSET, José, *El hombre y la gente*. Cito por la edición de sus *Obras completas*. Tomo X, Madrid, Taurus, 2010, especialmente pp. 255 y ss.

<sup>34</sup> La estructura social es una realidad compleja que va más allá de los «usos sociales». Con relación a los condicionamientos sociales que influyen sobre el legislador, tengo la impresión de que Hervada no otorga suficiente importancia al condicionamiento sociológico. Quizá el problema radique en que se queda en lo sociológico, en lo que presenta como un mero «uso» y no profundiza en lo «social»: «La pauta de obrar sociológica produce la captación de lo sociológicamente *normal o anormal* y, en consecuencia, el *juicio de conveniencia* de adaptarse a lo normal o la reacción de inconformismo; en cambio, la captación de lo justo o injusto, de lo bueno y de lo malo en sentido moral, produce la conciencia de conformidad o disconformidad con lo que la naturaleza del hombre postula. En otras palabras, las pautas de comportamiento socialmente aceptadas pertenecen al campo de lo *indiferente*. Por el contrario, lo que atañe a la justicia no siempre es indiferente» (HERVADA, Javier, ¿Qué es el derecho?, *op. cit.*, pp. 82-83).

<sup>35</sup> MARIAS, Julián, *La estructura social*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 39. Con relación a la política, CRUZ PRADOS, Alfredo, *Ethos y Polis*, Pamplona, Eunsa, 1999, ha destacado su naturaleza práctica, arquitectónica. Especialmente interesante es la idea de que la verdad práctica más que «objeto» es «proyecto» (p. 129): «La verdad práctica es *verdad*, es conocimiento, pero no es objetividad; la acción no es *ob-jectum*, sino *pro-jectum*: es el proyectarse de *alguien* hacia su actualización plena (...). Por esto, la indagación de la verdad práctica, la deliberación, consiste, al mismo tiempo e indisolublemente, en la

que se refiere Marías no son fuerzas ciegas. En la medida en que «vienen de» y «van a» identificamos un argumento y, si hay argumento, hay trama, razón, en este caso «razón histórica». De ahí la diferencia que hay entre la evolución social, que constituye un proceso que está presente en toda sociedad, y aquellas medidas y comportamientos que distorsionan la estructura social<sup>36</sup>. En este terreno, recordando la máxima aristotélica, no se pueden alcanzar conclusiones válidas con carácter general. Hay que examinar las características de cada sociedad concreta, el impacto que sobre la misma puedan tener las medidas legislativas tendentes a reconocer derechos, y, a su vez, la necesidad de que el legislador atienda a los cambios sociales que se van produciendo<sup>37</sup>. Por razones de espacio, me limitaré a mostrarlo a través de algunos ejemplos.

Uno de los elementos estructurales de toda sociedad es su historia, que refleja ese movimiento de «venir de» e «ir hacia» al que se refiere Marías. En la reconstrucción de la historia puede haber discrepancias entre los historiadores. Ahora bien, la investigación histórica no es fabulación. Se puede distinguir lo verdadero de lo falso y, asimismo, hay interpretaciones de los acontecimientos más plausibles que otras. Si el legislador realizara una interpretación de la historia de su país que es claramente contraria a la verdad de los acontecimientos históricos estaría violentando la estructura social. Pues bien, en el «Preámbulo» de la ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, se puede leer: «Hasta la Constitución de 1978, esos periodos democráticos eran abruptamente interrumpidos por quienes pretendieron alejar a nuestro país de procesos más inclusivos, tolerantes, de igualdad, justicia social y solidaridad. El último de ellos, protagonizado por la Segunda República Española y sus avanzadas reformas políticas y sociales, fue interrumpido por un golpe de Estado y una cruenta guerra...». Es evidente que el legislador desea acabar con la equidistancia entre los dos

---

búsqueda de una visión adecuada y en la búsqueda de un quién adecuado: en la investigación de qué ha de hacerse y en la investigación de quién se ha de ser».

<sup>36</sup> La interpretación del contexto social, de su evolución, constituye un requisito indispensable en la labor legislativa y en la tarea de juzgar interpretando las normas de acuerdo con la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.1 CC). Lo social nunca es estático, sino evolutivo. Ahora bien, lo que se ha venido en llamar la «interpretación evolutiva» (cfr. HERMIDA DEL LLANO, Cristina, «Viejos y nuevos derechos en la sociedad del malestar», *Bajo Palabra*, núm. 9 (2014), pp. 73-82, pp. 75 y ss.) no debe traducirse necesariamente en legislar de acuerdo con lo que opina la mayoría social, que sería una forma de incurrir en la falacia naturalista. La investigación sobre la estructura social exige una justificación que vaya más allá de los datos de las encuestas de opinión, aunque no haya que minusvalorar su importancia.

<sup>37</sup> Al examinar algunos problemas de sociología jurídica, García San Miguel (GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Madrid, Universidad Complutense, 1975, p. 117) examina la triple postura desde la que pueden examinarse las relaciones entre el derecho y la realidad social: «a) el Derecho configura la realidad social de manera casi absoluta. Esta no es más que una materia plástica en la que el legislador puede dibujar las figuras que estime oportunas. Esta postura idealista no parece propiamente sociológica; b) el Derecho es un instrumento de que se sirve la sociedad para configurarse a sí misma. La influencia del Derecho es, desde esta perspectiva, mínima; c) Postura intermedia: el Derecho influye en la sociedad en la misma medida en que es influido por ella». A mí juicio, esta última postura es la correcta.

bandos que protagonizaron la Guerra Civil: exalta las bondades de la II República y con ello justifica la condena del franquismo. Los acontecimientos históricos muestran con toda claridad que la situación que se vivió en la II República, sobre todo a partir de la insurrección revolucionaria de octubre de 1934 dista mucho de ser la que presenta el legislador, que utiliza el poder público para hacer una lectura sectaria del «nosotros» en que consiste la comunidad política. Ciertamente, en este «Preámbulo» no se reconoce derecho alguno, pero se pone de manifiesto una actuación del legislador que, al desdibujar los acontecimientos históricos, violenta un componente esencial de la estructura social y siembra la semilla de la discordia<sup>38</sup>.

En ocasiones, el legislador puede introducir cambios legislativos que sean coherentes con la evolución social o incluso puede innovar en algunos terrenos sin que la estructura social se resienta. Así, por ejemplo, la ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión en los títulos nobiliarios, suprimió el «principio de varonía» que postergaba a la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. La sociedad española no solo estaba totalmente preparada para dicho cambio legislativo, sino que se trataba de una medida coherente con la prohibición de discriminación por razón de sexo que establece la Constitución. Dicho en otros términos, esta ley supuso la actualización de un valor constitucional que, además, se veía respaldado por la vigencia social de la idea de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley sin que resulten admisibles las discriminaciones por razón de sexo.

Pensemos ahora en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Esta ley reconoce en el art. 43.1 que «toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo». Pese a que en algunos países se ha legislado en este mismo sentido, en mi opinión, se trata de un ejemplo palmario de cómo el legislador, con el propósito de defender unos intereses absolutamente minoritarios, confunde «interés» y «bien» violentando uno de los pilares esenciales de toda sociedad, la distinción entre hombres y mujeres como una realidad dada en la que —más allá de cambios evidentes que podrían admitirse como resultado de la cirugía y de los tratamientos hormonales— la atribución del sexo no puede depender de una mera declaración personal. Parece fuera de toda duda que se ha abierto una puerta que puede generar una enorme inseguridad en el terreno jurídico y en el de las relaciones personales. En mi opinión, la libre autodeterminación de género no responde en absoluto a una demanda de la sociedad española, carece de vigencia social y se enfrenta de una manera frontal a la realidad. Por este camino se puede llegar al absurdo de entender discriminatoria cualquier situación

<sup>38</sup> Sobre el particular me he ocupado con detenimiento en DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *Justicia transicional, memoria histórica y crisis nacional*, Cizur Menor, Thompson-Reuters/Civitas, 2012, especialmente, pp. 4-69.

en la que el sentimiento de identidad declarado por una persona no se vea reconocido legalmente.

El legislador encuentra en el respeto a la estructura social —y también en la estructura de la vida humana—<sup>39</sup> límites en su actuación y, en concreto, a la posibilidad de reconocer nuevos derechos. El estudio de los distintos componentes de la estructura social, de cómo se configuran y ejercen presión en cada sociedad concreta, constituye el principal punto de referencia objetivo para el desarrollo de la argumentación jurídica. Cuando utilizo el término «objetivo» no estoy queriendo decir que sea sencillo establecer cuáles son los elementos que estructuran una sociedad ni cuál es su capacidad para adaptarse a nuevas situaciones. Tampoco deseo que esta afirmación se interprete como que los valores vigentes en cada sociedad son inmunes a la crítica. Simplemente considero que hay que destacar que toda sociedad tiene una estructura real que hay que esforzarse por comprender desde la perspectiva propia de cada individuo como punto de partida para abrirse a un proceso de diálogo racional<sup>40</sup>. En coherencia con la teoría de los derechos fundamentales que he defendido, este planteamiento confía en la capacidad de la razón práctica para captar el sentido normativo ínsito en la propia realidad, lo cual —insisto en ello— implica no reducir lo real a lo empírico<sup>41</sup>. Entre los diferentes elementos que conforman una sociedad, que se pueden identificar y que le otorgan ese carácter «real» que apuntaba, están las circunstancias de carácter físico-natural en las que la sociedad se asienta; las técnico-organizativas; y las que podríamos denominar estrictamente sociales, que son las que configuran la estructura social. Las dos primeras son más resistentes y condicionan más intensamente la posibilidad no solo de reconocer, sino también de ejercer los derechos, ya que en ellos predomina el elemento empírico. Como ha observado Sergio Cotta, el primer requisito que justifica la obligatoriedad de una norma radica en

<sup>39</sup> Junto a la estructura social, también hay estructuras presentes en el análisis de la vida humana que condicionan la labor del legislador y en las que no me he podido detener. Estas estructuras se descubren a través de un análisis antropológico que en el ámbito jurídico ha llevado a cabo con singular maestría Cotta (COTTA, Sergio, *El Derecho en la existencia humana*, traducción de Ismael Peidró, Pamplona, 1987). No obstante, considero que el estudio analítico de la vida humana (MARIAS, Julián, *Introducción a la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1947) y de su estructura empírica (MARIAS, Julián, *Antropología metafísica*, Madrid, Alianza Editorial, 1970) ofrece aportaciones muy útiles. Aunque en su planteamiento constructivista Rawls tiene una visión de la sociedad mucho más abstracta, también admite que «sin concepciones de la sociedad y de la persona, los principios de la razón práctica carecerían de sentido, de uso, o de aplicación» (cfr. RAWLS, John, *El liberalismo político*, Antoni Domènech (trad.), Barcelona, Crítica, 2004, p. 139).

<sup>40</sup> La justificación del encaje de nuevos derechos en la estructura social demanda argumentar, dar razones. En ese proceso argumentativo, no hay por qué desdeñar las aportaciones de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica en cuanto a los requisitos procedimentales, si bien considero que la clave de la argumentación debe basarse en la identificación de las fuerzas sociales, en su grado de «vigencia», y en su comprensión a través de la razón histórica.

<sup>41</sup> Al respecto, cfr. CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993, pp. 185-198). Este autor destaca la importancia de *comprender* lo que hacemos o deseamos hacer y, apoyándose en MacIntyre, también subraya que la historia es una herramienta básica para hacer inteligible la acción.

que el comportamiento prescrito resulte «posible»<sup>42</sup>, algo tan elemental que a veces se olvida. Así, por ejemplo, carece de sentido reconocer el derecho del ser humano a la inmortalidad. Sin llegar a ese extremo, es evidente que la presencia de una epidemia u olas de calor extremo son condiciones físicas que condicionan el ejercicio de los derechos. Por otra parte, el desarrollo técnico y organizativo marca unas condiciones en el funcionamiento de cualquier empresa o institución que no se deben desconocer. Finalmente, por condicionantes estrictamente sociales me refiero particularmente a las «vigencias sociales» en sentido amplio, un terreno altamente problemático, pues en sociedades cada vez más plurales resulta difícil saber qué está «en vigor»<sup>43</sup>.

La dificultad para conocer el condicionamiento que ejerce la estructura social respecto al reconocimiento y ejercicio de nuevos derechos abre importantes márgenes de actuación para el legislador, lo que con Alexy podríamos denominar márgenes «epistémicos». Pero ello no debe conducir a la conclusión de que el legislador puede violentar las estructuras sociales para imponer su propio modelo de sociedad. A esto se refiere Serna cuando alerta de las políticas posmodernas en las que el monopolio de la política termina invadiendo la sociedad civil y la vida privada de las personas. Este autor advierte de que se están traspasando los límites mediante el recurso a la ley: «Invocar la legitimidad democrática de las mayorías parlamentarias coyunturales que respaldan estas políticas no basta para justificarlas: cuando la legitimidad —por muy democrática que sea formalmente— se emplea como instancia de justificación de la desprotección o lesión de derechos de individuos, grupos minoritarios o simplemente colectivos en situación de especial vulnerabilidad, lo que se está proponiendo es enfrentar legitimidad y legalidad o juridicidad»<sup>44</sup>. Esta última idea apuntada por Serna es importante: la crítica a los excesos del legislador es una crítica propiamente jurídica no solo política y moral. En efecto, si todo aquello que tiene que ver con la adecuada ordenación de la convivencia puede ser jurídicamente relevante<sup>45</sup>, no veo por qué denunciar los excesos

<sup>42</sup> Cfr. COTTA, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, traducción de Antonio Fernández Galiano, Madrid, Ceura, 1987, p. 64.

<sup>43</sup> Es muy importante no olvidar que las «vigencias sociales», como todo lo «social» en sentido estricto, no es estático, ejerce presión. Al respecto, Julián Marías, siguiendo a Ortega, quien da origen a este término, afirma: «Vigencia es, pues, lo que está en vigor, lo que tiene vivacidad, vigor o fuerza» (p. 96). Más adelante continúa diciendo: «... el que algo sea vigente no quiere decir que yo tenga que adherir a ello; puedo muy bien discrepar; pero ahí está lo importante: *tengo que discrepar*» (p. 97). De modo que concluye así: «Esto quiere decir que el auténtico modo de realidad de lo social no es el simple “estar ahí”, sino la presión, la coacción, la invitación, la seducción; lo característico de lo social no es el “estar” sin más, sino el *estar actuando*. Por eso es inmejorable la expresión “vigencia”» (p. 97). MARIAS, Julián, *La estructura social*, *op. cit.*, pp. 96-97.

<sup>44</sup> SERNA, Pedro, «Política posmoderna y crisis de la razón jurídica», en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13 (2009), pp. 1079-1096, p. 1093.

<sup>45</sup> Sobre la noción de «relevancia jurídica» me he ocupado en DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, «Algunas reflexiones sobre la coercibilidad del derecho a la luz de la STC 42/2014, de 25 de marzo», en Javier de



del legislador no constituye una crítica jurídica. Como acertadamente destaca Ollero, en abierta oposición al positivismo jurídico y a su manera de entender las relaciones entre el derecho y la moral, la crítica a una ley es jurídica y no meramente moral<sup>46</sup>.

#### 4. LOS NUEVOS DERECHOS Y SU CONDICIÓN DE «DERECHOS SUBJETIVOS»

Me ocuparé, finalmente, de realizar unas precisiones relativas al concepto de derecho subjetivo que afectan tanto a los derechos fundamentales como a los nuevos derechos. He señalado que los derechos fundamentales y los nuevos derechos legales constituyen «bienes» que atribuyen a su titular una «posición jurídica» valiosa. Cabría pensar que si el reconocimiento de un derecho no permitiera identificar una posición jurídica al servicio de su titular no estaríamos ante un derecho en sentido estricto, sino quizá ante una directriz presentada bajo la apariencia de derecho subjetivo. No puedo, por razones de espacio, detenerme en el desarrollo de esta importante cuestión<sup>47</sup>, pero sí me gustaría apuntar tres ideas que considero importantes.

En primer lugar, si todo derecho subjetivo ha de consistir en un bien susceptible de ser atribuido a su titular, debe tener unos perfiles determinados o cuando menos determinables. Por consiguiente, no parece adecuado —salvo que se puedan individualizar de algún modo— presentar como derechos lo que constituyen necesidades colectivas tales como la paz, un medioambiente saludable, o la posibilidad de disponer de recursos esenciales como el agua, con independencia de que constituyan fines o directrices básicas en la orientación de la acción política perfectamente lícitas.

En segundo lugar, si el elemento primario del derecho subjetivo es aquello que se reconoce o atribuye a su titular y por tanto le es debido, resulta significativo el cambio que se opera a la hora de pensar el derecho, ya que cobra primacía el débito frente a la exigibilidad, es decir, precisamente porque el derecho es algo debido resulta exigible y no al revés<sup>48</sup>. A mi juicio, el interés que tiene observar la cuestión desde esta perspectiva

---

Lucas, Ernesto Vidal, Encarnación Fernández y Vicente Bellver (Coords.), *Pensar el tiempo presente. Homenaje a Jesús Ballesteros*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 79-100.

<sup>46</sup> OLLERO, Andrés, «Derecho positivo y derecho natural, todavía...», en *El positivismo jurídico a examen. Homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Aquilafuente, 2006, pp. 905-934, p. 911: «La denuncia de las deficiencias jurídicas observadas en una norma no me obligan a negarle carácter jurídico; pienso, por el contrario, que solo lo que es jurídico podrá ser jurídicamente deficiente».

<sup>47</sup> Me he ocupado de ello en DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, «Una aportación a la reconstrucción del derecho subjetivo en el Estado constitucional de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32 (2016), pp. 235-263.

<sup>48</sup> Cfr. GALLEGO, Elio A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, prólogo de Dalmacio Negro, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 65-71; HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., Pamplona, Eunsa, 1991, p. 209: «Cumplido el plazo de devolución de un préstamo, existe el deber jurídico, de justicia, de pagar, sin esperar a la reclamación por parte del prestamista. Si fuese verdad la tesis de la primacía del derecho subjetivo [entendido como poder de exigir coercitivamente el pago], sin reclamación del acreedor no habría obligación de pagar, lo cual es a todas luces falso».

radica en que facilita superar la mentalidad individualista moderna que ha presidido la manera de entender el derecho subjetivo como una esfera de poder individual. Contemplar el derecho como algo debido a su titular sugiere volver a pensar que el titular del derecho es punto de llegada y no de partida. Esto podría conducir a pensar que los derechos son una concesión del poder político y, por tanto, a una visión estatalista de los mismos incompatible con el fundamento axiológico del Estado constitucional de Derecho. No creo, sin embargo, que haya necesidad de interpretarlo así, porque la fuerza del derecho en términos axiológicos viene dada por la razón a la que se apela a la hora de reconocer o atribuir algo como debido. La visión estatalista incompatible con el Estado constitucional de Derecho sería aquella que considera que todos los derechos fundamentales se fundamentan en una concesión o atribución por parte del poder político. No sucede lo mismo cuando el poder constituyente reconoce como debidos determinados ámbitos de actuación o de la personalidad humana en atención a la dignidad humana. En este caso, lo debido se ve reconocido como algo inherente al individuo. Por otra parte, y pensando concretamente en los derechos legales, si lo reconocido o atribuido constituye el elemento primario, el derecho subjetivo se abre a una dimensión social, dado que los perfiles de lo debido a cada cual es algo que se determina socialmente, aunque luego se traduzca en posiciones de poder individual<sup>49</sup>. Por ello, esta manera de entender el derecho subjetivo admite con mucha menor dificultad la doble dimensión de los derechos fundamentales, así como la necesidad de que cualquier nuevo derecho respete el condicionamiento que representa la estructura social en lugar de presentarse como una posición de poder jurídico individual desvinculado de las exigencias propias de la vida colectiva.

En tercer lugar, que el elemento primario del derecho subjetivo sea lo debido a su titular no puede obviar la importancia de preguntarse si puede hablarse de la existencia de un derecho subjetivo si no se cuenta con mecanismos institucionalizados para garantizar la protección y/o ejercicio del bien atribuido. Es sobradamente conocida la posición kelseniana según la cual se cuenta con un derecho subjetivo en sentido estricto si su titular dispone de mecanismos de poder jurídico capaces de hacerlo valer. Se trata de una posición compartida por numerosos autores. Alexy, por ejemplo, reconoce el «alto grado de plausibilidad» de esta tesis<sup>50</sup>, probablemente porque considera la coercibilidad como una propiedad necesaria del derecho<sup>51</sup>. Se podrá discutir si la coercibilidad es una propiedad necesaria o contingente de la juridicidad, pero sin duda el éxito pleno del derecho como actividad tendente a lograr la convivencia pacífica reclama la

<sup>49</sup> Cfr. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, traducción y estudio preliminar de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 239-246.

<sup>50</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 181.

<sup>51</sup> Cfr. ALEXY, Robert, «La naturaleza de la filosofía del derecho», Carlos Bernal Pulido (trad.), *Doxa*, núm. 26 (2003), pp. 154-157. Para Alexy el Derecho tiene dos propiedades necesarias: la coerción o fuerza y la corrección o rectitud.

posibilidad de recurrir a la fuerza *en último término*, como señala Prieto Sanchís<sup>52</sup>. Al ser la fuerza el último recurso es posible ver el derecho como una actividad que se va realizando gradualmente. Por esta razón, cuando en el marco de un sistema jurídico se otorga o reconoce a alguien un derecho, —salvo que se excluya expresamente su efectividad— tal derecho demanda efectividad real, y si no se logra puede hablarse propiamente de un defecto del sistema, de una injusticia jurídicamente relevante, o de una lesión del derecho en sentido estricto.

## 5. CONCLUSIÓN

El Estado constitucional de Derecho se basa en el reconocimiento de la dignidad humana y en el respeto a los derechos fundamentales como núcleo del bien común. Aunque se trate de valores que pueden ser compartidos por ciudadanos pertenecientes a minorías culturales muy diversas y se hable de patriotismo constitucional para sellar un nuevo vínculo que no exija identificarnos con un «nosotros» colectivo, los derechos fundamentales se reconocen y ejercen en una sociedad que tiene una estructura real, pese a que el individualismo o el multiculturalismo muchas veces pretendan oscurecer este hecho<sup>53</sup>. Articular adecuadamente un proyecto de convivencia pasa por discutir y repensar continuamente hacia dónde debe ir la sociedad y, si se estima oportuno, identificar y reconocer nuevos derechos. En esa discusión lo más importante es respetar la base de la concordia que, como decía Julián Marías, constituye el suelo en el cual se basan tanto el acuerdo como el desacuerdo. La concordia exige el respeto al bien común cuyo núcleo son los derechos fundamentales, el respeto a la realidad, y la defensa de los propios planteamientos evitando ofensas gratuitas a los demás. Desde la concordia es posible descubrir nuevos derechos e incluso luchar por su reconocimiento —como diría Rudolf von Ihering— con la fuerza de los argumentos. Por el contrario, cuando los nuevos derechos se presentan como el resultado de la imposición y de la falta de respeto por la realidad que se habita tarde o temprano se acaba pagando un precio cuyas consecuencias son impredecibles.

<sup>52</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 84.

<sup>53</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, traducción e introducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 619-628, destaca que un patriotismo de la *Constitución* agudiza el sentido de la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural, y añade: «Tenemos, pues, que la ciudadanía democrática no ha menester quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo; pero que, con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común» (p. 628).



**DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: EL ESLABÓN PERDIDO.  
COMENTARIO A «LEGISLATED RIGHTS – SECURING  
HUMAN RIGHTS THROUGH LEGISLATION»<sup>1</sup>**

Juan B. Etcheverry<sup>2</sup>

1. INTRODUCCIÓN

*Legislated Rights* es un libro escrito por varios autores (Webber, Yowell, Ekins, Köpcke, Miller y Urbina) que propone una mirada nueva al tradicional problema de las tensiones entre derechos y democracia. Esta nueva mirada es muy bienvenida porque sirve para equilibrar los argumentos frente a quienes sostienen que la legislación suele representar una amenaza para los derechos humanos y, por tanto, consideran a los tribunales como los principales defensores de tales derechos.

Si bien el libro está escrito por varios autores y cada uno de ellos escribe un capítulo diferente, puede leerse como si se tratase de un libro escrito por un solo autor que sigue una unidad argumental y que tiene por objetivo fundar una tesis principal. La tesis central de *Legislated Rights* es que la legislación democrática tiene el *papel principal*<sup>3</sup> en la protección y promoción de los derechos humanos. Si bien esta tesis puede parecer obvia o no controvertida, hay que reconocer que muchas veces se asocia a los derechos humanos con decisiones judiciales de interés público. En cambio, en este libro se defiende que los valores y derechos recogidos en las Declaraciones y Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en las Constituciones necesitan ser especificados por medio de la legislación para su promoción y protección. Dicha legislación sería la que permitiría que estos derechos tengan un significado concreto y no meramente

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del Proyecto «Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política» (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

<sup>2</sup> Profesor Titular (Catedrático) de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) e investigador del CONICET (Argentina)

<sup>3</sup> Cfr. WEBER, Grégoire, YOWELL, Paul, EKINS, Richard, KÖPCKE, Maris, MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J., *Legislated Rights – Securing Human Rights Through Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. vii y 86.

abstracto en nuestras vidas. Esta tarea es la que hacen las legislaturas al aprobar sistemas penales y civiles, de salud, tránsito, de consumo, educativos, etc.

Para defender la mencionada tesis central, se propone una visión particular acerca de los derechos humanos y cuál es el órgano en mejores condiciones para protegerlos. Para ello, se indaga en la naturaleza de los derechos, su relación con el bien común y la naturaleza de las legislaturas y de los tribunales. A su vez, se presentan las ventajas que tiene para la protección de los derechos humanos que su especificación sea llevada a cabo por las legislaturas y las desventajas de que se haga por medio del control judicial de constitucionalidad (*judicial review*).

En la siguiente sección (2), presentaremos la limitación que *Legislated Rights* le atribuye a los derechos enunciados en las Declaraciones y Cartas de Derechos, la concepción de los derechos como una relación justa de tres términos, su relación con el bien común y el carácter inderrotable que se le atribuye a los derechos especificados legalmente. A su vez, criticaremos lo sostenido por los autores con respecto a la incapacidad de guiar las conductas que se les atribuye a los derechos enunciados como principios.

En la sección (3) describiremos cómo los autores defienden que la legislación es el principal medio para proteger y promover los derechos humanos. Al respecto, analizaremos la defensa que se hace del órgano legislativo como foro de principios y razones y por qué se considera que este órgano es el que está en mejores condiciones para garantizar los derechos humanos. Si bien valoramos que surjan estos argumentos que buscan reequilibrar la balanza y permiten reconocer la importancia de la legislación para la promoción y protección de los derechos humanos, advertiremos que el libro corre el riesgo de poner demasiado peso en el platillo de un lado, analizando solo las ventajas de una opción y las desventajas de la otra y no viceversa. A su vez, mostraremos la posibilidad de pensar a las legislaturas tanto como un foro de principios como uno de intereses y a la tarea de especificar los derechos como una tarea que es conveniente que esté en manos principalmente de las legislaturas y, subsidiariamente, en manos de los tribunales y de otros órganos.

En la sección (4) analizaremos en detalle los argumentos en contra de la determinación judicial del derecho que en muchos casos se lleva a cabo por medio de la interpretación y aplicación del derecho y, particularmente, por medio del control judicial de constitucionalidad. Para ello, se advertirán los riesgos de que los tribunales tengan la capacidad de controlar la constitucionalidad de las especificaciones de los derechos realizadas por las legislaturas. También se expondrán las críticas propuestas contra varias de las razones para defender los sistemas de control judicial de constitucionalidad. Finalmente, propondremos tres razones no analizadas por los autores que pueden servir para defender la especificación judicial del derecho y la existencia de los mencionados sistemas de control judicial de constitucionalidad.

En la sección (5) volveremos sobre el concepto de especificación de los derechos que proponen los autores para sugerir una concepción que lo entienda como un proceso que encadena etapas de forma continua. Al respecto afirmaremos, por un lado, que los

tribunales suelen formar parte de dicho proceso sin, por ello, negar la autoridad de las etapas anteriores y, por el otro, que es conveniente que así sea. En definitiva, sostendremos que *Legislated Rights* pone tanto énfasis en la etapa legislativa que termina olvidando el eslabón judicial de la cadena de determinación del derecho. A su vez, advertiremos que es posible que el concepto de determinación jurídica sirva también para comprender el diferente papel en la especificación de los derechos que distintas comunidades políticas le reconocen a los tribunales e incluso explique las diversas formas de distribuir la autoridad que las comunidades políticas eligen. Esto supone reconocer que pueden existir muchos modos razonables de realizar la mencionada distribución de la autoridad (aunque, obviamente, pueda haber otras irrazonables o arbitrarias). Finalmente, discutiremos si es posible o deseable dissociar las actividades de interpretación y aplicación de una norma jurídica de las de su justificación y, en qué medida, defender esta idea es coherente con una epistemología práctica como la propuesta por los autores del libro comentado.

## 2. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 2.1. Los derechos como relaciones justas de tres términos

Uno de los aportes de *Legislated Rights* es proponer una concepción de los derechos humanos que no los reduce a meros intereses individuales jurídicamente protegidos de forma tal que puedan ser opuestos o que necesiten ser balanceados entre sí o frente al interés público. En cambio, se los entiende como relaciones justas entre personas. A partir de esta concepción de los derechos humanos, se afirma que la técnica de recoger dichos derechos bajo la forma de principios y valores y con la estructura de «todos tienen derecho a...» adolece de varios inconvenientes. Por un lado, oscurece que los derechos suponen una relación justa con otra persona y que dicha relación está centrada en un hacer o actuar. Por el otro, no identifica a los obligados o responsables de respetar esos derechos ni el contenido de los mencionados deberes. Dicho de otro modo, esta forma de presentar los derechos no nos dice cómo debemos comportarnos. Finalmente, esta forma de presentar los derechos invita a que se crea que siempre se tiene un derecho y el resultado de esto es que se entiendan a los derechos humanos como normalmente en conflicto entre ellos y con la ley. Esta aproximación a los derechos hace suponer que las leyes o lo justo restringe los derechos y esto nos aleja del hecho de que son las leyes las que nos permiten asegurarlos<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 31 y ss.

## 2.2. La relación entre los derechos humanos y el bien común

Los autores de *Legislated Rights* critican la concepción de la relación entre los derechos humanos y el bien común que consideran es la mayoritariamente aceptada y según la cual las legislaturas deben balancear los derechos con el bien común. Esta manera de concebir la relación entre los derechos y el bien común se explicaría por una concepción errada de las legislaturas. En concreto, suele concebirse a las legislaturas como un órgano que busca maximizar el beneficio público. Siguiendo a Finnis, los autores de *Legislated Rights* nos proponen, en cambio, concebir a los derechos como una parte constitutiva del bien común y a las legislaturas como órganos que tienen la capacidad de deliberar sobre cómo especificar racionalmente tales derechos de los ciudadanos para asegurarlos.

A su vez, sostienen que el bien común está compuesto por el conjunto de condiciones que permiten a cada miembro de la comunidad su bienestar o realización. Por ello, afirman que no tiene sentido que un derecho pueda ser derrotado por el bienestar general, porque justamente los derechos expresan ese bienestar. En contra de lo que suele pensarse, afirman que las legislaturas deliberan con razones para cambiar el derecho. Tales razones, están relacionadas con el bien común y, por tanto, con el aseguramiento de los derechos humanos<sup>5</sup>.

## 2.3. La capacidad directiva de los derechos humanos

Este libro también defiende que la mayoría de los derechos humanos recogidos tanto en los Tratados y Declaraciones Internacionales de derechos humanos como en las Cartas de derechos de las constituciones no poseen una capacidad directiva suficiente como para dirigir las decisiones de los tribunales. Los derechos incluidos en estos instrumentos habitualmente poseen una estructura solo de dos términos y están expresados de forma «vaga», en «lenguaje abstracto», a fin de expresar bienes o valores, pero no exigen una conducta concreta a una persona específica<sup>6</sup>. En definitiva, se afirma que los derechos que no tienen una estructura de tres términos no son «auto-ejecutables o directamente efectivos» y, por ello, dependen de la legislación que los especifica para garantizar su protección<sup>7</sup>. Ellos requieren ser especificados antes de lograr ser lo que un derecho debe ser: directivo de la acción. A modo de ejemplo, se advierte que a partir del derecho a la libertad de expresión, la razón no sería capaz de dirigir respuestas únicas para todas las cuestiones que están en juego. Por ello, es posible que dos jurisdicciones resuelvan aspectos de este derecho de forma diferente y, no por ello, una de ellas necesariamente se equivoca. En síntesis, se considera que «la afirmación “toda persona

<sup>5</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 3-4.

<sup>6</sup> Cfr. *ibid.*, p. 119.

<sup>7</sup> Cfr. *ibid.*, p. 122.



tiene derecho a...” debe estar sujeta a un proceso de especificación antes de que pueda convertirse en lo que deber ser un derecho: capaz de dirigir la conducta»<sup>8</sup>.

Como se verá más adelante, estos autores consideran que son las legislaturas las que se encuentran en mejores condiciones para especificar los derechos. Incluso, se afirma que si se permite que dicha especificación sea llevada a cabo también por los tribunales se perderían muchos de los beneficios de las especificaciones que realizan las legislaturas<sup>9</sup>.

#### 2.4. Los derechos legislados como derechos inderrotables

Finalmente, el libro defiende que los derechos que son legislativamente especificados como relaciones justas de tres términos resultan inderrotables<sup>10</sup>. Gracias a la especificación de los derechos que realiza la legislación, se transformarían unas razones genéricas, derrotables y dependientes del contexto en deberes específicos y capaces de guiar la acción<sup>11</sup>.

La especificación que realiza la legislación sería capaz de armonizar la realización de los valores o derechos que componen el bien común (v. g., libertad de expresión y derecho a la intimidad) de forma tal que los estándares concretos determinados legalmente establecerían cómo han de ser las relaciones justas entre personas en un determinado contexto<sup>12</sup>.

En la medida en que estos estándares concretos expresan una de las formas racionalmente posibles de proteger las diferentes dimensiones del bien común en una sociedad concreta y armonizan esas dimensiones con las otras dimensiones de ese mismo bien común, resultan inderrotables por otras razones referidas también a derechos que expresan dimensiones del bien común o referidas de forma más genérica al propio bien común.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 45. La traducción es propia. El texto en inglés dice: «the affirmation “everyone has a right to...” must be subject to a process of specification before it can become what a right must be: directive of action».

<sup>9</sup> Cfr. *ibid.*, p. 129.

<sup>10</sup> Cfr. *ibid.*, p. 125.

<sup>11</sup> En este sentido, expresamente se afirma: «We all have reason to contribute to furthering the well being of others. But sometimes our reason to do so is of a particular strong kind, namely a *duty* – a duty to undertake specific conduct for the sake of somebody else’s wellbeing. What that is so, the person whose wellbeing is at stake has a corresponding *right*, a genuine, specific, three-term right. The existence of a specific right entails the existence of a duty. A su vez se aclara que un deber u obligación moral «is helpfully understood in terms of the *necessity*, given certain facts, to undertake determinate conduct as a means to a morally valuable end». *Ibid.*, p. 56.

<sup>12</sup> Cfr. *ibid.*, p. 123.

## 2.5. ¿Los principios jurídicos son incapaces de dirigir la conducta?

Es interesante advertir que, en el fondo, lo que los autores denominan derechos con una estructura de dos términos se asemeja bastante a cómo se suele caracterizar a los principios jurídicos. De aceptarse esta relación entre derechos con una estructura de dos términos y principios, los autores de *Legislated Rights* nos estarían sugiriendo que los principios jurídicos no poseen la capacidad de guiar la conducta.

Coincidimos en que los derechos estructurados con solo dos términos (¿principios?) no tienen la misma capacidad para guiar la conducta que los derechos estructurados con tres términos (¿reglas?). Sin embargo, como se explica en el libro que se comenta, el proceso de especificación de los derechos humanos no es completamente libre, sino que es guiado. Incluso, se reconoce expresamente que este proceso puede estar en parte guiado por los derechos receptados en las Cartas y Declaraciones de derechos con una estructura de dos términos. Ocasionalmente, el mencionado proceso estará limitado por deducciones de lo que la razón requiere de las personas en comunidad según ese derecho receptado con una estructura de dos términos. Otras veces será guiado por razones indeterminadas. En este último caso, «[l]a razón práctica por sí sola no determinará la totalidad de lo que exigen los derechos humanos»<sup>13</sup>, sino que serán necesarias verdaderas elecciones de parte de quien especifique ese derecho. Además, existen otros elementos que guían el proceso de especificación de un derecho con una estructura de dos términos. Es necesario que ello se haga con un lenguaje coherente con el del resto del sistema jurídico y que aspire a tener una claridad artificial. Además, la especificación que se haga de un derecho de este tipo también estará limitada por otras especificaciones previamente realizadas, porque se espera que el sistema de derechos sea coherente, íntegro y armónico<sup>14</sup>.

En contra de lo que por momentos se afirma en *Legislated Rights*, los derechos receptados con una estructura de dos términos tienen capacidad de dirigir parcialmente la conducta, aunque no de la misma manera que los derechos receptados con una estructura de tres términos. Incluso más, como se reconoce en otras partes del libro, los derechos con una estructura de dos términos, entre otras cosas, cumplen la importante función de «esbozar algunas de las consideraciones que deberían estar presentes en la mente de cada persona que se involucra en el proceso de razonamiento práctico a fin de especificar por medio de los derechos cómo han de ser las relaciones entre personas»<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> WEBBER, Grégoire, YOWELL, Paul, EKINS, Richard, KÖPCKE, Maris, MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J., *Legislated Rights... op. cit.*, p. 48. La traducción es propia. El texto original dice: «[p]ractical reason alone will not determine the whole of what human rights require».

<sup>14</sup> Cfr. *ibid.*, p. 51.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 48. La traducción es propia. El texto original dice: «sketch out some of the considerations that ought to be alive in the mind of each person who engages in the process of practical reasoning to specify the relationship between persons that realize rights».

## 2.6. ¿Es preferible que los tratados, las constituciones y la legislación no incluyan normas enunciadas como principios?

De lo anterior puede concluirse que para los autores de *Legislated Rights* no es un problema que existan derechos con una estructura de dos términos, siempre y cuando sean complementados por derechos legislados con una estructura de tres términos. Tampoco es un problema que los derechos con una estructura de dos términos solo sirvan en unos pocos casos para guiar la conducta de forma definitiva y que en la mayoría de los casos guíen la conducta solo de forma parcial.

Lo que pareciera que es considerado problemático es que estos derechos, además de ser especificados por los legisladores, también puedan ser especificados por los tribunales. Esto último puede llegar a suceder porque las legislaturas no cumplieron con su tarea de especificar legalmente los derechos con una estructura de dos términos o porque los tribunales usan este tipo de derechos para controlar las especificaciones que de ellos realizan las legislaturas. Sin embargo, a esta cuestión nos referiremos en la sección (4).

## 3. EL PAPEL DE LAS LEGISLATURAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La tesis central del libro que estamos comentando es sobre el papel de las legislaturas en la protección de los derechos humanos. Más concretamente, la necesidad que tienen los derechos humanos de ser especificados para poder ser garantizados y cómo esta tarea corresponde principalmente a las legislaturas. En alguna medida, esta tesis parece obvia<sup>16</sup>. No obstante, hay que reconocer que el libro ofrece interesantes razones de por qué se deben rechazar las concepciones de las legislaturas que las consideran inclinadas a la violación de los derechos humanos. Además, ayuda a clarificar cuál es la naturaleza del foro legislativo y si este foro está en mejores o peores condiciones que otros para especificar los derechos humanos y de esta forma poder garantizarlos. A continuación, analizaremos estas cuestiones.

### 3.1. Las legislaturas como foros de principios y de razones

Los autores del libro comentado advierten que Dworkin popularizó la concepción según la cual las legislaturas serían foros en los que se decide con base en directrices políticas y los tribunales serían foros en los que se decide con base en principios. Según esta concepción, el judicial sería un foro en el que se decide con base en razones y principios y, en cambio, el legislativo sería un foro en el que se decide conforme a las

<sup>16</sup> Cfr. BIX, Brian, «Human Rights Through the Legislature: Grégoire Webber, Paul Yowell, Richard Ekins, Maris Köpcke, Bradley W. Miller and Francisco J. Urbina, *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*. Cambridge. Cambridge University Press, 2018, pp. 209», *Law and Philosophy*, 38 (2019), pp. 221-225, p. 221.

preferencias de una mayoría cambiante representada por los legisladores. Según esta visión, los principios reflejarían requerimientos de justicia, equidad y otras dimensiones de la moral. En cambio, las directrices políticas serían objetivos que deben ser alcanzados y que normalmente están relacionados con la mejora de una característica económica, política o social. En este contexto, los derechos recogidos como principios funcionarían como cartas de triunfo frente a las preferencias que recogen las políticas definidas por las legislaturas<sup>17</sup>. También advierten que Dworkin matiza estas afirmaciones. Sin embargo, consideran que para cuando realiza esto, las ideas de los derechos como cartas de triunfo y la de los dos foros ya tenían vida propia<sup>18</sup>.

La visión que presenta a las legislaturas como foros de preferencias y a los tribunales como foros de los principios sugiere que las legislaturas se encuentran institucional y sistemáticamente viciadas en favor de los intereses de la mayoría del electorado y en contra del de las minorías. A su vez, esta visión defiende los sistemas de control judicial de constitucionalidad sugiriendo que los tribunales están institucionalmente mejor posicionados para proteger los derechos de las minorías dada su *independencia*, su papel *contra-mayoritario* y el hecho de que resuelven casos en los que incluso *un solo litigante desafía* la decisión tomada por la *mayoría*<sup>19</sup>.

En contra de lo anterior, los autores de *Legislated Rights* defienden que las legislaturas no reflejan meramente las preferencias de las mayorías. En cambio, sostienen que las legislaturas también serían un foro de principios en los que los legisladores tienen en cuentas razones y principios sobre derechos humanos.

Además, nos previenen de pensar que porque en las legislaturas se decida por votación no se razona por principios. Incluso, nos advierten que el hecho de que las votaciones en las legislaturas se decidan por mayoría, no significa que exista una mayoría estable y unificada que impone sus preferencias a una minoría.

Los autores de la obra que se comenta tampoco desconocen que existen ejemplos históricos en los que las legislaturas han obrado contra los derechos humanos. Sin embargo, advierten que estos ejemplos no sirven para mostrar que las legislaturas democráticas están inherentemente viciadas contra los intereses de las minorías<sup>20</sup>.

### 3.2. Las legislaturas se encuentran en mejores condiciones para determinar los derechos humanos

En lugar de concebir a la legislación como intrínsecamente inclinada en favor de los intereses de la mayoría y contra los derechos de las minorías, se defiende que la

<sup>17</sup> Cfr. WEBBER, Grégoire, YOWELL, Paul, EKINS, Richard, KÖPCKE, Maris, MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J., *Legislated Rights...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>18</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 89.

<sup>19</sup> Cfr. *ibid.*, p. 7.

<sup>20</sup> Cfr. *ibid.*, p. 9.

legislación adecuada no actúa contra los derechos humanos, sino que afirma lo que ellos requieren, especificando los estándares incluidos en los instrumentos de derechos humanos bajo una forma legal relativamente precisa. Es justamente gracias a la legislación que es posible asegurar los derechos humanos. Su autoridad reside en su capacidad para asegurar el bien común coordinando la conducta para que pueda lograrse dicho bien. Proteger el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, etc., depende de legislación que los asegure, aprovechando su capacidad para fijar cuestiones de forma autoritativa, permitiendo que existan esquemas complejos y extensivos de coordinación social y aliviando a los ciudadanos de deliberar y elegir cosas difíciles.

Por varias razones se defiende que la legislación estaría intrínsecamente mejor situada que las decisiones judiciales para llevar adelante el proceso de determinación jurídica necesario para proteger los derechos humanos.

En primer lugar, porque la legislación es directa y abiertamente receptiva a todas las razones relevantes que se han de tener en cuenta para decidir cómo proteger y armonizar las diferentes dimensiones del bien común en una sociedad concreta. Al respecto, se afirma que la legislación es «*self-starting and self-directing*». No necesita esperar un caso para especificar un derecho y ejerce sus potestades no constreñida por otras leyes sino por las razones que consideran relevantes. En las legislaturas se da un razonamiento moral abierto y no artificial, formal y técnicamente limitado<sup>21</sup>.

En segundo lugar, la determinación *legal* de los derechos permite cumplir mejor con los valores del *Rule of Law*. En particular, en lo relativo a la claridad y certeza que ofrece el derecho legislado. Dicho de otro modo, una de las ventajas de la determinación legal de los derechos humanos es que es cognoscible de forma clara y previa a que produzca efectos<sup>22</sup>.

Una tercera ventaja de la determinación *legal* de los derechos humanos es que la comunidad pierde mucho cuando no se regula a sí misma. Así como una persona vive bien cuando ejerce su capacidad de formular un plan de vida, con la comunidad sucede algo similar cuando ella decide eligiendo entre los muchos modos posibles de regular la vida de la comunidad<sup>23</sup>. La legislación es el proceso central del auto-gobierno<sup>24</sup>. Otras formas de determinación de los derechos humanos no representan con la misma intensidad esta característica del auto-gobierno.

En cuarto lugar, la determinación *legal* de los derechos humanos es realizada desde un punto de vista más arquitectónico, general o abstracto que la determinación realizada, por ejemplo, por los jueces. En otras palabras, las legislaturas están en mejores condiciones para asumir este punto de vista global porque institucionalmente están

<sup>21</sup> Cfr. *ibid.*, p. 195.

<sup>22</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 94 y 129.

<sup>23</sup> Cfr. *ibid.*, p. 109.

<sup>24</sup> 21 Cfr. *ibidem*.

en mejores condiciones para acceder de forma global a los intereses y necesidades sociales<sup>25</sup>.

Finalmente, una quinta ventaja de la determinación *legal* de los derechos humanos es que permite limitar la discreción de órganos que tienen poder. Más específicamente, se sostiene que permite que la adjudicación judicial logre mejor su objetivo de hacer justicia en los casos concretos. La adjudicación judicial no limitada y no guiada por la ley tendría menos posibilidad de éxito en la tarea de hacer justicia en el caso concreto<sup>26</sup>. Esto sería así porque gracias a tener una guía legal los jueces pueden resolver de forma relativamente sencilla problemas morales complejos, pueden evitar ser sometidos a grandes presiones sociales resolviendo conforme a lo legalmente establecido e, incluso, morigerar al juez pasional, limita su voluntad y se beneficia de la legitimidad (positiva y normativa) de la ley, dado que se considera que en nuestras sociedades la fuente más importante de legitimidad es la democrática<sup>27</sup>.

### 3.3. Las legislaturas como foros de principios e intereses

Como hemos anticipado, coincidimos tanto con la tesis central del libro como con las razones para rechazar las concepciones de las legislaturas que las consideran inclinadas a la violación de los derechos humanos. También coincidimos en gran medida con la aclaración que se propone con respecto a la naturaleza del foro legislativo. Sin embargo, por momentos, pareciera que el libro, al poner énfasis en que las legislaturas son foros de principios y razones, desprecia el valor que poseen como foros representativos que tienen también una especial capacidad para receptar los intereses y las necesidades sociales. En este sentido, podría decirse que las legislaturas son foros tanto de principios y razones como de intereses.

Si bien esta idea no está expresamente recogida en el libro cuando se rivaliza con la concepción de Dworkin, podría considerarse implícita cuando se enfatiza la posición especial que gozan las legislaturas por su capacidad de representación y de recepción de las necesidades sociales. En concreto, se reconoce esto al menos en tres momentos.

Por un lado, cuando se defiende que la determinación legal de los derechos humanos es realizada desde un punto de vista más arquitectónico, general o abstracto que la determinación realizada por los jueces. En esta oportunidad se reconoce que las legislaturas están en mejores condiciones para asumir un punto de vista global porque institucionalmente están en mejores condiciones para acceder de forma global a las necesidades sociales.

<sup>25</sup> Cfr. *ibid.*, p. 174.

<sup>26</sup> Cfr. *ibid.*, p. 160.

<sup>27</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 162-166.

Por otro lado, se recoge el valor de las legislaturas como órganos capaces de representar las necesidades y preferencias de los ciudadanos cuando se advierte que dicha capacidad de representación le otorga a la legislación una legitimidad positiva y normativa que no tienen otras formas de determinación de los derechos humanos. De hecho, se advierte que en nuestras sociedades, la democrática es la fuente más importante de legitimidad. Al respecto, incluso se llega a afirmar que la legislación es producto de un procedimiento que busca asegurar un mínimo de deliberación razonada y algo de consenso en torno a la legislación<sup>28</sup>.

En tercer lugar, pareciera reconocerse que las legislaturas son tanto foros de razones como de preferencias e intereses cuando se advierte que la comunidad pierde mucho cuando no se regula a sí misma. Al respecto se llega a decir que una comunidad vive bien cuando ejerce su capacidad de formular su propio plan de vida comunitaria al elegir uno de los muchos modos posibles de regular la vida de la comunidad<sup>29</sup>.

En definitiva, las legislaturas son foros de principios y razones y también de consenso entre intereses contrapuestos representados por los legisladores. Si las legislaturas fueran solo un foro de principios y razones no tendrían esa especial capacidad que las caracteriza para recoger los intereses, preferencias y necesidades de la sociedad globalmente considerada ni la legitimidad de representar dichos intereses, preferencias y necesidades a la hora de definir un plan de vida comunitaria de entre los muchos modos posibles de regular la vida de la comunidad. Si bien esto de algún modo es reconocido en el libro cuando se contraponen las ventajas de la especificación legislativa de los derechos humanos a la realizada por otros órganos, no se lo aclara cuando se defiende a las legislaturas como foros de principios y razones contra la visión que las caracteriza como foros de intereses. Tanto es así, que algunos comentaristas del libro afirman que: «La conceptualización que hacen los autores del “caso central” de las legislaturas no tiene suficientemente en cuenta el impacto de la “cuestión electoral” en el juicio deliberativo razonable, ni la naturaleza colegiada de la toma de decisiones legislativas»<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. *ibid.*, p. 178.

<sup>29</sup> Cfr. *ibid.*, p. 109.

<sup>30</sup> JACKSON, Vicki C., «Pro-Constitutional Representation and Legislated Rights: Comment on Legislated Rights – Securing Human Rights Through Legislation», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 21 (2020), pp. 77-93, p. 79, <https://doi.org/10.1093/jrls/jlz023>. La traducción es propia. El texto original dice: «The author’s conceptualization of the ‘central case’ for legislatures does not sufficiently take account of the impact of the ‘electoral connection’ on reasonable deliberative judgment, nor the collegial nature of legislative decision-making».

### 3.4. La especificación de los derechos: ¿tarea exclusiva de las legislaturas o complementaria con otros órganos de la comunidad política?

Otra cuestión que en el libro no está claramente reconocida es la ventaja que puede suponer que la especificación de los derechos humanos sea una tarea no exclusiva de las legislaturas, sino complementaria entre los distintos órganos de la comunidad política. Tanto es el énfasis que se pone en mostrar las ventajas de que dicha tarea sea realizada principalmente por las legislaturas y las desventajas de que ella sea realizada por los tribunales que se pierde o se difumina la posibilidad de que pueda ser una tarea complementaria.

Nuevamente, es posible encontrar pasajes del libro en los que pareciera que expresa o tácitamente se reconocen ventajas a la posibilidad de que la tarea de especificar los derechos no sea exclusiva de las legislaturas sino complementaria con otros órganos de la comunidad política. En concreto, expresamente se reconoce esto en la parte del capítulo tercero que explica la dinámica del proceso de especificación de los derechos. Allí, se advierte que la especificación de los derechos humanos se logra gradualmente y de forma dinámica, por medio de un proceso en el que diferentes agentes u órganos toman distintas elecciones que se van sumando a lo largo del tiempo y que busca tanto dar cierta libertad a quien está mejor ubicado para decidir y, a la vez, limitar o circunscribir dicha elección por medio de límites racionales, los que incluyen que no se pueda deshacer lo decidido previamente en los eslabones superiores de esa cadena. A este proceso se lo denomina «cadena de especificación»<sup>31</sup>. Incluso se advierten un grupo de razones (v. gr., pericia o *expertise*, proximidad, tiempo, velocidad, valor intrínseco de la participación de alguien) que ayudan a decidir cómo debe ser esa cadena de especificación. A su vez, se advierte que este tipo de cadenas de especificación suponen que un agente confiera a otro la competencia para colaborar en este proceso. Por ejemplo, la constitución le reconoce competencia para especificar los derechos a la legislatura, la legislatura se lo reconoce a la administración del estado, dichos órganos le reconocen competencia a quien aplica esa regulación, etc.<sup>32</sup>. Finalmente se aclara que este proceso de especificación además de ser jerárquicamente encadenado ha de ser sistemático o coherente y se afirma que las legislaturas están mejor posicionadas que otros agentes por sus recursos, información y lugar jerárquico para lograr esto. Estas cualidades les permitirían a las legislaturas diseñar e introducir cambios jurídicos generales y de gran alcance que atravesasen un conjunto de problemáticas<sup>33</sup>.

Sin embargo, como puede observarse, no se incluye a los tribunales dentro de los posibles agentes que forman parte de la cadena de especificación de los derechos. A

<sup>31</sup> Cfr. WEBBER, Grégoire, YOWELL, Paul, EKINS, Richard, KÖPCKE, Maris, MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J., *Legislated Rights...*, op. cit., p. 74.

<sup>32</sup> Cfr. *ibid.*, p. 81.

<sup>33</sup> Cfr. *ibid.*, p. 84.



nuestro juicio, el libro omite deliberadamente esta posibilidad. De hecho, el análisis que se hace en los siguientes capítulos es acerca de las ventajas de que dicha especificación sea realizada por las legislaturas y las desventajas de que sea realizada por los tribunales. Al respecto, sorprende que en el análisis de ventajas y desventajas no estén evaluadas las posibles ventajas de que los tribunales puedan participar del proceso de especificación de los derechos y las desventajas de que los tribunales queden absolutamente excluidos de este proceso<sup>34</sup>.

Aquí propondremos tres razones por las que es conveniente que los tribunales puedan participar del mencionado proceso de especificación de los derechos<sup>35</sup>. Como se explicó, en este proceso dinámico participan diferentes agentes que toman distintas elecciones que se van sumando a lo largo del tiempo. El proceso se divide en varias etapas a fin de dar algo de libertad a quien está mejor ubicado para decidir. A la vez, se circunscribe dicha elección de forma tal que no se pueda deshacer lo decidido en los eslabones superiores de la cadena.

En primer lugar, a nuestro juicio es imposible que los tribunales no tengan *algún* tipo de papel en la especificación de los derechos. Como los propios autores de *Legislated Rights* por momentos reconocen, si bien la capacidad que tiene la legislación para dirigir la conducta tanto de los ciudadanos como de los tribunales incrementa la coordinación, esta capacidad de dirección es una cuestión de grado, al igual que la coordinación. «Es imposible e indeseable que la legislación tenga una capacidad directiva plena, como también lo es la plena coordinación entre tribunales»<sup>36</sup>. Si bien la dirección se logra por medio de estándares públicos de resolución de disputas que logren constreñir y moldear la adjudicación de los derechos que hacen los tribunales, «la ley no puede proporcionar una guía completa para todos los casos. Nuestro lenguaje no puede expresar con total precisión todas las exigencias legales: alguna ambigüedad permanecerá siempre»<sup>37</sup>. Si se admite esto, también debiera admitirse que los tribunales, obligados a resolver las disputas que se les presentan y con una dirección legal que no es total, al menos en los casos y en la medida en que la dirección legal resulta insuficiente, tienen la capacidad de participar en el proceso dinámico de especificación de los derechos. De hecho, su participación en este proceso encadenado también colabora

<sup>34</sup> Sobre la posibilidad de que la decisión judicial ocupe un papel en la cadena de determinación del derecho cfr. KÖPCKE, Maris, *Legal Validity. The Fabric of Justice*, Hart, 2019, caps. 4 y 5.

<sup>35</sup> Cfr. ZAMBRANO Pilar y CIANCIARDO, Juan *La inteligibilidad del derecho*, Marcial Pons, 2019, caps. 3 y 4.

<sup>36</sup> WEBBER, Grégoire, YOWELL, Paul, EKINS, Richard, KÖPCKE, Maris, MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J., *Legislated Rights...*, *op. cit.*, p. 165. La traducción es propia. El texto original dice: «Total legal direction is imposible and undesirable, and so is complete coordination among courts».

<sup>37</sup> *ibid.*, p. 153, nota 1. La traducción es propia. El texto original dice: «law cannot provide full guidance for all cases. Our language cannot express with full precisión all the legal requirements: som ambiguity will always remain».

en generar estándares públicos de resolución de disputas para futuros casos cuando la dirección legal no alcanza. La intensidad de dicha colaboración obviamente dependerá de la jerarquía del tribunal que realiza la especificación de un derecho y de cómo se desarrollan y aplican las leyes en cada tradición jurídica.

En segundo lugar, en la obra comentada se reconoce que «[u]n lenguaje relativamente vago y general también podría ser necesario para que la ley oriente eficazmente y resulte virtuosamente clara (ya que una regulación demasiado detallada haría difícil, o imposible, que ella pueda ser comprendida y aplicada por aquellos sujetos a ella)»<sup>38</sup>. Reconocer esto supone aceptar que la capacidad de guía del derecho solo se logra aceptando que en algunos casos no será clara la aplicación de un estándar público a una controversia y que los tribunales han de deliberar si esto corresponde o no. Sin duda, cuando un tribunal decide este tipo de controversias especifica aún más un derecho previamente especificado por la legislación.

En tercer lugar, no solo es inevitable que los tribunales participen del proceso de especificación de los derechos cuando la legislación es ambigua o cuando la legislación resigna precisión en virtud de su claridad, sino que también hasta cierto punto (y en alguna medida) se reconoce que es deseable que cumplan ese papel. Como acaba de advertirse, la dirección legal total además de imposible no es deseable. «Puede ser necesaria cierta vaguedad para dar cabida a nuevos hechos que el legislador tal vez no pueda prever, o algunos otros objetivos valiosos que puedan estar involucrados en esa situación»<sup>39</sup>. Es dicho espacio de vaguedad el que permite que el juez acomode la regulación a hechos nuevos imposibles de ser previstos por los legisladores o lograr otros fines valiosos. En definitiva, se reconoce que es preferible permitir que los tribunales tengan un papel limitado en la especificación de los derechos antes que pretender que las legislaturas especifiquen todos los derechos a ciegas y sin la capacidad de prever todas las situaciones a las que tales especificaciones se aplicarán.

Una de las razones que explican por qué es preferible que los tribunales formen parte de la cadena de especificación de los derechos en determinadas circunstancias es la *proximidad* que tienen con el caso que han de resolver. Los tribunales tienen acceso a lo particular o específico de dicho caso, además de a los estándares públicos de resolución de controversias. Este conocimiento de ambos elementos es lo que los coloca en una *especial posición* para poder decidir de forma justa. La proximidad a lo específico

<sup>38</sup> *Ibidem*. La traducción es propia. El texto original dice: «[r]elative vague and general language might also be necessary for the law to guide effectively and realize the virtue of clarity (since too detailed a regulation might be difficult, if not impossible, to apprehend and apply by those subject to it)».

<sup>39</sup> *Ibidem*. La traducción es propia. El texto original dice: «Some vagueness may be needed so as to accommodate new facts that the lawmaker might not be able to foresee, or some other valuable aims that might be involved in the situation».

o particular del caso permitiría al juez deliberar si se trata o no de un caso previsto por el estándar público<sup>40</sup>.

Todo lo que acaba de afirmarse no supone que la especificación legal de los derechos no resulte capaz de ofrecer un grado importante de guía de las decisiones de los tribunales. Sin embargo, sí supone aceptar que los tribunales tienen un papel *subsidiario* en el proceso de especificación de los derechos al menos cuando los estándares públicos de resolución de controversias no se aplican claramente a un caso por resultar vagos o ambiguos. Las razones para que los tribunales puedan participar de este proceso al punto de controlar a las legislaturas serán analizadas en el siguiente epígrafe.

#### 4. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UNA FORMA DE ESPECIFICAR LA DISTRIBUCIÓN DE POTESTADES DE LA AUTORIDAD

Además de defender la necesidad de que los derechos humanos sean legislativamente especificados, los autores de *Legislated Rights* analizan los riesgos de intentar proteger dichos derechos mediante sistemas de control judicial de constitucionalidad. A su vez, también advierten las debilidades de algunas de las razones para defender estos sistemas. A continuación, expondremos, en primer lugar, los riesgos de tener sistemas de control judicial de constitucionalidad detectados por estos autores. En segundo lugar, expondremos las críticas propuestas contra varias de las razones para defender los sistemas de control judicial de constitucionalidad. En tercer lugar, propondremos tres razones no analizadas por los autores que pueden servir para defender la existencia de los mencionados sistemas de control judicial de constitucionalidad.

##### 4.1. Riesgos de los sistemas de control judicial de constitucionalidad

Si bien los autores de la obra comentada no defienden que los sistemas de control judicial de constitucionalidad bajo una carta de derechos *necesariamente* sean inconsistentes con la teoría de los derechos legislados o incapaces de mejorar la calidad de la legislación, ponen en duda que estos sistemas *siempre* sean el medio apropiado para afrontar leyes contrarias a los derechos humanos. Para determinar si en una comunidad particular es o no conveniente el control judicial de constitucionalidad deberá tenerse en cuenta no solo los problemas que busca resolver, sino también los problemas que crea. Por esta razón, señalan una serie de riesgos y problemas que generan los sistemas

<sup>40</sup> Aristóteles pone un ejemplo gráfico de por qué atañe a la prudencia no solo conocer los universales sino también los objetos particulares. De hecho, sostiene que para decidir qué hacer en algunos casos son más aptos los que no saben que algunos que saben. «En efecto, si uno supiera que las carnes ligeras son fáciles de cocer y saludables, pero no sabe cuáles son las ligeras, no procurará la salud; en cambio, lo hará, más bien, el que sabe que la carne de ave es saludable; y en lo demás, los que tienen experiencia». ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 13, 1141b 15.

de control judicial de constitucionalidad. Estos riesgos y problemas están asociados al ejercicio de la adjudicación de derechos de forma discrecional y por medio de un razonamiento moral abierto. Esta forma de adjudicación no es capaz de aprovechar todos los beneficios de la adjudicación legalmente dirigida. En otras palabras, los tribunales no pueden aprovechar los beneficios de la guía de la legislación para resolver disputas por medio de categorías técnicas que determinan el significado jurídico de los hechos y sus consecuencias<sup>41</sup>. En gran medida, estos problemas o riesgos son los que explicamos (en la sección anterior: 3.2).

Dado que ya han sido explicados, en esta oportunidad solo los enumeraremos. En concreto, los jueces que no gozan de la guía legislativa para adjudicar derechos tienen la dificultad de: i) abordar *problemas morales particularmente complejos*; ii) verse sometidos a *grandes presiones sociales*; iii) verse sometidos a las *presiones internas de las pasiones*; iv) someter a las partes de una controversia a decisiones *no limitadas por estándares públicos previamente establecidos*; v) no aprovechar o *beneficiarse de la legitimidad* (positiva y normativa) *de la ley*; vi) que probablemente sus *resultados sean impredecibles*; vii) que sus especificaciones de los derechos humanos no representen con la misma intensidad el ideal del auto-gobierno que como lo logra la legislación; y viii) decidir sin poder tener en cuenta a todos los que puede afectar su decisión en el futuro (*patología de lo concreto*). A estos riesgos y problemas podrían sumársele: ix) que se pretenda aceptar como autoritativa solo la legislación basada en evidencias no controvertidas acerca del beneficio que produce. Dado que en muchos casos eso es imposible de lograrse, se pondría en riesgo el bien que produce la legislación (*patología de lo incierto*). Finalmente, x) existe el riesgo de que se termine promoviendo concepciones de los derechos humanos según las cuales tales derechos pueden ser legítima o justificadamente violados en beneficio de los intereses de la comunidad (*patología del modelo en dos etapas*)<sup>42</sup>.

#### 4.2. **Motivos insuficientes para tener sistemas de control judicial de constitucionalidad**

Como se adelantó, *Legislated Rights* no solo advierte los riesgos de tener sistemas de control judicial de constitucionalidad, sino que también busca desafiar varias de las razones que podrían justificarlos. A continuación, expondremos brevemente esas razones.

*Legislated Rigths* sostiene que una de las principales razones en favor de la necesidad de la existencia de los mencionados sistemas de control judicial de

<sup>41</sup> Cfr. WEBBER, Grégoire, YOWELL, Paul, EKINS, Richard, KÖPCKE, Maris, MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J., *Legislated Rights...*, op. cit., p. 161.

<sup>42</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 196 y ss.

constitucionalidad se funda en una concepción equivocada de la naturaleza de las legislaturas democráticas. En concreto, advierte que los argumentos de la *independencia* y de la *imparcialidad* de los jueces que juzgan la constitucionalidad de una ley como remedio al riesgo de la *tiranía de las mayorías* presuponen una concepción de las legislaturas como un foro cuya principal tarea es maximizar los intereses de la mayoría de los miembros que conforman una comunidad política. Presupuesta esta concepción de las legislaturas, se defiende la necesidad de que exista otro foro que proteja los derechos humanos frente a la amenaza de las legislaturas. Esta tarea de proteger los derechos no puede ser llevada a cabo por las propias legislaturas porque ellas no pueden ser *independientes* de los intereses de las mayorías, *ni imparciales*, al ser jueces en sus propios juicios. Los representantes de las mayorías no estarían en condiciones de cumplir con esta tarea porque de otro modo no podrían ser reelectos por quienes los eligieron para que los representaran. Por todo lo anterior se cree necesario que exista otro foro que sea independiente del foro de las legislaturas e imparcial frente a los distintos intereses de la mayoría, cuya principal tarea sea razonar con principios y razones. Este sería el foro en el que participan los tribunales cuando cumplen con su función de controlar la constitucionalidad de las leyes<sup>43</sup>. No obstante, si se acepta una concepción de las legislaturas como la que *Legislated Rights* propone: capaz de razonar con principios y razones y no sometida a los intereses de la mayoría (si tal mayoría uniforme existe), la necesidad del control judicial de constitucionalidad disminuye. A esto se le suma que (como se vio en el epígrafe anterior 4.1) este sistema de control judicial de constitucionalidad tiene sus propios problemas y riesgos.

Los autores de *Legislated Rights* también analizan el argumento en favor de los sistemas de control de constitucionalidad que sugiere que estos sistemas garantizan el *derecho a ser escuchado*. Más precisamente, según este argumento, los sistemas de control judicial de constitucionalidad obligan al estado a explicar por qué un acto es obligatorio. Si bien se comparte la idea de que los actos legislativos deben estar justificados, en el libro se defiende la idea de que permitir que cualquier persona pueda requerir judicialmente la justificación de una ley «supone desestabilizar el estatus del acto legislativo como ejercicio de un modo razonable (razonamiento) de autogobierno». Sobre todo, teniendo en cuenta que «[l]os parámetros de una disputa judicial —dos partes en las que una gana y la otra pierde— la hacen totalmente inadecuada para conformar un proceso central de autogobierno»<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 7, 89, 113, 143 y 175.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 113. La traducción es propia. Los textos originales dicen: «is to unsettle the legislative act's status as the exercise of a reasonable mode of (reasoning) self-government» y «[t]he parameters of a judicial dispute —two parties in which one wins while the others loses— make it wholly unsuited to be a central process of self-government».

Finalmente, se reconoce que una razón para sostener que los tribunales están mejor ubicados que las legislaturas para defender a los derechos de la legislación tiránica es que los *tribunales se encuentran fuera de las legislaturas*. Contra este argumento se dice que «[s]i los derechos constitucionales fueran proposiciones fuertemente especificadas, que excluyeran claramente ciertos cursos de acción, los tribunales estarían en buena posición para aplicar tales proposiciones a la legislación y dicha aplicación podría ser consistente con la política razonada del autogobierno (...)». Pero si los derechos constitucionales requieren de una extensa argumentación para fijar la validez de la legislación y esa argumentación colapsa con los méritos de la propuesta legislativa «la ventaja de ser externo se evapora»<sup>45</sup>.

#### 4.3. Razones para tener sistemas de control judicial de constitucionalidad

De lo anterior parece concluirse que no existen razones capaces de fundar la conveniencia de tener sistemas de control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, a continuación se ofrecerán tres razones no abordadas en *Legislated Rigths* que podrían justificar la conveniencia de este tipo de sistemas de control de constitucionalidad.

En primer lugar, el libro reconoce en parte que el hecho de que los tribunales sean externos o independientes de las legislaturas los coloca en un mejor lugar para el control de estas últimas. No obstante, considera que esa ventaja solo existe si los tribunales han de limitar a las legislaturas basándose en reglas especificadas y que establezcan un claro curso de acción. Si su respeto o aplicación requiriese mayor argumentación, su ventaja desaparece porque un sistema de este tipo no es consistente con el ideal del auto-gobierno.

A nuestro juicio, por varias razones es posible defender la existencia de sistemas de control judicial de constitucionalidad y su posible compatibilidad con el ideal del auto-gobierno. Por un lado, porque en algunos casos es posible derivar racionalmente de los derechos de dos términos conclusiones que pueden servir de guía suficiente para limitar a las legislaturas de un modo que se respete el ideal del auto-gobierno. Como los propios autores por momentos reconocen «[e]l proceso de razonamiento práctico será guiado y ocasionalmente determinado por deducciones de lo que la razón requiere de las personas en comunidad». Es verdad que «la razón práctica por sí sola no determinará la totalidad de lo que requieren los derechos humanos»<sup>46</sup>. Sin embargo, al menos

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 115. La traducción es propia. Los textos originales dicen: «[i]f constitutional rights were closely specified propositions, clearly ruling out certain courses of action, the the courts would be well placed to apply such propositions to legislation and such application might be consistent with the polity's reasoned self-government (...)» y «the advantage of being external evaporates».

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 48. La traducción es propia. Los textos originales dicen: «[t]he process of pactical reasoning will be guided and occasionally determined by deductions from what reason requires of persons in community» y «[p]ractical reason alone will not determine the whole of what human rights require».

podría reconocerse a los tribunales su capacidad para controlar con este alcance a las legislaturas. Así, podría afirmarse que las Cartas de derechos ofrecen tanto derechos y garantías claramente especificadas como derechos insuficientemente especificados pero, de todos modos, capaces de servir como guía suficientemente clara para limitar *algunas* decisiones de las legislaturas. En definitiva, es posible fundar la existencia de los sistemas de control judicial de constitucionalidad en el hecho de que, al menos cuando las constituciones ofrecen una guía suficientemente clara, los tribunales están bien ubicados para controlar a las legislaturas.

En segundo lugar, existe una regla de la experiencia que indica que cuando el poder se concentra tiende a volverse abusivo y que cuando se lo reparte suele evitarse esto. Muchos son los autores que a lo largo de la historia han sugerido esta idea. El propio Finnis parece reconocer que la «separación de poderes» puede servir tanto para evitar abusos de poder como para garantizar que el poder esté también gobernado por leyes. Al respecto afirma que la separación de poderes «se expresa de modo característico no simplemente haciendo referencia a las disposiciones injustas de los gobernantes arbitrarios, partidistas, o despóticos, sino también apelando al bien positivo de una cierta calidad de asociación e interacción entre gobernante y gobernado: “con el fin de que exista un gobierno de las leyes y no de los hombres”»<sup>47</sup>. Estos dos fines a los que tiende la «separación de poderes» hacen que «[a]dherir al imperio del derecho (especialmente a la octava exigencia, la de la conformidad de los funcionarios con reglas generales preanunciadas y estables) siempre tiende a reducir la eficacia para el mal de un gobierno malo, pues limita sistemáticamente la libertad de maniobra del gobierno»<sup>48</sup>.

En tercer lugar, es posible aceptar que pueden existir muchos sistemas o formas diferentes y racionales de gobierno y de distribución de la autoridad de una comunidad política. «Como decían los clásicos, el gobernante puede ser uno, o pocos, o muchos (la multitud, las masas)»<sup>49</sup>. Esto no significa que se niegue que es posible que algunas de estas formas sean mejores que otras en determinadas circunstancias. Simplemente se advierte que de las múltiples formas posibles de distribuir la autoridad (sean estas puras o mixtas), es la propia autoridad la que elige cómo especificar o determinar cuál será la que rige para una determinada comunidad. De aceptarse la idea de que es la propia autoridad la que colma una necesidad de la propia comunidad al elegir (especificar) cómo se distribuirá la autoridad en ella, también es posible aceptar que los sistemas de control judicial de constitucionalidad pueden ser una forma racional posible de determinar cómo distribuir la autoridad en una comunidad política a fin de buscar simultáneamente

<sup>47</sup> FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Cristóbal Orrego (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 300.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 280.

minimizar el posible efecto de leyes inicuas y de garantizar el gobierno de la ley sobre el gobierno de los hombres.

## 5. DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: EL ESLABÓN PERDIDO

En esta sección propondremos una concepción del proceso o cadena de especificación de los derechos que incluye a los tribunales como parte de dicho proceso. A nuestro juicio, este es el eslabón de la cadena continua de determinación jurídica que el libro que se comenta corre el riesgo de perder de vista. Con este fin, en primer lugar recordaremos por qué es imposible evitar y hasta resulta deseable que los tribunales tengan un papel en la mencionada cadena de determinación. En segundo lugar, si bien reconoceremos que diferentes comunidades pueden especificar diferentes roles para los tribunales en la cadena de determinación jurídica, sostendremos que en principio la autoridad de la legislación es compatible con un ámbito acotado de discrecionalidad de los tribunales. Finalmente, analizaremos la teoría de la interpretación jurídica y de la aplicación del derecho que *Legislated Rights* esboza y sus limitaciones.

### 5.1. La especificación judicial de los derechos y su función de control pueden ser en parte inevitables y en parte deseables

En la sección (3.4) hemos advertido, por un lado, que es imposible que los tribunales no tengan *algún* tipo de papel en la especificación de los derechos porque la legislación no puede ofrecer una guía completa sobre cómo debe resolverse cada caso. A su vez, sostuvimos que la legislación logra abarcar todos los casos que pretende regular si acepta que en algunos casos no será clara la aplicación de un estándar público a una controversia y que los tribunales han de deliberar si esto corresponde o no. Finalmente, afirmamos que no solo es inevitable que los tribunales participen del proceso de especificación de los derechos cuando la legislación (mal que le pese) resulta ambigua o cuando la legislación resigna precisión en virtud de su generalidad, sino que también hasta cierto punto se reconoce que es deseable que dichos tribunales cumplan ese papel porque les permite acomodar la regulación a hechos nuevos imposibles de ser previstos por los legisladores o lograr otros fines valiosos.

Una de las razones por las que se puede preferir que los tribunales formen parte de la cadena de especificación de los derechos es la *proximidad* que tienen con el caso que han de resolver. Los tribunales tienen acceso a lo particular o específico de dicho caso, además de a los estándares públicos de resolución de controversias. Este conocimiento de ambos elementos es lo que los coloca en una especial posición para poder decidir de forma justa.

En la sección anterior (4.3) también propusimos razones por las que puede ser razonable que los tribunales incluso participen del proceso de control de constitucionalidad de las leyes. Al respecto, sostuvimos que esta función de control es posible que esté guiada tanto por derechos de tres términos especificados en las constituciones como



por derechos de dos términos también constitucionalmente reconocidos, aunque con capacidad de guía limitada. A su vez, advertimos que la «separación del poder» puede ayudar tanto a evitar abusos de poder como para garantizar que el poder esté también gobernado por leyes. Finalmente advertimos que es posible aceptar que pueden existir muchos sistemas o formas diferentes y racionales de gobierno y de distribución de la autoridad de una comunidad política.

## 5.2. Autoridad de la legislación o discrecionalidad de los jueces

Uno de los argumentos en contra de reconocer que los tribunales puedan tener un papel en la especificación de los derechos o en el control de la constitucionalidad de las leyes es que reconocerles ese rol les daría a los tribunales una gran discrecionalidad para decidir en detrimento de la autoridad de la legislación. Dicha discrecionalidad se cree que tiene riesgos asociados. Estos riesgos están vinculados a la pérdida de los beneficios de tener un método de adjudicación de derechos que, por medio de la legislación, elige opciones prospectivas y crea para un grupo de situaciones una regla general. La alternativa a este método sería aquel que establece la responsabilidad de decidir caso por caso. Si bien se reconoce que estas opciones pueden estar presentes en diferente grado, a cierto nivel se las considera como mutuamente excluyentes. Un tribunal no puede estar obligado a decidir de un determinado modo y tener discrecionalidad. A su vez, se advierte que, en general, los sistemas jurídicos optan por un modelo que le reconoce autoridad a la legislación y, por tanto, la adjudicación judicial está limitada por la legislación, el precedente, las regulaciones gubernamentales y por autoridades epistémicas.

Sin embargo, se cree que en la práctica de los sistemas constitucionales la atracción por permitir a los tribunales un acceso ilimitado a los requerimientos de justicia es considerable. En concreto, se afirma que esta visión negativa de la autoridad legislativa se funda en la «cultura de la justificación». Esta idea fue introducida en Sudáfrica con el objetivo de reemplazar la «cultura de la autoridad». La nueva constitución de Sudáfrica buscó reemplazar la cultura de la «soberanía del parlamento», de la «ausencia de justificación» y la «ética de la obediencia» por una cultura en la que «se espera que todo ejercicio del poder esté justificado» y en el que la autoridad del gobierno descansa en las razones ofrecidas para fundar sus decisiones y no en el miedo que inspira. La «cultura de la justificación» se volvió muy influyente a nivel global y supuso que los tribunales consideren menos importante el papel del texto legal y, en cambio, reclamen a las autoridades que justifiquen sus acciones apelando directamente a los requerimientos de justicia. En este contexto, la autoridad de las decisiones de los tribunales se considera que no proviene de que aplican especificaciones legales autoritativas, sino que «deriva directamente de la función judicial, y de la idea de que la acción del gobierno

no es legítima a menos que esté justificada»<sup>50</sup>. Para los autores de la obra comentada, lo anterior conduce a que los derechos dejen de ser concebidos como relaciones jurídicas entre personas para transformarse en valores que deben ser promovidos y respetados en la mayor medida de lo posible. Así, los derechos humanos no especificarían qué debe hacer alguien a otro en unas circunstancias, sino que son un valor superior conforme al que los tribunales deben evaluar las relaciones jurídicas positivas. A su vez, valorar la justificación de una relación jurídica positiva, en lugar de interpretar un texto, supone adentrarse en un razonamiento moral y político no limitado por el derecho.

Si bien se comparte la idea de que existe el riesgo de que los sistemas constitucionales actuales sobredimensionen el rol de los derechos fundamentales en el sistema jurídico, sobre-constitucionalizándolo y poniendo en riesgo el Estado democrático de Derecho frente a un posible Estado jurisdiccional de Derecho, no se entiende por qué la sola posibilidad de que los tribunales se abran al razonamiento justificatorio supone no reconocerle autoridad a una directiva, ni por qué esto necesariamente supondría el reemplazo de un modelo de adjudicación basado en la «autoridad» por uno basado en la «discreción». Aunque concebidos de forma «pura» ambos modelos resultan excluyentes, en la práctica necesariamente se dan de forma impura y complementaria.

Pareciera que la noción de autoridad subyacente a las afirmaciones realizadas por los autores de *Legislated Rights* presupone la idea de que las directivas jurídicas solo son capaces de ofrecer los beneficios del modelo de adjudicación basado en la autoridad en la medida que dichas directivas son capaces de cortar el flujo del razonamiento práctico de quien las obedece o aplica.

Finnis ha sostenido algo similar, aunque matizado y, quizás, menos radical, al afirmar que:

«[L]as razones que justifican el gran esfuerzo jurídico para hacer que el derecho, a diferencia de la institución social informal de prometer, sea relativamente impermeable a las estimaciones discrecionales sobre ventajas y valores en competencia son razones que también justifican que sostengamos que la obligación moral de conformarse a las obligaciones jurídicas es relativamente de peso. Estas razones se refieren especialmente a la extensión, complejidad, y profundidad de las interdependencias sociales que el derecho, a diferencia de las promesas entre individuos, intenta regular. Un intento así de ambicioso como el del derecho solamente puede tener éxito en crear y mantener el orden, y un orden equitativo, en tanto en cuanto los individuos restrinjan drásticamente las ocasiones en que abandonan sus obligaciones jurídicas en favor de su ventaja individual o de sus

<sup>50</sup> WEBBER, Grégoire, YOWELL, Paul, EKINS, Richard, KÖPCKE, Maris, MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J., *Legislated Rights...*, *op. cit.*, p. 157. La traducción es propia. Los textos originales dicen: «every exercise of power is expected to be justified» y «is derived directly from the court's function, and from the idea that government action is not legitimate unless is justified».

concepciones acerca del bien social. Además, del mismo modo como el prometer crea un marco de referencia especial en relación con el cual estimar la imparcialidad, dando al destinatario de la promesa (y a cualquier beneficiario determinado) una base para exigir el cumplimiento como algo a lo que se tiene derecho, así también el derecho (*the law*) crea un marco de referencia similar y proporciona, por lo menos a los directamente responsables de velar por el bien común, un derecho de exigir obediencia, no simplemente como algo moralmente obligatorio, en el sentido amplio de los moralistas, sino como algo moralmente adeudado “a la comunidad”. El derecho suministra al ciudadano, igual que al juez, razones morales fuertemente excluyentes para actuar o para abstenerse de ciertas acciones»<sup>51</sup>.

Si las directivas solo son capaces de ofrecer los beneficios del modelo de adjudicación basado en la autoridad si logran cortar el flujo del razonamiento práctico de quien las obedece o aplica, obviamente la sola posibilidad de que los tribunales se abran al razonamiento justificatorio supone no reconocerle autoridad a una directiva.

Sin embargo, como explica Zambrano, el ejercicio de la autoridad por medio del derecho no escapa a la naturaleza teleológica del obrar humano. Esta manera de concebir al obrar humano es compartida tanto por Finnis como por los autores del libro que se comenta. No obstante, pareciera que no quieren aplicarla al conocimiento del contenido de las normas jurídicas, ya que, de aceptarse que conocer las normas jurídicas supone de forma inevitable indagar acerca de cuál es su finalidad, también debería reconocerse que indagar sobre la finalidad de una norma supone reabrir de modo inevitable el flujo de razonamiento práctico.

Si en algunos casos pareciera que no es necesario para obedecer o aplicar una regla indagar en sus fines o los bienes que busca realizar no es porque sea irrelevante, sino porque dicho fines o bienes son notorios. «Cuanto más notoria es la vinculación entre una norma, sus fines propios y los fines globales del derecho, más espontánea es su comprensión y la aquiescencia interna a su obligatoriedad. Cuando, en cambio, la notoriedad de esta vinculación instrumental se quiebra, con la misma espontaneidad se desencadena un proceso racional de reconsideración del sentido y de la obligatoriedad de la norma, a la luz de los fines globales del derecho»<sup>52</sup>. De hecho, es común y razonable que la eficacia motivadora de una directiva para ser obedecida y aplicada y, en definitiva, para coordinar las conductas en orden al bien común, disminuya en la medida en que se quiebra la vinculación entre ella, sus fines propios y los fines globales del derecho.

<sup>51</sup> FINNIS, John, *Ley Natural...*, *op. cit.*, p. 345.

<sup>52</sup> ZAMBRANO, Pilar, «El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis», *Problema*, 4 (2010), pp. 323-366, p. 360.

### 5.3. Interpretación y justificación del derecho

Finalmente, los autores del libro que se comenta parecen proponer una concepción de la interpretación jurídica no solo diferente de lo que en la práctica suelen hacer los ciudadanos al obedecer el derecho o los tribunales al aplicarlo, sino también incompleta y contraria a la epistemología práctica que parecen defender.

En concreto, en diferentes pasajes de la obra que se comenta se propone la idea de que el tipo de razonamiento que proponen muchos de los defensores del control de constitucionalidad y la cultura de la justificación busca determinar cuándo un derecho está comprometido y si esto está justificado. Llevar adelante esta tarea supondría hacer un tipo de razonamiento moral y político muy poco limitado por el derecho. En concreto, se sostiene que requeriría hacer un tipo de tarea vinculada a la justificación en lugar de a la interpretación del texto legal. Esta tarea suele realizarse, entre otros métodos, por medio del denominado «test de proporcionalidad». A su vez, se advierte que esta tarea no parece limitada por el derecho positivo ni por las categorías jurídicas que en otro momento servían para limitar el razonamiento jurídico. Por lo tanto, se concluye que sería una tarea de razonamiento práctico general que al final de cuentas parece sustituir un modelo de adjudicación de los derechos «por medio de la autoridad» de la legislación por uno completamente «discrecional»<sup>53</sup>.

El problema de estas afirmaciones es que no advierten que no es posible ni deseable disociar la «interpretación» y aplicación de una norma jurídica de su «justificación». Si esto es correcto, tanto aquellos que proponen sustituir el método interpretativo por el justificativo como los que proponen que el flujo del razonamiento práctico de quienes tienen que obedecer o aplicar el derecho debe interrumpirse en la identificación de las normas aplicables, su contenido y en la presunción de que lo que ordena será beneficioso para el bien común, están equivocados. Desde una epistemología práctica como la propuesta por Finnis y los autores aquí comentados (método del caso central) parece más coherente advertir que la identificación, la interpretación del contenido de las normas y su aplicación suponen de forma inevitable indagar en su finalidad y, en último término, en su justificación. Por ello, es difícil que pueda comprenderse una norma si no es en referencia a los principios que pretende concretar<sup>54</sup>.

En definitiva, defender un grado tan alto de exclusión del razonamiento práctico general por parte del razonamiento jurídico necesario para interpretar, obedecer y aplicar el derecho no parece coherente con la epistemología práctica finnisiana y de los autores del libro comentado. Un método alternativo ha de tener en cuenta tanto el texto de la norma (que, en principio, elige o especifica una opción de regular las conductas

<sup>53</sup> Cfr. WEBBER, Grégoire, YOWELL, Paul, EKINS, Richard, KÖPCKE, Maris, MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J., *Legislated Rights...*, *op. cit.*, pp. 158-160.

<sup>54</sup> Cfr. ETCHEVERRY, Juan B., «An Approach to Legal Principles Based on Their Justifying Function», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 32 (2019), pp. 321-342, pp. 339-340.

de forma razonable y que permite coordinar la vida social) como sus fines que permiten comprenderla y justificarla. Sin embargo, no es posible en esta oportunidad desarrollar tal método alternativo.

## 6. CONCLUSIONES

*Legislated Rights* propone una mirada original al problema de las tensiones entre la legislación democrática y los derechos. Coincidimos con su tesis central según la cual la legislación democrática tiene el papel principal en la promoción y protección de los derechos humanos. También coincidimos en considerar a los derechos humanos como una parte constitutiva del bien común y en la necesidad de que estos derechos sean especificados en relaciones de tres términos para poder asegurarlos. Finalmente, coincidimos solo parcialmente en que las legislaturas se encuentran en mejores condiciones que otros órganos para realizar la mencionada especificación de los derechos.

Consideramos que la tarea de especificación de los derechos corresponde principalmente a las legislaturas dado el punto de vista arquitectónico desde el que deciden tal especificación, la libertad con la que cuentan para hacerlo (solo limitadas por las constituciones), la mayor posibilidad de que sus determinaciones sean conocidas previamente por los ciudadanos, la capacidad que tienen para reconocer o tener en cuenta las necesidades, preferencias e intereses sociales y los beneficios que sus especificaciones ofrecen tanto para quien debe resolver una controversia como para las partes de la misma.

No obstante, aceptar que la tarea de la especificación de los derechos corresponde principalmente a las legislaturas no supone negar que es conveniente que subsidiariamente otros órganos de la comunidad política puedan colaborar en tal tarea. En concreto, tampoco supone negar la conveniencia de que los tribunales puedan colaborar con dicha tarea.

A nuestro juicio, es inevitable que los tribunales tengan algún papel en la especificación de los derechos, debido a que la legislación no puede proveer una guía completa para todos los casos. A su vez, incluso es deseable que se le reconozca expresamente algún papel en este sentido a los tribunales, dada la proximidad que tienen con los casos que han de resolver.

Sin embargo, el alcance de este papel y el hecho de si los tribunales deben ser los encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes depende de cómo una comunidad política haya decidido o determinado razonablemente dividir y distribuir su autoridad. Lo anterior supone afirmar que hay razones para defender la posibilidad de que existan sistemas de control judicial de constitucionalidad (v. g., su proximidad, su ubicación o posición, la regla de la experiencia sobre los beneficios de la división del poder, etc.). Aunque estas razones no sean suficientes para sostener que los sistemas de control judicial de constitucionalidad son el único modo razonable de distribuir la autoridad de una comunidad política.

En definitiva, coincidimos en que la legislación democrática es la principal herramienta para asegurar los derechos humanos, pero consideramos que el proceso de especificación de los derechos no es de una vez y realizado solo por las legislaturas, sino que es gradual, continuo, escalonado o encadenado y, sobre todo, es un proceso en el que los tribunales tienen un papel. Este papel es el que *Legislated Rights* corre el riesgo de olvidar u opacar.

## CONFLICTO DE DERECHOS, PONDERACIÓN Y AJUSTES RAZONABLES

Ana Maria Torres Chedraui<sup>1</sup>, Gustavo Arosemena<sup>2</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos a veces entran en conflicto, pues no todas las pretensiones de derechos pueden ser satisfechas conjuntamente. Cuando esto ocurre, los jueces recurren a la ponderación como una forma de decidir qué debe hacerse. Los jueces identifican cuál de los derechos en conflicto tiene más peso en un escenario dado y le otorgan prioridad sobre el derecho de menor peso<sup>3</sup>.

La ponderación es un procedimiento objetivo o externo en la medida en que evalúa el peso de los derechos y la importancia o no de su realización. La ponderación no evalúa la conducta que condujo al conflicto de derechos, ni los esfuerzos realizados por una de las partes para evitar el conflicto, o para acomodar los derechos de la contraparte una vez que el conflicto se ha manifestado. En consecuencia, los méritos subjetivos de la conducta de las partes involucradas pasan desapercibidos en el actual mecanismo de la ponderación. Este trabajo busca demostrar que aquella inadvertencia es un descuido importante. La conducta de las partes es una fuente de valor intrínseco e instrumental que la ponderación, tal como se practica tradicionalmente, ignora. Este trabajo busca recomendar la evaluación de las conductas humanas con base en el principio de los ajustes razonables (*reasonable accommodation*). Un enfoque en el merecimiento subjetivo de las partes puede ayudar a desentrañar (1) qué causó el conflicto (*i.e.*, si hubo

<sup>1</sup> Investigadora, Erasmus University Rotterdam. ORCID id 0000-0002-4210-1411. Correo electrónico: torreschedraui@essb.eur.nl.

<sup>2</sup> Profesor Asistente, Maastricht University. ORCID id 0000-0001-6291-6776. Correo electrónico: gustavo.rosemena@maastrichtuniversity.nl.

<sup>3</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*; BARAK, Aaron, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, *passim*, y KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, *passim*.

o no intención de menoscabar los derechos del otro, o de no reconocer al otro como el titular de un derecho), (2) si el conflicto pudo haber sido evitado (a través de una actitud más acomodaticia de alguna de las partes), y (3) si hay formas de superar el conflicto (en función de aquello que las partes estén dispuestas a hacer).

Los defensores de la ponderación han llegado a sostener que existe una norma metaconstitucional de proporcionalidad inherente a la naturaleza de la adjudicación constitucional<sup>4</sup>. La idea de los ajustes razonables, por el contrario, tiene un ámbito de aplicación limitado; se ha utilizado principalmente para proteger a los discapacitados contra la discriminación e incluso en algunas jurisdicciones, se ha utilizado para tratar asuntos de discriminación en sentido amplio<sup>5</sup>. Creemos que los ajustes razonables deben generalizarse para convertirse en requisito paralelo a la proporcionalidad. Mientras que el principio de la proporcionalidad refleja la importancia axiológica de los derechos, el principio de los ajustes razonables refleja la agencia de los titulares de los derechos y pone de manifiesto un deber de buscar la coexistencia de los derechos en la sociedad. Como veremos, el cambio que se propone no es meramente cuantitativo. No supone meramente añadir una variable más a la fórmula de la ponderación. El cambio es cualitativo, y refleja una nueva forma de pensar en los derechos y en la igualdad de los titulares de los derechos, que toma elementos del paradigma de los derechos positivos, pero que los reorienta de la búsqueda de la «máxima realización» hacia la búsqueda de un *modus vivendi* y la paz social.

El presente trabajo está organizado de la siguiente manera: el acápite siguiente (segundo acápite) explica cómo entendemos los derechos humanos y trata sumariamente la idea de que los «verdaderos» derechos humanos no entran en conflicto. Luego, en el tercer acápite pasaremos a explicar qué es un conflicto de derechos y cómo opera la ponderación. El cuarto acápite introduce el concepto del merecimiento subjetivo como una dimensión importante que la ponderación ignora. El quinto acápite introduce los ajustes razonables como principio general. El sexto acápite presenta ejemplos de cómo este enfoque podría funcionar en la práctica. Los ejemplos se basan principalmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), dado el gran desarrollo jurisprudencial de este tribunal y su apego al examen de la proporcionalidad como criterio decisivo. El séptimo acápite explica cuál es el valor agregado de los ajustes razonables para tratar los conflictos de derechos.

<sup>4</sup> Cfr. STONE-SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, 47-1 (2008), pp. 72-164, *passim*.

<sup>5</sup> Cfr. WADDINGTON, Lisa y LAWSON, Anna, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2018, *passim*.



## 2. CARACTERIZANDO A LOS DERECHOS HUMANOS

La estructura del presente trabajo asume que los derechos humanos entran en conflicto. Si bien la mayoría de las caracterizaciones de los derechos humanos parte de la misma presuposición, esta no es compartida por todos. Es por eso que se vuelve importante aclarar el alcance sustantivo de nuestro análisis, especialmente para una audiencia interdisciplinaria. Una importante teoría de los derechos humanos descarta los conflictos *a priori*. Según este punto de vista, los derechos humanos tienen el atributo de ser incondicionales: en ningún caso pueden ser violados intencionalmente para perseguir otros fines. Se entiende que este atributo delimita a aquello que puede ser considerado un derecho. Sólo aquello que puede ser exigido incondicionalmente puede ser un derecho<sup>6</sup>. Los derechos negativos, por ejemplo, cumplen este requerimiento, pues siempre pueden exigirse incondicionalmente, ya que nunca nos quedamos sin nuestra capacidad de «no hacer»<sup>7</sup>. En consecuencia, para esta visión, los derechos humanos son un conjunto de derechos negativos siempre realizables. Por ejemplo, Cranston argumenta que quien se está ahogando en un río no puede decir que tiene un derecho humano de ser salvado, pues no todos tenemos la capacidad de salvarlo. Por ejemplo, puede ser que no estemos cerca del río donde la persona se está ahogando, no sepamos nadar, o que haya otras personas que necesiten nuestra atención, etc.<sup>8</sup>. Por el contrario, siempre se puede exigir que no empujemos a nadie al río. En consecuencia, los «verdaderos» derechos humanos deben ser negativos e incondicionales (N&I), pues entre «verdaderos» derechos humanos no hay conflictos.

Sin embargo, desde un punto de vista legal, el catálogo de derechos humanos no se aproxima en ninguna forma a los derechos N&I, pues contiene una amplia gama de derechos positivos y prestacionales, que dependen de condiciones materiales para su satisfacción. Como han señalado de forma reiterada las cortes regionales, los derechos no deben ser puramente teóricos, sino también prácticos y efectivos y esto implica vincular los derechos a las condiciones materiales que hacen posible su realización<sup>9</sup>. Para que una propuesta de reforma sea realista debe trabajar dentro del marco de la legalidad presente.

Por otro lado, no está claro que el derecho se haya equivocado al ampliar el espectro de los derechos humanos, pues estos deben responder a las necesidades humanas que exigen ayuda y rescate, como es el caso de la necesidad de alimentos, agua, salud y

<sup>6</sup> Cfr. CRANSTON, Maurice, «Are There Any Human Rights?», *Daedalus*, 112-4 (1983), pp. 1-17, *passim*.

<sup>7</sup> Cfr. FRIED, Charles, *Right and Wrong*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978, p. 112.

<sup>8</sup> Cfr. CRANSTON, Maurice, «Are there...» *op. cit.*, p. 3.

<sup>9</sup> TEDH (Sala), *Airey c. Irlanda*, caso n.º 6289/79, sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 24 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167.

subsistencia básica. Partiendo de este presupuesto, las obligaciones positivas se siguen naturalmente y la pulcritud de la teoría N&I de los derechos ya no puede sostenerse.

No negamos, sin embargo, que la no conflictividad tiene características deseables. Por un lado, asegura la aplicación deductiva de los derechos humanos, donde el rol del juez se enfoca en ver si la situación prevista por el derecho ocurre en la realidad, y de ser el caso entonces aplica el derecho. Lo que es más importante es que, al no entrar en conflicto, no se vuelve necesario hacer preferencias entre los peticionarios, de modo que todos los derechos N&I son asegurados para todos de forma absoluta. Esto representa una forma de igualdad fuerte entre los ciudadanos, donde «los números no cuentan», es decir, donde el número de intereses o la intensidad de las preferencias de cada lado no afecta las decisiones del juez<sup>10</sup>. Consideramos importante rescatar esta visión, pues como veremos más adelante en este trabajo, la propuesta que aquí presentamos se aproxima, de una forma diferente, a la igualdad de los derechos N&I.

### 3. LA PONDERACIÓN Y LOS CONFLICTOS DE DERECHOS

Los derechos hacen que ciertas acciones sean permitidas, prohibidas o requeridas. Así, por ejemplo, hablar de un derecho a la propiedad implica que al titular se le *permite* hacer con el objeto de su derecho lo que desee, incluso destruirlo. También quiere decir que a todos se nos *prohíbe* infringir la propiedad privada del otro y que a todos se nos *requiere* reconocer la titularidad del derecho de propiedad a su dueño. Los conflictos de derechos surgen cuando no es posible realizar conjuntamente las acciones requeridas, prohibidas o permitidas por uno y otro derecho<sup>11</sup>. Los conflictos toman diferentes formas dependiendo de si involucran derechos de libertad, derechos de reivindicación o ambos.

Los derechos de libertad permiten una variedad de acciones para el titular del derecho y prohíben que terceros interfieran con la acción permitida<sup>12</sup>. Por ejemplo, bajo la libertad de expresión, A puede expresar sus opiniones y B tiene prohibido interferir con el discurso de A. Los derechos de libertad entran en conflicto cuando sus límites no están bien definidos. Por ejemplo, la libertad de expresión y la privacidad son ambas libertades; puede no estar claro si una información en particular puede ser revelada libremente bajo la libertad de expresión de una persona o si debería mantenerse en secreto bajo el derecho a la privacidad de otra persona.

<sup>10</sup> Cfr. TAUREK, John M., «Should the Numbers Count?», *Philosophy & Public Affairs*, 6(4) (1977), pp. 293-316, *passim*.

<sup>11</sup> Cfr. HAGE, Jaap, «Rule Consistency», *Law and Philosophy*, 19-3 (2000), pp. 369-390, p. 372.

<sup>12</sup> Cfr. HART, Herbert L. A., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 172.

Los derechos de reivindicación obligan directamente a terceros a obrar de cierto modo o a abstenerse de algún acto<sup>13</sup>. Por ejemplo, en virtud del derecho a no ser torturado, B tiene prohibido torturar a A. En virtud del derecho a los alimentos, B debe proporcionar alimentos a A. Los derechos de reivindicación entran en conflicto cuando dos o más derechos de reivindicación exigen cosas incompatibles. Por ejemplo, A y B tienen derecho a reclamar un tratamiento médico escaso, y no es posible satisfacer ambas demandas al mismo tiempo.

Los derechos de reivindicación y los derechos de libertad también pueden entrar en conflicto *inter se*. Esto sucede cuando un derecho de reivindicación prohíbe o exige una acción que interfiere con el espacio de un derecho de libertad. Por ejemplo, mi libertad de contratación puede entrar en conflicto con el derecho de otra persona a no ser discriminado. Así, si la libertad de contratación implica tener libertad de contratar a quien uno elija, ésta puede colisionar con la prohibición de tomar decisiones de contratación basadas en motivos discriminatorios.

Los conflictos de derechos implican la imposibilidad de cumplir con las exigencias de dos derechos simultáneamente. Esta imposibilidad puede ser conceptual o puede ser fáctica. Surge una imposibilidad conceptual cuando un derecho contradice directamente a otro. Por ejemplo, el derecho contra la discriminación que implica una prohibición contra las asociaciones discriminatorias entraría en conflicto con el derecho a la libertad de asociación. La imposibilidad de hecho surge cuando, por circunstancias materiales contingentes, no es posible obrar de conformidad a ambos derechos. El derecho a la vivienda y el derecho a la salud no son conceptualmente incompatibles. Es posible tener suficiente acceso a la salud y a una vivienda digna. Sin embargo, en el contexto de recursos escasos, puede ser imposible que un Estado aborde las necesidades tanto de los enfermos como de las personas sin hogar<sup>14</sup>.

En el contexto de la interpretación de los derechos se suele distinguir entre conflictos de derechos «aparentes» y «reales»<sup>15</sup>. Los conflictos de derechos «aparentes» son aquellos que desaparecen cuando los derechos son interpretados correctamente. Los verdaderos conflictos de derechos son aquellos que subsisten después de que los derechos han sido correctamente interpretados. Esta distinción se presenta como una alternativa a la ponderación, pues pretende eliminar el conflicto de derechos o reducirlo sólo para casos dilemáticos, de modo que la necesidad de la ponderación apenas tenga lugar. Sin embargo, la distinción entre lo real y lo aparente para entidades lingüísticas

<sup>13</sup> Cfr. RAINBOLT, George W., *The Concept of Rights*, Dordrecht, Springer, 2006, p. 76.

<sup>14</sup> Cfr. HAGE, Jaap, «Rule...» *op. cit.*, p. 373.

<sup>15</sup> Cfr. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 37-75; SMET, Stijn, y BREMS, Eva, *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Armony?*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 243-245 y ZUCCA, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, Oxford University Press, pp. 49 *et seq.*

como los derechos, siempre va a ser cuestionada y muchos de los métodos interpretativos que se pueden usar para superar los conflictos «aparentes» de los derechos apelan a nuestro sentido de la proporción y, por lo tanto, se basan en alguna forma de ponderación. Aquí es instructivo notar que el razonamiento informal generalmente involucra el «peso y la ponderación» de razones<sup>16</sup>. Es por esto que, en lugar de suponer que muchos conflictos son meramente aparentes y que la ponderación sólo opera en casos marginales o extremos, consideramos, por el contrario, que la ponderación es una operación muy común, que funciona materialmente en el caso de conflictos «reales» y, epistémica o interpretativamente, en el caso de conflictos «meramente aparentes»<sup>17</sup>.

Ante un conflicto de derechos, la ponderación puede describirse como la operación intelectual mediante la cual se resuelve el conflicto dando prioridad al derecho de mayor peso. Siguiendo la doctrina de la ponderación, los derechos no pueden ponderarse *prima facie*, sino *ad casum*, esto es, una vez que se produce el conflicto de derechos, porque se supone que el contexto proporciona los elementos necesarios para evaluar el peso de cada derecho<sup>18</sup>. Dicho esto, un derecho que prevalece sobre otro en un contexto dado, puede no tener la misma prevalencia si el contexto cambiara. Si los derechos exigen acciones que son incompatibles, y las razones para proteger un derecho superan las razones para proteger otro derecho, se deben realizar las acciones que exige el derecho de mayor peso y abstenerse de las acciones que exige el derecho de menor peso. Técnicamente, esta es la evaluación de la proporcionalidad, que está a la vez precedida por otros análisis, por ejemplo, si una posible medida restrictiva sirve a un objetivo legítimo, si la restricción está racionalmente conectada con los objetivos que la medida quiere lograr y si la restricción del derecho es necesaria<sup>19</sup>. Sin embargo, invariablemente, estas pruebas se cumplen fácilmente, ya que, salvo en casos de evaluaciones totalmente irracionales de la situación, los conflictos de derechos implican, por definición, que las medidas restrictivas son legítimas, racionales y necesarias<sup>20</sup>. Es cierto que, si se interpreta que el examen de necesidad de la medida restrictiva tiene una dimensión intersubjetiva, entonces nuestra propuesta podría calzar bajo dicho examen, pero en la práctica el examen de necesidad no se interpreta de esta manera, por lo que hace útil tratar los ajustes razonables como un examen aparte<sup>21</sup>. Esto se desprende de

<sup>16</sup> Cfr. TOULMIN, Stephen E., *The Uses of Argument*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, *passim*, y DANCY, Jonathan, *Ethics Without Principles*, Oxford, Clarendon Press, 2006, *passim*.

<sup>17</sup> Cfr. BARAK, Aaron, *Proportionality... op. cit.*, p. 147.

<sup>18</sup> Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, «Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral», *Revista Chilena de Derecho*, 37-2 (2010), pp. 311-342, p. 330.

<sup>19</sup> Cfr. BARAK, Aaron, *Proportionality... op. cit.*, *passim*.

<sup>20</sup> Cfr. TSAKYRAKIS, Stavros, «Proportionality: An Assault on Human Rights?», *International Journal of Constitutional Law*, 7-3 (2009), pp. 468-493, p. 474.

<sup>21</sup> El concepto de necesidad es esencialmente indeterminado si no se aclara el fin frente al cual se mide la necesidad. Si el fin implícito es la vigencia externa u objetiva de los derechos, entonces nuestra

las valoraciones prácticas realizadas en el apartado sexto de esta contribución. Sobre este punto se discutirá más adelante (apartado séptimo de esta contribución).

Ponderar implica que los derechos tienen una dimensión de peso que hace posible comparar la fuerza relativa de una pretensión de derechos frente a otra. La prevalencia de un derecho frente a otro puede explicarse de muy diversas maneras. Alexy caracteriza directamente los derechos como principios, que son demandas graduales de optimización, esto quiere decir que la exigencia de su cumplimiento depende de las circunstancias fácticas y jurídicas que faciliten su realización<sup>22</sup>. Griffin explica que los conflictos de derechos han de resolverse haciendo referencia a los valores morales que subyacen a los derechos, esto es, la personalidad, el bienestar y la justicia. Un conflicto de derechos se resuelve ponderando el efecto que tiene cada uno de los derechos en conflicto en la personalidad, el bienestar y la justicia. Aquél que tenga el menor impacto, ha de primar<sup>23</sup>. Para Peczenik, los conflictos de derechos se resuelven apelando a las razones que subyacen a los derechos. Las razones pueden incluir principios, valores o también incluso las reglas mismas en la medida que éstas constituyen razones *prima facie* para actuar de determinada manera<sup>24</sup>. Para nuestros propósitos, poco depende de cuál es la explicación subyacente que hace que los derechos tengan una dimensión de peso. Dichas diferencias no alteran sustancialmente la orientación general de la ponderación.

La ponderación está orientada a resultados, tiene un enfoque hacia afuera, hacia el mundo de la acción y hacia las consecuencias y distribuciones que se obtienen de las acciones<sup>25</sup>. La ponderación intenta hacer de los derechos «lo mejor que pueden ser» desde una perspectiva de justicia distributiva<sup>26</sup>. Pero aquello que pasa inadvertido por el examen de la ponderación es el merecimiento subjetivo de los *dramatis personae* del conflicto de derechos, esto es, el grado en que sus acciones los hacen merecedores de protección. En este sentido, la ponderación prescinde de la dimensión de la justicia correctiva y en esto radica el descuido importante de la ponderación, pues mirar hacia

---

propuesta queda afuera del examen de la necesidad. Si el fin implícito es una sociedad de respeto mutuo, donde los derechos de todos se puedan realizar, entonces el análisis de los ajustes razonables cabría dentro de este concepto. Aunque el TEDH habla de restricciones a los derechos que son necesarias en una «sociedad democrática», este último concepto no ha recibido mayor desarrollo sustantivo que implique una obligación de respeto mutuo y ajustes razonables. Una visión pragmática de la propuesta que aquí se propone, no vería difícil ampliar el concepto de necesidad de esta manera.

<sup>22</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los... op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>23</sup> Cfr. GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, *passim*.

<sup>24</sup> Cfr. PECZENIK, Aleksander, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 61-67.

<sup>25</sup> Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, «Supuestos conflictivos...» *op. cit.*, p. 330 y BARAK, Aaron, *Proportionality... op. cit.*, p. 342.

<sup>26</sup> Cfr. BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 174 *et passim*.

afuera en el mundo de las consecuencias y distribuciones no es suficiente, es necesario también mirar hacia adentro. El mérito subjetivo tiene un valor intrínseco e instrumental que no se captura al evaluar el estado externo de las cosas y, por el contrario, tenerlo en cuenta hace que la ponderación sea más racional al proporcionar puntos de datos adicionales para el análisis.

#### 4. EL MERECIMIENTO SUBJETIVO

La idea del merecimiento se refiere a que existe una dimensión de evaluación que no se ocupa de la producción de la máxima cantidad de bienes, sino de su distribución de acuerdo con el mérito y la culpa<sup>27</sup>. Muchas teorías éticas tradicionales consideran que esta dimensión es esencial. Por ejemplo, Aristóteles consideraba que una conducta era buena, no cuando producía buenos resultados, sino cuando manifestaba las buenas disposiciones del agente<sup>28</sup>. Para Kant, el bien supremo no era la felicidad sino ser digno de felicidad<sup>29</sup>. Además de la justificación ética, el valor intrínseco del merecimiento también puede defenderse apelando a la intuición a través de comparaciones esquemáticas donde los resultados son iguales, pero el mérito varía<sup>30</sup>. El siguiente ejemplo puede ser ilustrativo: atrapado en un naufragio, A intenta salvar a cinco personas, pero no lo logra. Al final, sólo A sobrevive. En la misma situación, B concentra todos sus esfuerzos en salvar su propia vida y sobrevive, pero se pierden otras cinco vidas. Los resultados de ambos casos son los mismos, sin embargo, es fácil ver que la conducta de A es loable y éticamente valiosa, mientras que la conducta de B es éticamente censurable o por lo menos éticamente indiferente.

Para aquellos que no están convencidos del valor intrínseco del merecimiento subjetivo, se debe enfatizar que su evaluación es crucial para abordar las condiciones de fondo que conllevan a los conflictos de derechos. La literatura sobre conflictos de derechos no dice nada acerca de lo que ocurrió antes del conflicto o lo que vino después. Es importante ver los conflictos de derechos como algo más que un caso aislado donde lo único que importa es tomar la mejor decisión para el caso en cuestión. La resolución de un conflicto de derechos crea y reproduce cierto tipo de estructura social. Al indagar sobre el merecimiento subjetivo de las partes, los jueces pueden preguntarse: «¿quién es el responsable de crear este conflicto?» Los seres humanos son tales que pueden hacer que sus necesidades sean adaptables a las necesidades de los demás. Pero los seres

<sup>27</sup> Cfr. KAGAN, Shelly, *The Geometry of Desert*, Oxford, Oxford University Press, 2012, *passim*.

<sup>28</sup> Cfr. ARISTOTELES, *Nicomachean Ethics*, trad. de Terence Irwin, Indianapolis, Hackett, 1999, 1104b-1105b.

<sup>29</sup> Cfr. KANT, Immanuel, *Practical Philosophy*, ed. de Mary J. Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 5:130.

<sup>30</sup> Cfr. KAGAN, Shelly, *The Geometry... op. cit., passim* y ROSS, William D. y STRATTON-LAKE, Philip, *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press, 2002, *passim*.

humanos pueden también lograr que sus necesidades invadan las necesidades de los demás. Las sociedades pueden estructurarse de manera que fomenten los conflictos o la coexistencia de derechos. En lugar de simplemente tratar de elegir el derecho «más pesado» en un contexto dado, la resolución de un conflicto de derechos debe tener en cuenta la necesidad de generar una sociedad inclusiva en lugar de excluyente<sup>31</sup>.

La evaluación del merecimiento subjetivo hace también que la ponderación sea más racional al incluirse datos adicionales. La racionalidad de la ponderación ha sido cuestionada pues exige una cuidadosa consideración y sensibilidad, lo que dificulta hacer distinciones claras entre casos cercanos. Este ha sido un elemento central en el debate entre Alexy y Habermas sobre la racionalidad de la ponderación<sup>32</sup>. Al agregársele al análisis de la ponderación una dimensión adicional, algunos casos cercanos van a resultar menos parecidos. El acápite sexto servirá de ilustración.

## 5. LOS AJUSTES RAZONABLES

En el acápite anterior se trató sobre la necesidad de incluir el merecimiento subjetivo en la ponderación; pero la mera idea del mérito por sí sola no proporciona una noción clara de lo que hace que una acción sea más o menos loable. Aunque el merecimiento tiene un atractivo intuitivo, un sistema legal de derechos no debe basarse en concepciones puramente intuitivas o morales del merecimiento. Los derechos son en parte necesarios para manejar los desacuerdos radicales entre los ciudadanos, por tanto, las apelaciones a las intuiciones, aunque inevitables, deben ser limitadas. También es importante hacer operativo el merecimiento sin crear una teoría moral que sea aceptada por algunos ciudadanos y rechazada por otros<sup>33</sup>. Así, un sistema constitucional debe mantener cierto grado de neutralidad que garantice una amplia adhesión social<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Enfoques similares se desprenden del trabajo de Barilan (cfr. BARILAN, Yechiel M., *Human Dignity, Human Rights, and Responsibility: The New Language of Global Bioethics and Biolaw*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2012, pp. 178-186) y de Cohen (cfr. COHEN, Gerald, A., *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2008, pp. 38-41).

<sup>32</sup> Cfr. ALEXY, Robert, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Juris*, 16-2 (2003), pp. 131-140, *passim* y HABERMAS, Jürgen y RHEG, William, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1996, p. 126.

<sup>33</sup> Que el derecho se preocupe de las intenciones y del merecimiento no implica convertir al derecho (o a los derechos humanos) en una ética, cosa que sería objetable y dista de nuestras intenciones (cfr. PEREIRA, Carolina, «Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?», *Persona y Derecho*, 75-1 (2017), pp. 93-114, *passim*). El derecho siempre ha juzgado intenciones y merecimientos, como es evidente cuando consideramos el principio de buena fe en el derecho civil, o el *mens rea* en el derecho penal. La distancia entre el derecho y la ética no está en que el primero sólo se fija en la conducta externa, sino que radica en el carácter limitado de las aspiraciones del derecho a aquello que es necesario para la convivencia social.

<sup>34</sup> Cfr. RAWLS, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 2005, *passim* y BOUCHARD, Gérard, y TAYLOR, Charles, *Building the Future. A Time for Reconciliation*, Québec, Gouvernement of Québec, 2008, *passim*.

Aceptando estas limitaciones, consideramos que el merecimiento puede ser legítimamente juzgado dentro de los límites del constitucionalismo moderno. Se puede postular una regla general de los ajustes razonables según la cual el titular de un derecho tiene la obligación cívica de esforzarse por acomodar los derechos de los demás dentro del ámbito del ejercicio de sus propios derechos y de abstenerse de socavar, usurpar o anular los derechos de otros<sup>35</sup>. La obligación de acomodar los derechos de los demás surge como una exigencia a todo titular de derechos de adaptar su ámbito de acción para permitir que los demás ejerzan también sus derechos. Reconocer derechos en los demás y ajustar su actuar conforme a dicho reconocimiento es por tanto una condición para el ejercicio de sus propios derechos.

Los ajustes razonables se emplean en este trabajo como una exigencia tanto para el Estado, como para los individuos. En cuanto al Estado, éste debe procurar que las políticas generales acomoden los derechos individuales. Y en cuanto a los individuos, estos deben procurar que los derechos de los demás sean acomodados en sus interacciones interpersonales.

Los ajustes razonables se han concebido tradicionalmente como una fórmula para acomodar las demandas de los grupos minoritarios que consiste en moderar la aplicación de reglas que, aunque justas para la mayoría afectan a una minoría de manera desproporcionada<sup>36</sup>. En el derecho internacional, el principio tiene cabida en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de las Personas con Discapacidad, según la cual «[p]or “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales»<sup>37</sup>. Limitar la aplicación de este principio a la acomodación de las minorías es demasiado estrecho. Como reconocen Bouchard y Taylor, el principio de los ajustes razonables es una demanda bidireccional que también puede responsabilizar a una minoría si su conducta tiene un impacto desproporcionado en la mayoría<sup>38</sup>. Generalizando aún más, la idea de reciprocidad y vecindad implícita en el concepto de ajustes razonables puede ampliarse para cubrir todas las interacciones entre personas dentro de un sistema de derechos y no sólo la interacción entre mayorías y minorías.

En un sentido amplio, los ajustes razonables son una manifestación del principio de igualdad<sup>39</sup>. Tradicionalmente en la ponderación, los derechos se conciben como iguales,

<sup>35</sup> De forma similar, Glendon concibe los deberes cívicos como parte de una teoría de los derechos (cfr. GLENDON, Mary A., *Rights talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Nueva York, The Free Press, 1991, p. 14).

<sup>36</sup> Cfr. BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles, *Building the... op. cit.*, p. 63.

<sup>37</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2.

<sup>38</sup> Cfr. BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles, *Building the... op. cit.*, p. 64.

<sup>39</sup> Cfr. *ibid.*, p. 63.



discriminados sólo en la dimensión del peso, pero los ciudadanos no están obligados a considerarse iguales entre sí. Por el contrario, se puede considerar que el principio de ajustes razonables incluye esta última exigencia. El ajuste razonable refleja una forma de respeto interpersonal que va más allá de la exigencia optimizadora de hacer que los derechos sean «lo mejor posible» en un caso concreto. Además, una demanda general de ajustes razonables se justifica en la necesidad general de paz<sup>40</sup>. Ponderar lleva a ignorar la situación de la parte que pierde en un conflicto de derechos. Si los derechos son la base del contrato social, una persona que pierde porque su derecho tuvo un peso menor podría, en principio, reclamar que el contrato social ya no lo vincule. Por el contrario, la búsqueda de los ajustes razonables para acomodar los derechos del otro conlleva a un reconocimiento de las partes de que sus derechos no son ilimitados, que no existen para imponerse a los derechos de los demás, lo cual implica también el reconocimiento de la importancia de los derechos y de los reclamos del otro. Esto asegura una existencia pacífica y la paz, en particular, es la condición previa de los derechos.

El calificativo de «razonable» implica que no siempre se pueden exigir o lograr ajustes o acomodaciones de los derechos de los demás. Hay situaciones en las que la acomodación es demasiado gravosa para una de las partes, ya sea porque es económicamente onerosa, porque conduce a la extinción total de las propias demandas de esa persona o porque es profundamente ofensiva para los valores sociales arraigados. Si éste fuera el caso, las partes quedan liberadas de la exigencia de la acomodación y otras formas de toma de decisiones resultarán decisivas. Esto implica decir que nuestra propuesta no logra un reemplazo total del análisis ponderativo, sino que añade una dimensión más a considerar. Sin embargo, como señalamos en el acápite séptimo, esta añadidura afecta la estructura de los derechos, e implanta un *modus vivendi* en el que todos nos esforzamos por acomodar los derechos del otro.

## 6. UNA APLICACIÓN DE LOS AJUSTES RAZONABLES

En esta sección presentaremos una aplicación práctica de los ajustes razonables utilizando la jurisprudencia del TEDH principalmente, aunque ocasionalmente se mencionarán otras jurisdicciones. Los casos se presentarán de tal manera que pongan los conflictos en primer plano. Se sabe que los tribunales no suelen caracterizar sus decisiones explícitamente en términos de conflictos, incluso si la estructura subyacente del caso revele un conflicto<sup>41</sup>. La descripción de los casos que aquí se detallará, pondrá especial énfasis en el elemento conflictivo de los casos. Para estos efectos, se asumirá una cierta identidad entre los derechos y el interés público. Los conflictos normativos en el campo de los derechos humanos a veces se presentan como un conflicto de

<sup>40</sup> Cfr. *ibid.*, p. 134.

<sup>41</sup> Cfr. SMET, Stijn y BREMS, Eva, *When Human Rights... op. cit.*, p. 244.

derechos, y otras veces como conflictos entre derechos y el interés público, pero tanto los derechos como el interés público son lo suficientemente flexibles y mutables y las técnicas para resolverlos son lo suficientemente similares (ambos implican al final un análisis de proporcionalidad) que es posible eludir esta distinción para efectos de esta propuesta. Quienes ven el derecho constitucional de una manera más deontológica podrían desear enfatizar la diferencia entre derechos e intereses<sup>42</sup>. Esta propuesta, por el contrario, supone una continuidad significativa entre derechos e intereses que pueden ser defendidos tanto desde la teoría del interés de los derechos como desde la realidad de la adjudicación moderna.

En esta revisión hemos omitido los casos de discriminación por motivos de discapacidad, donde la doctrina de los ajustes razonables encuentra su hogar natural. Nuestro punto es mostrar que la doctrina puede extenderse más allá de los casos de discriminación. De hecho, muchos de los casos elegidos para su examen aquí son casos «clásicos» que podrían haberse decidido de manera más correcta, o al menos con mayor seguridad, si se hubiera reconocido una demanda general de ajustes razonables.

El caso ante el *TEDH von Hannover c. Alemania* es uno de los pocos casos en que el Tribunal reconoció explícitamente un conflicto de derechos<sup>43</sup>. Aquí el derecho a la privacidad de Caroline von Hannover se enfrentó con la libertad de expresión de un paparazzi y el Tribunal decidió a favor del primero de dichos derechos. Algunos de los factores considerados por el Tribunal se centraron en el valor de la libertad de expresión y en el valor de la privacidad en este caso particular, incluido el hecho de que el público no podía tener un interés serio en ver aquellas fotos<sup>44</sup>. De pasada, el Tribunal consideró la conducta de las partes que originó el conflicto. Así, el Tribunal observó que el paparazzi tomó las fotografías invadiendo o acosando a la parte demandante, mediante el uso de lentes telescópicos<sup>45</sup>. Se puede decir que este aspecto revela que el paparazzi no reconoce que von Hannover sea titular del derecho a la privacidad y, por tanto, no revela esfuerzo alguno por acomodar el derecho de von Hannover en su accionar. No obstante la importancia de este asunto, el Tribunal no le dio mayor centralidad en la sentencia, por el contrario, concluyó afirmando que el derecho a la privacidad había sido violado pues el interés público en ver las fotografías no era lo suficientemente fuerte para justificar la limitación de derechos. La sentencia pudo haberse beneficiado de una mención más explícita a la conducta del paparazzi, esto habría conferido argumentos más sólidos para proteger el derecho de van Hannover en este caso.

<sup>42</sup> Cfr., por ejemplo, DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977, *passim*, y TSAKYRAKIS, Stavros, «Proportionality...» *op. cit.*, *passim*.

<sup>43</sup> Cfr. TEDH (Sala), *Von Hannover c. Alemania*, caso n.º 59320/00, sentencia de 24 de septiembre de 2004, párr. 60 y 76.

<sup>44</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 65 y 72.

<sup>45</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 68.

El caso ante el TEDH, *S.A.S. c. Francia* se refería a una solicitante que deseaba usar en Francia el *niqab* (velo islámico que cubre todo el rostro excepto los ojos)<sup>46</sup>. Francia, por su parte, había aprobado una ley que prohibía este tipo de atuendos religiosos llamativos. Esta prohibición general impuesta por el Estado francés puede contrastarse con una actitud acomodaticia de la solicitante. En la decisión se mencionó que la demandante era muy flexible con respecto al uso del *niqab*, pues se había comprometido a no usarlo todo el tiempo y a cumplir con el requerimiento de las autoridades que le pedían que se lo quitara por razones de seguridad<sup>47</sup>. Sin embargo, este hecho no jugó ningún rol en la decisión final. El Tribunal contrastó el valor de la libertad religiosa de la demandante con la importancia de conservar la cultura francesa y la idea del “*vivre ensemble*” (vivir juntos)<sup>48</sup> y concluyó que la prohibición del *niqab* en espacios públicos atentaba contra el principio francés de fraternidad, impedía la vida en comunidad y la interacción social<sup>49</sup>. La actitud acomodaticia de la solicitante pudo haber servido al Tribunal como ejemplo para buscar formas que permitan la coexistencia de ambos intereses en juego. Si bien la solicitante estaba dispuesta a sacarse el atuendo religioso bajo ciertas circunstancias, no se ve por parte del Estado flexibilidad alguna de acomodar los derechos de la solicitante dentro de la cultura francesa. Ha de tomarse en cuenta que la teoría de los ajustes razonables ha de implicar sacrificios para ambas partes y no sólo para una de ellas<sup>50</sup>. Al analizar el examen de necesidad de la medida, el Tribunal pudo haber ordenado que el Estado francés busque formas de acomodar el derecho de la solicitante, de manera que la restricción estatal no anule su derecho por completo. El Consejo de ministros (*Committee of Ministers*) pudo haber asumido un rol de salvaguardar el cumplimiento de la decisión del Tribunal.

El caso ante el TEDH *Leyla Şahin c. Turquía* presentó preocupaciones similares a las del caso *S.A.S. c. Francia*. Aquí, en cambio, lo que se oponía a la libertad de religión era el principio del laicismo impuesto por la Constitución Turca<sup>51</sup>. Una vez más, el Estado trató de imponer una prohibición general inflexible sobre la vestimenta religiosa, que es poco razonable y acomodaticia. También vemos por parte del Estado una identificación unilateral del significado del velo islámico como símbolo de sumisión al fundamentalismo<sup>52</sup>. Esto revela una falta de disposición de ver el velo desde la perspectiva de la reclamante, y una negativa a ver que el velo puede tener múltiples significados, muchos de ellos compatibles con la democracia. Una actitud más acomodaticia habría

<sup>46</sup> Cfr. TEDH (Gran Sala), *S.A.S. c. Francia*, caso n.º 43835/11, sentencia de 1 de julio de 2014.

<sup>47</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 12-13.

<sup>48</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 17.

<sup>49</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 140-141.

<sup>50</sup> Cfr. BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles, *Building the... op. cit.*, p. 64.

<sup>51</sup> Cfr. TEDH (Gran Sala), *Leyla Şahin c. Turquía*, caso n.º 44774/98, sentencia de 10 de noviembre de 2005, párr. 29.

<sup>52</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 10 y 19.

tratado de establecer las verdaderas intenciones de las partes y habría buscado dejar espacio a expresiones religiosas compatibles con la democracia.

El caso ante el Comité de Derechos Humanos *Faurisson c. Francia* se refería a un solicitante que había sido multado y sancionado con la destitución de su cargo docente por negar el holocausto<sup>53</sup>. El caso presenta un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión de Faurisson y el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las comunidades judías en Francia<sup>54</sup>. El discurso de Faurisson se entendió como acusatorio y discriminatorio y sus acciones fueron concebidas como un «vehículo de antisemitismo», pero una revisión de la controversia más de cerca no confirma ninguna intención de su parte de promover el antisemitismo o el odio<sup>55</sup>. Estas fueron las palabras de Faurisson que sirvieron de base para su condena: «Tengo excelentes razones para no creer en la política de exterminio de judíos o en las mágicas cámaras de gas... Deseo que el cien por ciento de los ciudadanos franceses se den cuenta de que el mito de las cámaras de gas es una invención deshonesta»<sup>56</sup>. Si bien el antisemitismo o el odio pueden ser consecuencias «objetivas» de sus acciones, éstas no pueden ser aisladas de la dimensión subjetiva de los hechos del caso, pues ello no permitiría una apreciación correcta del acto que se juzga.

La actitud de Faurisson puede contrastarse con un discurso discriminatorio que apunta directamente a socavar los derechos de los demás y de la sociedad democrática. Precisamente en esta línea se resolvió el antiguo caso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos *Glimmerveen y Hagenbeek c. los Países Bajos*<sup>57</sup>. En dicho caso, los solicitantes buscaban explícitamente la purificación de la raza en la sociedad holandesa, lo cual pensaban lograr ganando las elecciones a través de una candidatura política que proponía tales ideas<sup>58</sup>. La protección de la libertad de expresión bajo la Convención Europea de Derechos Humanos les fue negada a los solicitantes porque estaban usando las libertades otorgadas por la Convención para socavar el régimen de igualdad y respeto que aquella protege. Debe notarse que, en *Faurisson*, el Comité de Derechos Humanos comparó la conducta de Faurisson con la de *Glimmerveen y Hagenbeek*. Sin embargo, en ningún momento se demostró que la intención de Faurisson era emprender acciones

<sup>53</sup> Cfr. CDH, *Faurisson c. Francia*, comunicación n.º 550/1993, opinión del 8 de noviembre de 1996, doc. de la ONU CCPR/C/58/D/550/1993.

<sup>54</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 7.7.

<sup>55</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 9.7

<sup>56</sup> Traducción hecha por los autores de este trabajo, el texto original es: «I have excellent reasons not to believe in the policy of extermination of Jews or in the magic gas chambers ... I wish to see that 100 per cent of the French citizens realize that the myth of the gas chambers is a dishonest fabrication». Cfr. *ibid.*, párr. 9.5.

<sup>57</sup> Cfr. CEDH, *Glimmerveen y Hagenbeek c. los Países Bajos*, caso n.º 8348/78 y 8406/78, decisión de 11 de octubre de 1979.

<sup>58</sup> Cfr. *ibid.*, p. 196.

contra los judíos franceses. Por el contrario, Faurisson tenía el afán de informar a la población francesa, a través de su investigación, acerca de lo que él creía era un mito. El Comité aceptó simplemente el argumento del Estado francés y juzgó las acciones de Faurisson desde una perspectiva objetiva, esto es, en función de sus posibles consecuencias, sin tomar en cuenta los elementos subjetivos de su acto<sup>59</sup>. Si la intención de Faurisson hubiese sido juzgada apropiadamente, su derecho habría podido acomodarse en la sociedad francesa. Siguiendo lo antes expuesto en los acápites cuarto y quinto, se puede decir que no se deben acomodar conductas que van dirigidas a menoscabar el derecho del otro, mientras que conductas que no tienen tal fin deben ser acomodadas, aun cuando al hacerlo el derecho propio haya de sufrir cierto sacrificio. Acomodar en el caso de Faurisson quiere decir dejar que Faurisson, como profesor e investigador universitario, tenga libertad de cátedra y pueda libremente investigar y publicar, siempre que su trabajo cumpla con cierta rigurosidad académica.

El caso ante el TEDH *Leroy c. Francia* se refería a un caricaturista que, tras los atentados del 11 de septiembre, hizo una caricatura irónica con el subtítulo «todos soñaron, Hamas lo hizo» (*nous en avions tous rêvé... le Hamas l'a fait*)<sup>60</sup>. El caricaturista fue despedido por sus acciones y se quejó ante el Tribunal argumentando que su libertad de expresión había sido coartada. El Tribunal consideró que el juez nacional había limitado adecuadamente la libertad de expresión dado que la caricatura constituía una «apología al terror»<sup>61</sup>. Sin embargo, puede observarse que el Tribunal no prestó suficiente atención a la verdadera intención del caricaturista. Si tomamos la palabra del reclamante, él estaba haciendo una sátira de la injusticia mezclada con humor negro, y no una glorificación del terror. Además, el caricaturista hizo esfuerzos para disculparse por su caricatura en posteriores publicaciones en la misma revista donde la caricatura fue inicialmente publicada<sup>62</sup>. Si el daño principal de la caricatura había sido simbólico, las disculpas del caricaturista pueden verse como una medida apropiada para reparar la ofensa. En este sentido, se ve al reclamante tomando acciones posteriores que alivian el conflicto de derechos y podemos considerar su conducta de esa manera como meritoria de ser acomodada.

El caso ante el TEDH *Lautsi c. Italia* se refería a un demandante que consideraba que la presencia de los crucifijos en las escuelas italianas representaba un sesgo indebido hacia el catolicismo o el cristianismo y buscaba que los crucifijos fueran removidos<sup>63</sup>. El Tribunal decidió este caso bajo la doctrina del margen de apreciación, dejando

<sup>59</sup> Cfr. *Faurisson cit.*, párr. 9.6.

<sup>60</sup> Cfr. TEDH (Gran Sala), *Leroy c. Francia*, caso n.º 36109/03, sentencia de 2 de octubre de 2009.

<sup>61</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 42-48.

<sup>62</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 10.

<sup>63</sup> Cfr. TEDH (Gran Sala), *Lautsi c. Italia*, caso n.º 30814/06, sentencia de 18 de marzo de 2011.

al Estado en libertad de colocar o no los crucifijos en las escuelas<sup>64</sup>. Si el Tribunal hubiera entrado a juzgar sobre el fondo, habría prestado atención al hecho subrayado por el Estado italiano, de que los crucifijos no representaban únicamente un símbolo del cristianismo, sino también de los valores honrados por la ley secular de Italia. Se afirma así que, para el cristianismo, compartir el mismo credo no es un requisito para ejercer la caridad. La cruz constituye un símbolo de aceptación y de respeto a todos los seres humanos, sin importar su creencia o afiliación religiosa<sup>65</sup>. A pesar de que los crucifijos se habrían podido entender bajo esta interpretación, el solicitante prefirió una interpretación mucho más restrictiva, lo cual precipitó un conflicto de derechos que condujo a un «juego de suma cero» entre italianos de diferentes afiliaciones. El juego de suma cero aplicado a los derechos humanos implica que el espacio para su ejercicio es limitado, y que por tanto los derechos compiten. Todo espacio que un derecho gana constituye espacio perdido por el otro. El secularismo entendido como la remoción de todo objeto religioso conlleva así un juego de suma cero, en donde el secularismo y la libertad religiosa no pueden coexistir.

El caso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos *Konttinen c. Finlandia* se refería a un empleado de una empresa ferroviaria que había sido despedido por ausentarse del trabajo un par de horas durante cinco viernes del año, pues durante estos días el sol se ponía muy temprano<sup>66</sup>. Sus creencias religiosas le obligaban a guardar los viernes tan pronto el sol se había puesto. La solicitud fue examinada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que la consideró manifiestamente infundada, pues el empleado no había sido despedido por su religión, sino por su negativa a trabajar en el turno contractualmente determinado<sup>67</sup>. La Comisión no tomó en cuenta por ejemplo que el trabajador se había ausentado tan sólo unas horas durante 5 días al año, que aquello no había traído consecuencias graves para el empleador y que además el trabajador estaba dispuesto a recuperar las horas no trabajadas en otro momento del año<sup>68</sup>. En cuanto a estos puntos, el empleador nunca indicó que eran peticiones irrazonables. Una decisión más razonable hubiera tenido en cuenta la adaptabilidad del empleado y la falta de daño para el empleador y habría, por tanto, incentivado a las partes a buscar un punto medio para que ambos intereses pudiesen coexistir. Es cierto que, si tales tipos de creencias estuvieran muy extendidas no podrían acomodarse, pero si representan una pequeña minoría, como es el caso, la acomodación podría ser posible.

<sup>64</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 73-77.

<sup>65</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 15.

<sup>66</sup> Cfr. CEDH, *Konttinen c. Finlandia*, caso n.º 24949/94, decisión de admisibilidad de 3 de diciembre de 1996.

<sup>67</sup> Cfr. *ibid.*, p. 7.

<sup>68</sup> Cfr. *ibid.*, p. 4.

El caso ante el TEDH *Jalloh c. Alemania* se refiere a un comerciante ilegal de droga encapsulada que, al ser atrapado por la policía, ingirió las cápsulas para destruir las pruebas incriminatorias<sup>69</sup>. Tras el arresto de Jalloh, la policía usó eméticos para obligar al demandante a expulsar las drogas de su cuerpo y así tener las pruebas incriminatorias del delito cometido<sup>70</sup>. El Tribunal encontró que el Estado había violado el derecho a la integridad física del demandante, pues la medida de aplicar el emético no era estrictamente necesaria. El Estado habría podido esperar hasta que la cápsula saliera naturalmente del cuerpo de Jalloh<sup>71</sup>. Además, las circunstancias en que el emético fue introducido revelan que el demandante fue humillado, aunque sin intención, y los riesgos de salud no fueron valorados adecuadamente<sup>72</sup>. Del caso se puede notar que la actitud del demandante de ingerir las drogas para ocultar la prueba incriminatoria de su delito no jugó rol alguno en la decisión del Tribunal. Si se hubiera valorado la voluntad del aplicante de infringir la ley y se hubiera tomado en cuenta que fueron sus acciones las que precipitaron la necesidad de aplicar el emético, entonces la decisión podría haber sido distinta, o al menos el espacio otorgado para el ejercicio de sus derechos habría tenido que ser menor. Antes de entrar a analizar si aquello es un fin deseado, nos referiremos al caso *Gäfgen c. Alemania* que trae connotaciones similares a aquel de Jalloh<sup>73</sup>.

Dentro de una investigación penal en la jurisdicción alemana, Gäfgen era sospechoso de haber secuestrado a un niño, cuyo paradero era incierto. La policía que investigaba el caso amenazó a Gäfgen con ser torturado si no confesaba el paradero del niño. El Tribunal determinó que dichas amenazas constituyeron una violación al derecho contra los tratos inhumanos o degradantes<sup>74</sup>. Aunque el derecho a no ser torturado debe considerarse absoluto, algunos tratamientos no convencionales que no llegan a la tortura pueden tener cierta legitimidad si son una respuesta inminente y no planificada para contrarrestar un delito muy grave (en este caso, el secuestro de un niño). Esto no quiere decir que el caso de Jalloh y de Gäfgen fueron necesariamente decididos erróneamente. Por el contrario, se puede decir que la gravedad de las consideraciones objetivas en juego (la amenaza de tortura, la integridad física) desplazó el mérito subjetivo de las partes. No obstante, la importancia del merecimiento subjetivo necesita consideración, en particular, cuando los derechos de las víctimas inocentes también están en juego.

Teniendo en cuenta los casos aquí presentados, es posible inferir algunas tendencias generales de lo que exige un ajuste razonable:

<sup>69</sup> Cfr. TEDH (Gran Sala), *Jalloh c. Alemania*, caso n.º 54810/00, sentencia de 11 de julio de 2006.

<sup>70</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 13.

<sup>71</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 77.

<sup>72</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 82.

<sup>73</sup> Cfr. TEDH (Gran Sala), *Gäfgen c. Alemania*, caso n.º 22978/05, sentencia de 1 de junio de 2010.

<sup>74</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 101-108.

1. No hay obligación de acomodar intenciones que van dirigidas a menoscabar el derecho del otro. Intenciones que no tienen tal fin merecen ser acomodadas, aun cuando al hacerlo, el derecho propio haya de sufrir cierto sacrificio.
2. Las restricciones generales no deben justificarse cuando se puede esperar que el Estado o los beneficiarios de tales restricciones se adapten razonablemente a la situación, por ejemplo, optando por restricciones menos intrusivas en relación con el derecho de los demás.
3. Las interpretaciones del significado de tal o cual símbolo o expresión que fomentan los enfrentamientos de suma cero no merecen ser acomodadas, pues anulan el derecho del otro.
4. Realizar esfuerzos antes de que surjan los conflictos con el fin de evitar que estos ocurran demuestra una voluntad de ceder espacio al interés del otro. Esto debe tomarse en cuenta a efectos de exigir acomodación por parte del otro.
5. Realizar esfuerzos después de surgidos los conflictos para mitigar o reducir la merma de los derechos o intereses del otro demuestra una voluntad de ceder espacio al interés del otro. Ello debe también tomarse en cuenta a efectos de exigir acomodación por parte del otro.

En algunos casos, los ajustes razonables no esclarecerán el conflicto, pues aquello que se espera o se exige razonablemente será menos claro que aplicar otros métodos de resolución de conflictos.

Por ejemplo, el caso ante el TEDH *Otto-Preminger-Institut c. Austria* se refería a una restricción impuesta por las autoridades austriacas que impedía proyectar una película que resultaba ofensiva para los católicos<sup>75</sup>. La restricción tenía efecto en una región altamente católica de Austria. El aplicante consideraba que aquello atentaba contra la libertad de expresión. Sin embargo, el Tribunal decidió el caso aplicando la doctrina del margen de apreciación presumiéndose que Austria había encontrado el equilibrio adecuado entre la libertad de expresión y el interés público al restringir la película en aquella región austriaca. Entre las cosas afirmadas por el solicitante estaba que las personas ofendidas podían optar por no ver la película, podían apartar la vista, por así decirlo<sup>76</sup>. Podría pensarse que una mayoría religiosa acomodaticia debería estar contenta con esta solución, pero no está claro que esto deba ser así. Para la mayoría religiosa, su preocupación radicaba en el respeto objetivo por su religión, y no en si se sentían personalmente conmocionados al ver ellos mismos la película. Suponer lo

<sup>75</sup> Cfr. TEDH (Sala), *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, caso n.º 13470/87, sentencia del 20 de septiembre de 1994.

<sup>76</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 53.



contrario es «aplanar» la devoción religiosa a una preocupación meramente psicológica<sup>77</sup>. En este caso, la invocación de la doctrina del margen de apreciación por parte del Tribunal parece más adecuada que los ajustes razonables. Algo similar puede decirse del reciente caso ante el TEDH, *E.S. c. Austria*<sup>78</sup>. Este caso se refería a la ofensa causada por un orador público que instruía a su audiencia sobre el islam, quien insistía en que Mahoma había sido un pedófilo<sup>79</sup>. Austria procesó a esta persona y, con la ayuda de la doctrina del margen de apreciación, el Tribunal dictaminó que se había alcanzado un justo equilibrio entre la religión y el interés público<sup>80</sup>. Aquí nuevamente, no parece haber expectativas claras acerca de quién tiene que adaptarse a qué. Los comentarios de E.S. pueden considerarse imprecisos o incluso anacrónicos, y tal vez los ajustes razonables impliquen exigencias de precisión y sensibilidad al contexto, pero este criterio parece menos fiable que el de la proporcionalidad entre los derechos y libertades sustantivas.

## 7. EL VALOR AÑADIDO DE LOS AJUSTES RAZONABLES

En este último acápite evaluaremos el valor añadido que resulta de emplear el criterio de los ajustes razonables como contribución a la resolución de conflictos de derechos. Notaremos cuatro contribuciones importantes:

En primer lugar, la doctrina de los ajustes razonables protege los derechos cuando las reclamaciones son asimétricas. Muy a menudo se dará el caso en que una clase de quejas sea obviamente de menor «valor objetivo» que el derecho con el que chocan. En este contexto, la demanda de ajustes razonables sirve para proteger la integridad de todos los derechos en juego. Esto ayuda a prevenir que los derechos más fuertes triunfen rutinariamente sobre los derechos más débiles en detrimento de quienes abogan por el derecho más débil<sup>81</sup>.

Esto puede verse mejor ilustrado en los casos en que el debido proceso y el interés en asegurar las condenas de los acusados están en juego. Si bien en algunas jurisdicciones las pruebas obtenidas con violación al debido proceso simplemente se excluyen, existe una tendencia creciente a reconocer que las violaciones al debido proceso deben «equilibrarse» frente a una preocupación general de tener una justicia penal sustantiva (dejar en libertad a los inocentes y condenar a los culpables). Dada la importancia de este objetivo social y la relativa impopularidad de los presuntos delincuentes, habrá una clara tendencia en contra del debido proceso. Una demanda de ajustes razonables

<sup>77</sup> Sobre este sentido de aplanamiento cfr. TAYLOR, Charles, *A Secular Age*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2007, *passim*.

<sup>78</sup> Cfr. TEDH (Sala), *E.S. c. Austria*, caso n.º 38450/12, sentencia de 25 de octubre de 2018.

<sup>79</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 73.

<sup>80</sup> Cfr. *ibid.*, párr. 57-58.

<sup>81</sup> Cfr. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional... op. cit.*, *passim*.

podría usarse para poner presión sobre el sistema de justicia penal para que se tomen medidas de prevención o reparación al daño causado al debido proceso.

Otro ejemplo de esto podrían ser los titulares del derecho a la privacidad en casos en que esta última entra en conflicto con la libertad de expresión. En algunas jurisdicciones se reconoce que la libertad de expresión es una prioridad y que la privacidad es de menor valor. Si uno se basa únicamente en el peso de los derechos, habrá una tendencia a que el discurso gane independientemente de la civilidad de las partes que abogan por este derecho. La demanda de ajustes razonables puede fomentar el civismo y evitar la creación de una pseudo casta de perdedores perennes del lado de la privacidad. Dado que los ajustes razonables preservan los derechos, también fomentan la paz. Como se mencionó anteriormente, el perdedor en un conflicto de derechos puede tener agravios significativos contra el Estado, o puede encontrar que no tiene motivos para adherirse a un contrato social en el que ha sido declarado perdedor. Esto puede alentar incluso la desobediencia, el conflicto o la rebelión. Al tratar de evitar confrontaciones entre ganadores y perdedores, la regla de los ajustes razonables ayudaría a fomentar la paz.

En segundo lugar, los ajustes razonables ayudan a contrarrestar el sesgo en cuanto a lo que los tribunales consideran familiar o normal. Cada sociedad tiene su propia escala de valores y esto alimenta la certeza de que es obvio que «la igualdad triunfa sobre el discurso de odio» o viceversa, o que «la libertad de expresión triunfa sobre la libertad de religión» o viceversa, etc. La evaluación de la proporcionalidad bloquea estas escalas de valores y, por lo tanto, reproduce la mentalidad hegemónica. Los ajustes razonables, por el contrario, obligan a las partes y al Tribunal a ver las cosas desde la perspectiva del «otro» y, de esta manera, puede ayudar a que la toma de decisiones en materia de derechos humanos sea más objetiva<sup>82</sup>. Este beneficio puede apreciarse mejor contrastando los casos en que los tribunales han impuesto un significado estrecho y poco caritativo a la acción del solicitante con los casos en que la «perspectiva del solicitante» ha sido tomada en cuenta. Mientras que el TEDH ha tendido a entender los símbolos religiosos desde la perspectiva «hegemónica» del Estado, otros tribunales han estado más dispuestos a «descentrarse» y tratar de entender los símbolos desde la perspectiva del otro. Un caso paradigmático en este sentido se dio ante la Corte Suprema de Canadá, *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*<sup>83</sup>. En este caso se discutió si un niño Sikh tenía derecho a llevar una daga ceremonial a la escuela. Mientras que los tribunales inferiores vieron la daga exclusivamente como un arma, la Corte Suprema tomó en consideración no sólo las características físicas de la daga, sino también su significado a los ojos del creyente.

Los dos puntos anteriores tenderían a salvar la brecha que la ponderación causa sobre la igualdad. El juicio ponderativo hace diferencias entre los ciudadanos, pues

<sup>82</sup> Cfr. BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles, *Building the... op. cit.*, p. 63.

<sup>83</sup> Corte Suprema de Canadá, *Multani c. scolaire Marguerite Bourgeoys* (2006), 1 S.C.R. 256. SCC 6.

decide cuál de ellos tiene el derecho más importante. En este sentido elige ganadores y perdedores. La teoría de los ajustes razonables exige que los ciudadanos actúen en reconocimiento de su igualdad, y elige ganadores y perdedores, al menos en parte, basándose en las acciones mismas de los ciudadanos que han puesto en jaque la igualdad<sup>84</sup>.

En tercer lugar, los ajustes razonables crean una obligación para las partes de tratar de acomodarse entre sí que, de cumplirse, podría evitar que los casos de conflicto lleguen a los tribunales<sup>85</sup>. Esto es altamente deseable, pues los ciudadanos que cooperan están mejor situados que los tribunales para evaluar valores inconmensurables. Al dársele a las partes un rol importante en la resolución de conflictos de derechos, la propuesta movería el «centro de gravedad» de los derechos de los jueces a los titulares de los derechos.

En cuarto lugar, la propuesta tiene adicionalmente el objetivo de aumentar la base de información sobre la cual se deciden los conflictos de derechos. Al aumentarse esta base informativa, decisiones que son difíciles podrían volverse más fáciles de resolver. Si las decisiones tienen más contenido informativo, se pueden acumular a través del tiempo creando parámetros que permitan a los ciudadanos comprender las conductas que no estarían protegidas.

En el pasado, los derechos se concebían como mínimos de convivencia, donde se prohibían ciertas acciones del Estado, y se dejaba libre a los particulares de manejar sus interacciones privadas. Esta visión se quedó corta, pues no atendía las necesidades humanas. En respuesta, los derechos humanos pasaron a estar altamente vinculados con el estado de bienestar, lo cual dio paso a que los derechos sirvan de medio para cambiar estructuras sociales consideradas opresivas. La propuesta que aquí se despliega está orientada a movernos hacia un tercer paradigma que recoge elementos de los dos anteriores. Esta propuesta abre paso a una visión de derechos orientados hacia un *modus vivendi*, que no está basada simplemente en el respeto geométrico de derechos N&I, sino en un esfuerzo conjunto de acomodar los derechos del otro. Esta nueva visión requiere ajustes de ambos lados para construir un equilibrio complejo entre grupos diferentes.

<sup>84</sup> Por otro lado, al introducir la intención y el merecimiento, la propuesta se acerca a la teoría de los absolutos morales, que sólo tienen sentido en relación a acciones intencionales, y no a desenlaces. Este aspecto, sin embargo, merece un tratamiento más profundo que excedería el alcance de este trabajo.

<sup>85</sup> Cfr. BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles, *Building the... op. cit.*, p. 64.



---

---

## CAPÍTULO 10

# LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUMERADOS: HISTORIA, SENTIDO, DIFICULTADES, POSIBILIDADES

Fernando M. Toller<sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN: PROBLEMAS DE TEORÍA DEL DERECHO TRAS LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS

La existencia misma de una constitución escrita convoca inmediatamente a una cuestión conexas: si deben aceptarse competencias implícitas por parte del poder estatal y, por contrapartida, si deben reconocerse derechos fundamentales implícitos de los ciudadanos, no enumerados, pero con igual carácter constitucional que los que se encuentran enunciados en el texto de la carta fundamental.

Esta cuestión de los derechos humanos no enumerados, en correlación con la que se ha venido a llamar «nuevos derechos», tiene detrás una buena cantidad de los grandes tópicos de la Teoría del Derecho, con impacto trascendental en cómo se concibe y cómo se aplica y practica el Derecho.

En efecto, tras el tema de si hay derechos fundamentales que tengan jerarquía suprema y obligatoriedad para los poderes constituidos y (en su caso) para los particulares, pero que no estén reconocidos directamente en una fuente formal de tipo constitucional o de tratados internacionales de derechos humanos, se encuentran las siguientes cuestiones y problemas: las fuentes formales y materiales del Derecho; la dignidad humana como posible fuente de derechos; el eterno problema del Derecho natural; la relación entre Derecho positivo y positivismo; los sistemas abiertos, con cláusulas de apertura a contenidos jurídicos no textuales, incluyendo en concreto la apertura a derechos fundamentales no explícitos, y los sistemas cerrados, donde sólo se admiten los derechos que se encuentren enunciados; si son aceptables o no contenidos extra-normativos o extra-positivos de los derechos y, en su caso, cómo comprenderlos y

<sup>1</sup> Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Universidad Austral, Argentina.

aplicarlos y quién puede definirlos; así como la aplicación del Derecho a los casos, oscilando entre activismo y auto-restricción y entre originalismo y Constitución viviente.

A su vez, la cuestión de los derechos no enumerados se encuentra requerida a partir de la necesidad de resolver innumerables problemas prácticos que se presentan con relación a los derechos fundamentales y que no encuentran adecuada solución en los textos escritos. Surgen así nuevas cuestiones. ¿Cómo solucionarlos si el problema se encuadra en un sistema jurídico donde no existen cláusulas de apertura del ordenamiento? ¿Cómo construir una apertura del sistema a partir de otro tipo de cláusulas? ¿El catálogo escrito es mármoleo? ¿Ese catálogo debe construirse exclusivamente a partir de los textos de la constitución y, en su caso, de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado? ¿O pueden aceptarse derechos adicionales a los escritos, a partir de bienes humanos básicos, como bienes jurídicos que tutelan los derechos? Por otra parte, ¿qué sentido tienen las cláusulas expresas de derechos implícitos en los sistemas que las poseen y cómo interpretarlas y aplicarlas?

Como puede verse, en este punto emergen otra serie de temas de fondo de la Teoría del Derecho y de la Teoría Política, como son las metodologías de interpretación, el control de legitimidad de las normas infraconstitucionales, la separación de poderes, el reparto de competencias federales y locales en algunos países y, más allá, las razones para la adopción de una constitución escrita y el sentido de tener declaraciones de derechos en la constitución.

Y hay más: ¿los tratados internacionales, como convenciones, acuerdo de voluntades soberanas, deben interpretarse con sujeción al texto acordado y ratificado, o el aplicador y el intérprete pueden dejar de lado las cláusulas escritas, para avanzar con una agenda diferente de pretensiones? ¿Se renueva más de un siglo después la controversia entre Escuela de la Exégesis y Escuela del Derecho Libre, ya no con relación a la legislación y el Derecho privado, sino aplicada a las normas constitucionales y convencionales y a los derechos humanos?

En definitiva: ¿los juristas están atados al texto, quizá visto como anquilosado, y a lo que pueda dar de sí aplicando esta o aquella metodología, o pueden complementar el texto, sin contradecirlo, para reconocer derechos con fuente no literal? Más aún, ¿pueden dejar de lado el texto y crear libremente? ¿Es posible una visión armónica y ponderada, que no abuse del recurso al texto ni quede petrificada en él, como temen los partidarios de la *Living Constitution*, y que a la vez no confiera una autoridad judicial tan amplia e ilimitada», que convierta a los jueces constitucionales en «una convención constituyente cotidiana», en célebre frase del Juez Hugo Black<sup>2</sup>?

Todo esto, sumado, muestra un paisaje cargado de complejidad.

<sup>2</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), 520, Black, J., en disidencia. (Salvo que se indique otra cosa, las traducciones utilizadas en este trabajo son del autor del mismo).

Estas cuestiones han estado presentes de una u otra manera en el desarrollo del Derecho constitucional de los Estados Unidos, en sus encrucijadas históricas, en sus debates políticos y en sus más célebres litigios ante la Corte Suprema. Y estos temas han vuelto a ponerse de manifiesto, con agudeza, en la polémica a raíz de la sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, del 24 de junio de 2022<sup>3</sup>, que revocó dos sentencias marcadas a fuego en la jurisprudencia estadounidense, *Roe v. Wade* (1973)<sup>4</sup> y *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992)<sup>5</sup>.

En este contexto, tras presentar los sistemas de derechos con *numerus apertus* y con *numerus clausus*, este trabajo expone el origen y sentido de la cláusula constitucional americana sobre los derechos no enumerados, el porqué de su (escasa) aplicación por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la preferencia por otras cláusulas utilizadas por el tribunal para basar derechos no escritos en el texto constitucional y derechos derivados de derechos escritos. Finalmente, se esboza cómo podría integrarse una visión sobre los derechos que admite la apertura a la dignidad y a contenidos extra y supra constitucionales, con un marco de institucionalidad, separación de poderes y debida consideración a las normas superiores del ordenamiento, evitando los riesgos tanto del activismo judicial sin restricciones, como la sacralización de textos históricos por un inmovilismo anquilosante.

## 2. SISTEMAS CON CATÁLOGOS DE DERECHOS DE *NUMERUS APERTUS* Y DE *NUMERUS CLAUSUS*

### 2.1. Características de ambos sistemas

Existe una divisoria de aguas con relación a los catálogos de derechos fundamentales: por un lado, se encuentran los países con un sistema de derechos con cláusulas de apertura a derechos no enumerados; por el otro, los sistemas jurídicos con catálogo cerrado, con *numerus clausus* de derechos. El primer modelo corresponde a América; el segundo a los países europeos.

Dicho más en general, un esquema de *numerus clausus* se presenta cuando lo establecido en un cuerpo normativo es taxativo y no enunciativo o enumerativo; sus elementos son de *numerus clausus* cuando se aceptan solo los que están listados, sin que se admita la inclusión de ninguno más. Por ejemplo, los derechos reales son de *numerus clausus* y no se pueden crear por autonomía de la voluntad; en cambio, en el ámbito de las obligaciones, los derechos personales no tienen un catálogo cerrado, dando lugar a que la firma de un contrato genere obligaciones con relación a algo específico que han diseñado las partes.

<sup>3</sup> 597 U.S. 215 (2022).

<sup>4</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>5</sup> 505 U.S. 833 (1992).

De esta manera, en los sistemas constitucionales con válvulas de apertura se reconoce a las personas no solamente los derechos que la constitución u otros instrumentos supremos han consagrado explícitamente, sino también otros de naturaleza análoga, lo cual habilita a incorporar y aplicar derechos implícitos, que en ocasiones incluso podrían ser considerados «nuevos derechos».

En los sistemas cerrados, por el contrario, el ciudadano y el aplicador del Derecho deben abreviar solamente en los derechos reconocidos en los textos con jerarquía superior a las leyes, sin que haya una cláusula que permita el reconocimiento de derechos implícitos en el texto o en derechos ya incorporados y, menos aún, nuevos derechos.

## 2.2. El modelo abierto estadounidense y su impacto en Latinoamérica

El primer modelo, con catálogo de derechos abierto a derechos implícitos, se extiende a lo largo de América. Surgió en Estados Unidos, al incorporarse la Novena Enmienda a la Constitución (1791):

«La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada para denegar o menospreciar otros retenidos por el pueblo».

Se volverá con detalle a esta Enmienda en el siguiente epígrafe.

Medio siglo más tarde se incorporó en Argentina una norma constitucional de apertura similar a la estadounidense. Esto se produjo a partir de un interesante debate sobre derechos constitucionales y Derecho natural que tuvo lugar en la Convención Reformadora de 1860, siete años después de la adopción de la Constitución<sup>6</sup>:

«Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

Esta incorporación se hizo bajo la asunción de que se introducía esa «cláusula como indispensable para comprender en ella todas aquellas omisiones de los derechos naturales, que se hubiesen podido hacer, porque el catálogo de los derechos naturales es inmenso», como dijo Domingo Faustino Sarmiento, miembro informante de la Comisión Redactora<sup>7</sup>. Al exponer sobre el artículo que se proponía, Sarmiento —que

<sup>6</sup> Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, «Los derechos humanos del artículo 33 de la Constitución Nacional: La exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1997)», *Anuario de Derecho Universidad Austral*, 4 (1998), pp. 197-224, en esp. pp. 198-204; SAGÜÉS, Néstor Pedro, «Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional», *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XIV (1985/6), pp. 103-129, en esp. pp. 107-115.

<sup>7</sup> El discurso de Sarmiento como miembro informante de la Comisión de redacción se encuentra en RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Buenos Aires: Instituto



posteriormente fue presidente del país— señaló el antecedente de la Novena Enmienda estadounidense; lo mismo se expuso en el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal<sup>8</sup>. En el mismo sentido, Dalmacio Vélez Sarsfield —quien diez años más tarde redactara el Código Civil— sostuvo en la Convención Reformadora:

«Los hombres no solo tienen los derechos que determina la Constitución sino todos los derechos naturales aunque no se hallen consignados en la Constitución, y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución y para determinarlos de una manera general el artículo de la reforma dice: no solamente esos derechos, sino todos los derechos naturales, de los hombres y de los pueblos aunque no estén enumerados en la Constitución se juzgan reservados»<sup>9</sup>.

La redacción de 1860 parece quedarse corta, pues tras el punto y coma alude al principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana del gobierno como origen de esos derechos implícitos, dando a entender que estos derechos se circunscriben únicamente a los derechos *políticos*. Sin embargo, con buen criterio la Corte Suprema argentina, siguiendo el espíritu y la filosofía iusnaturalista expresada por los constituyentes, ha hecho una aplicación amplia de la cláusula, involucrando tanto derechos políticos como derechos civiles, y ha recurrido en diversas ocasiones a esta norma de apertura del sistema, cubriendo con ella un abanico de temas y derechos que no parecían estar recogidos en la formulación lingüística de la Constitución<sup>10</sup>.

La fórmula argentina se fue expandiendo con el tiempo en el Derecho de Latinoamérica, incorporando matices y referencias que en definitiva remiten a «la dignidad inherente» de «los miembros de la familia humana», como dice el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así, puede encontrarse desde una formulación tímida, que alude a derechos no enumerados que resultan «de los principios» constitucionales, a consagraciones de los derechos implícitos que son «inherentes» «a la personalidad humana», a «la persona humana» o al «ser humano» o, más directamente, que «se derivan de la dignidad del hombre».

de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1937, tomo cuarto, p. 841.

<sup>8</sup> Cfr. *ibid.*, p. 772.

<sup>9</sup> El discurso de Vélez Sarsfield, en RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas...*, *op. cit.*, tomo cuarto, p. 843. He hecho pequeñas correcciones en los acentos, para adecuar la cita a la normativa española actual.

<sup>10</sup> Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, «Los derechos humanos...», *op. cit.*, en pp. 210-224; SAGÜÉS, «Los derechos no enumerados...», *op. cit.*, en esp. pp. 123-126.

De esta manera, cláusulas de apertura del catálogo de derechos del tenor aludido pueden verse fundamentalmente en las constituciones de Brasil (1891, art. 78<sup>11</sup>; con otra redacción, está en la Constitución de 1988, art. 5, § 2.<sup>o</sup><sup>12</sup>), de Uruguay (1918, art. 172 —que es la primera en incluir que «son inherentes a la personalidad humana»—; reiterado en la actual de 1966, art. 72<sup>13</sup>), Ecuador (1929, art. 158<sup>14</sup>; actual de 2008, art. 11, inc. 7<sup>15</sup>), Perú (1979, art. 4, aludiendo a «la dignidad del hombre»<sup>16</sup>; actual de 1993, art. 3<sup>17</sup>) y Colombia (1991, art. 94<sup>18</sup>).

El modelo de *numerus apertus* no se verifica solo a nivel de los Derechos nacionales, sino también a nivel regional, donde es de subrayar la relevancia del art. 29, inc.

<sup>11</sup> Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil — Artículo 78 (1891):

«La especificación de las garantías y derechos expresados en la Constitución no excluye otras garantías y derechos no enumerados, pero resultantes de la forma de gobierno que ella establece y de los principios que consigna».

<sup>12</sup> Constitución de la República Federativa de Brasil — Artículo 5, § 2.<sup>o</sup> (1988):

«Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte».

<sup>13</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay — Artículo 172 (1918):

«La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

<sup>14</sup> Constitución Política de la República de Ecuador — Artículo 158 (1929):

«La enumeración de garantías y derechos determinados por la Constitución no limita ni excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan del principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno».

<sup>15</sup> En la actualidad, la Constitución de la República del Ecuador — Artículo 11, inc. 7 (2008), dispone:

«El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento».

<sup>16</sup> Constitución Política de Perú — Artículo 4 (1979):

«La enumeración de los derechos reconocidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

<sup>17</sup> El artículo 3 de la Constitución de 1993 reitera la norma, con ligeros matices de redacción:

«La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

<sup>18</sup> Constitución Política de Colombia — Artículo 94 (1991):

«La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos».

c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). El mismo recepta derechos humanos civiles y políticos implícitos, al disponer:

«Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno».

De esta manera, el constitucionalismo de Latinoamérica siguió la idea de reconocer derechos fundamentales, aunque no se hubieran receptado expresamente en el texto de la Ley Fundamental, en una doble vertiente: derechos civiles, como derechos naturales de la persona en virtud de su dignidad inherente y, por otro lado, derechos políticos, en virtud de adoptar la forma política republicana.

### 2.3. El sistema europeo de catálogo cerrado

A diferencia de Estados Unidos y de los países de Latinoamérica, la regla en Europa ha sido la contraria, careciendo de normas de apertura a derechos fundamentales no enumerados. Esto ha generado en muchos juristas europeos la idea de que los únicos derechos humanos son los que están recogidos en las normas fundamentales. Por esto, en Europa en general resulta extraña la idea de derechos fundamentales no enumerados, sin conexión con una norma expresa.

Esta carencia de normas de apertura a derechos implícitos puede verse, por ejemplo, en Alemania, Italia y España. Por otra parte, en esos países existen normas que de una u otra manera implican que los derechos constitucionales son los que están receptados expresamente en sus constituciones. En este sentido puede verse el art. 1(3) de la Constitución Alemana (GG), que alude a «los *siguientes* derechos fundamentales...»<sup>19</sup>. Puede también mencionarse la clasificación de derechos fundamentales y no fundamentales receptada en los capítulos del título I de la Constitución Española, así como sus arts. 53.1, 53.2 y 161.1, que contienen garantías para los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I, mientras que el art. 52.3 retacea estas garantías a los derechos constitucionales enumerados en el capítulo tercero<sup>20</sup>. Este detalle sobre qué es un derecho fundamental y qué no y cómo se tutela cada uno,

<sup>19</sup> GG:

«Artículo 1

[...]

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable».

<sup>20</sup> Constitución española:

«Artículo 53

ofrece poca base para una teoría de derechos no enumerados, así como para una teoría de nuevos derechos fundamentales, a la par que abona un sistema de *numerus clausus* o de catálogo cerrado.

Empero, en Italia, Alemania y España se ha verificado cierta expansión de la cobertura constitucional hacia derechos no expresamente receptados en el texto supremo. Para ello, se ha recurrido a las normas genéricas sobre la dignidad intangible, los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad (cfr. Constitución Italiana de 1947, arts. 2<sup>1</sup> y 3<sup>22</sup>; Ley Fundamental de Bonn de 1949, arts. 1<sup>23</sup> y 2<sup>24</sup>; Constitución

---

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

<sup>21</sup> Constitución italiana:

«Artículo 2

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social».

(La traducción al español es oficial; puede vérsela en [http://www.prefettura.it/files/allegatipag/1187/costituzione\\_esp.pdf](http://www.prefettura.it/files/allegatipag/1187/costituzione_esp.pdf); última visita el 12/3/2023).

<sup>22</sup> Constitución italiana:

«Artículo 3

Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley [...]. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana [...].»

<sup>23</sup> GG:

«Artículo 1

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo».

(La traducción que utilizo es la realizada por los profesores Ricardo GARCÍA MACHO y Karl-Peter SOMMERMANN para el Parlamento alemán: *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Berlín, Deutscher Bundestag, 2019).

<sup>24</sup> GG:

«Artículo 2

Española de 1978, 10.1<sup>25</sup>), a la interpretación de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos (art. 10.2 CE<sup>26</sup>), así como a extender derechos específicos expresados en los textos constitucionales.

En conjunto, las normas constitucionales mencionadas han generado la posibilidad del llamado «efecto de irradiación de los derechos» sobre el ordenamiento —*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*<sup>27</sup>—, pues se ha interpretado las mismas de manera tal que se derivaran derechos y facultades constitucionales. Este efecto también ha sido utilizado para realizar otra expansión de derechos, mediante la denominada *Drittwirkung der Grundrechte*, o eficacia horizontal de los derechos, vinculando no solo a los poderes públicos (art. 1(3) de la Ley Fundamental de Bonn), sino también a los particulares.

El resultado de lo anterior no implica adoptar derechos implícitos puros, que sean en rigor «nuevos derechos». Puede haber pasos más limitados, como el de la Corte Constitucional italiana, que ha deducido derechos específicos de otros más amplios<sup>28</sup>. En consecuencia, en la doctrina italiana se suele rechazar la posibilidad de nuevos derechos, puros derechos no enumerados antes, aceptando solo expandir la semántica de derechos amplios ya existentes en el texto constitucional, para derivar derechos conexos más específicos, que sean instrumentales a los mismos, y entendiendo que fuera de esto se trata de derechos meramente legales<sup>29</sup>.

---

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

<sup>25</sup> «Artículo 10

1. 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 fundamento del orden político y de la paz social».

<sup>26</sup> GG:

«Artículo 10 [...]

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>27</sup> Ver al respecto el fallo «Lüth», BVerfGE 7, 198 [207] (1957).

<sup>28</sup> Cfr. ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Nuevos derechos y garantías de los derechos*. Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 36-37.

<sup>29</sup> Cfr. CORCHETE MARTÍN, María José, «Los nuevos derechos», *UNED - Teoría y Realidad Constitucional*, 20 (2007), pp. 535-556. Allí comenta las doctrinas de Baldassarre, Modugno y Rolla. El primero afirma que sólo puede admitirse derechos contenidos en la semántica de derechos más amplios enumerados; serían instrumentales, para no vaciar los expresos o para garantizarlos; están siempre basados en normas expresas; por eso no es admisible derechos puramente implícitos (cfr. *id.*, p. 545, con cita de BALDASSARRE, Antonio, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 59-60). Por su parte, Modugno es de la idea que la Constitución no admite derechos «no enumerados puros», sino «explicitación de derechos implícitos», posibles consecuencias de derechos ya enumerados y derechos «transversales» a varias normas constitucionales (cfr. CORCHETE MARTÍN, *op. cit.*, p. 546, remitiendo a MODUGNO, Franco, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 1-2). Por último, Rolla

#### 2.4. Sumario sobre estos sistemas

Como resultado de lo expuesto surge que, para los juristas formados en el continente americano suele resultar connatural un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales. Dentro de esto hay distintas variantes y subrayados, desde la aceptación sin ambages de derechos no enumerados puros, como lo ha hecho la Corte Suprema de la Nación en Argentina, a aceptaciones más concretas y específicas, con determinadas salvaguardas de «auto-restricción», como ha ocurrido en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Esto otorga mayor flexibilidad que un sistema cerrado a la hora de solucionar problemas jurídicos complejos, pero trae aparejados los riesgos de falta de seguridad jurídica y de estabilidad.

A diferencia de Estados Unidos y de los países de Latinoamérica, la regla en Europa ha sido la contraria, al carecer de normas de apertura a derechos fundamentales no enumerados. Esto ha generado cierto formalismo y normativismo, imperando la idea de que los únicos derechos humanos son los que están recogidos en las normas fundamentales y resultando en general extraña la idea de derechos fundamentales no enumerados. Así, aunque paradójicamente se cuenta con constituciones más modernas que las cartas fundamentales americanas que adoptaron el sistema de apertura, en Europa se encuentra mayor comodidad en sistemas cerrados, que, si bien expresamente no prohíben la apertura ni manifiestan solemnemente instaurar un sistema textualista y de *numerus clausus*, no incluyen abiertamente en su articulado una válvula general de escape y, por el contrario, contienen disposiciones que indican cierres del sistema. Por este motivo, es frecuente que se entienda que sólo son derechos fundamentales/derechos constitucionales los que están en el texto supremo. De esta manera, en Europa es corriente considerar que lo que no está en el texto de la Constitución no es un derecho constitucional, sino que o es un derecho de rango sólo legal, o no es nada.

### 3. MADISON Y LOS ORÍGENES DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES NO ENUMERADOS

Corresponde ahora volver la mirada a Estados Unidos, el país donde se originaron las constituciones escritas, y que ha sido el sistema jurídico donde hace más de dos siglos tuvo su génesis la cláusula de apertura, cobijando expresamente en la Constitución los derechos no enumerados.

---

admite derechos fundamentales fuera de catálogo, pero extraídos de normas expresas genéricas, como el art. 1 GG o el art. 2 de la Const. Italiana, como meras explicitaciones de ellas en virtud del principio personalista; por el contrario, los derechos que no sean deducibles ni comprendidos en los textos escritos no son derechos fundamentales, sino con mera base legislativa (cfr. CORCHETE MARTÍN, *op. cit.*, pp. 547-548; citando ROLLA, Giancarlo, «Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali», *Quaderni Costituzionali*, XVII-3 (1997), pp. 417 ss., en pp. 458-459).

### 3.1. Los reclamos por una declaración de derechos en el proceso de ratificación de la Constitución

Desde los inicios del sistema político y jurídico estadounidense se incorporó una norma de apertura del catálogo de derechos constitucionales, la Novena Enmienda, adoptada en 1791, hace más de doscientos treinta años. Dicha norma expresa:

«La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada para denegar o menospreciar otros retenidos por el pueblo»<sup>30</sup>.

Son muy interesantes la historia y el sentido de esta Novena Enmienda. Si bien la interpretación y el uso de la misma genera controversia, es bien conocida y existe suficiente consenso sobre la historia de las Enmiendas en el proceso de ratificación de la Constitución y la adopción de la Novena Enmienda como clave de bóveda para destrabar el debate y vencer la oposición a ratificarla<sup>31</sup>.

Tras la Guerra de Independencia, en 1787 tuvo lugar la Convención de Filadelfia. Estaban presentes delegados de doce de las Trece Colonias originarias de Estados Unidos, porque Rhode Island no envió los suyos. La idea original era revisar los Artículos de la Confederación, que habían organizado la débil unión que existía entre esos Estados desde la Independencia en 1776. Redactados en 1777, empezaron a regir en 1781. Sin embargo, bajo el impulso de James Madison y otros, la Convención abandonó la idea de revisar los Artículos y redactó el texto de una Constitución, que venía a reemplazarlos.

La Constitución contenía siete Artículos (largas secciones), que organizaron el gobierno federal, sus relaciones con el poder de los Estados federados, el modo de

<sup>30</sup> U.S. Constitution, Ninth Amendment (1791):

«*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*».

<sup>31</sup> Sobre los eventos y razones que llevaron a su adopción, relatados en este apartado, puede verse BERGER, Raoul, «The Ninth Amendment», *Cornell Law Review*, 66 (1980), pp. 1-26, en pp. 3-9; SANDERS, Chase J., «Ninth Life: An Interpretive Theory of the Ninth Amendment», *Indiana Law Journal*, 69 (1994), pp. 759-847, en pp. 763-769; CAPLAN, Russell L., «The History and Meaning of the Ninth Amendment», *Virginia Law Review*, 69-2 (1983), pp. 223-268, en pp. 228-259; FARBER, Daniel A., *Retained by the People: The «Silent» Ninth Amendment and the Constitutional Rights Americans Don't Know They Have*, New York, Basic Books, 2007, pp. 21-44; MASSEY, Calvin R., «Federalism and Fundamental Rights: The Ninth Amendment», *Hastings Law Journal*, 38 (1987), pp. 305-344, en pp. 307-311; BARNETT, Randy E., «Introduction: James Madison's Ninth Amendment», en *id.* (ed.), *The Rights Retained by the People: The History and Meaning of the Ninth Amendment*, vol. 1, Fairfax (Va.), George Mason University Press, 1989, pp. 1-5, 11-19 y 25-27; PATTERSON, Bennett B., *The Forgotten Ninth Amendment: A Call For Legislative and Judicial Recognition of Rights Under Social Conditions of Today*, The Bobbs - Merrill Company, Indianapolis, 1955, pp. 6-18. En contraste, para una visión que incorpora, además de las preocupaciones de Madison, los aportes de los Estados y otros representantes, y una lectura «federalista» de la Novena Enmienda, para preservar los poderes de los Estados, puede verse LASH, Kurt T., *The Lost History of the Ninth Amendment*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, *passim*.

reformularla y el modo de ratificarla por convenciones estatales. Fue ratificada por once Estados en 1788 y entró en vigor en 1789.

Tras cinco meses de debate, faltando apenas cinco días para concluir la Convención de Filadelfia se propuso adicionarle una declaración de derechos, quizás como táctica de dilación del proyecto completo de Constitución. La propuesta fue rechazada por unanimidad. Por lo tanto, la Constitución, firmada el 17 de septiembre de 1787 y presentada al Congreso el 28 de septiembre, no contenía una declaración de derechos. Los Federalistas sostenían que esto sería mejor para evitar que el gobierno interfiriera en la vida de los ciudadanos, pues podría tomar ocasión de que algunos derechos no estuvieran incluidos o declarados, para no respetarlos.

En todo este proceso intervino decididamente James Madison, como convencional constituyente y a la vez activo Diputado en el Congreso, siendo uno de los tres autores de *El Federalista*, los famosos artículos escritos para defender la idea de ratificar la Constitución.

En *El Federalista* Alexander Hamilton expuso con brillantez que la Constitución en sí misma, junto a otros documentos, era un *Bill of Rights*, que el curso de los eventos posteriores podría llevar a que cualquier listado de derechos se interpretara como que eran los únicos derechos de las personas y que reconocía garantías para que no se usen de esa manera los poderes, que por otro lado no se habían concedido al gobierno de ninguna manera<sup>32</sup>. A estos efectos, Hamilton escribió:

«Ha sido varias veces remarcado con verdad que las declaraciones de derechos son en su origen estipulaciones entre reyes, y que sus asuntos, restricciones de prerrogativas en favor de privilegios, son reservas de derechos no concedidos al príncipe. De este tipo es la Carta Magna, obtenida por los Barones, espada en mano, del rey Juan [...]. Es evidente, por lo tanto, que de acuerdo con su significación primitiva, ellas no tienen aplicación a constituciones fundadas expresamente bajo el poder del pueblo, y ejecutadas por sus representantes inmediatos y sus servidores públicos. Aquí, estrictamente, las personas no conceden nada, y como ellas retienen todo, ellas no tienen necesidad de reservas particulares. ‘Nosotros el pueblo de los Estados Unidos, para asegurar los beneficios de la libertad a nosotros y a nuestra posteridad, ordenamos y establecemos esta constitución para los Estados Unidos de América’. Aquí está un mejor reconocimiento de los derechos populares que volúmenes de esos aforismos que constituyen los elementos principales en varias de nuestras declaraciones de derechos en los Estados, y que podrían sonar mucho mejor en un tratado de ética que en una constitución de gobierno [...]. Iré más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y en la extensión en la cual ellas son discutidas, son no solo innecesarias en la constitución propuesta, sino que incluso serían peligrosas. Ellas contendrían varias excepciones a poderes que no

<sup>32</sup> Cfr. *The Federalist*, N. 84. 1788. Alexander Hamilton.



están concedidos; y su mero listado proporcionaría un pretexto plausible para reclamar más de lo que se concedió. ¿Por qué declarar que no se harán cosas que no hay poder para hacer? ¿Por qué, por ejemplo, debería decirse que la libertad de prensa no debe ser restringida, cuando no se da ningún poder por el cual puedan imponerse restricciones? No sostendré que tal disposición conferiría un poder regulador; pero es evidente que proporcionaría, a los hombres dispuestos a usurpar, un pretexto plausible para reclamar ese poder»<sup>33</sup>.

Por otra parte, dentro de las discusiones para la ratificación de la Constitución, los denominados Anti-Federalistas señalaron que no se la debía ratificar, puesto que una de las razones para la separación de la metrópoli fue asegurar los derechos y que los mismos no estaban reflejados en el texto fundamental propuesto. El tema no era menor, pues en los orígenes de la colonización de Estados Unidos estuvo la motivación de garantizar y vivir la libertad religiosa luego de las guerras de religión en el Reino Unido, a la cual se sumaron cuestiones como las libertades de prensa y de asamblea, la libertad de comercio y la cuestión impositiva —cuya eclosión desembocó en la Guerra de Independencia—. No sorprende, entonces, que el tema de los derechos y libertades figurara en la Declaración de Independencia de 1776 como una de las razones fundamentales para la separación con el Reino Unido.

En este estado de cosas, el texto constitucional, compuesto de siete Artículos y sin declaración de derechos, fue enviado a ratificar por los trece Estados originarios. Según el Art. VII de la Constitución, era necesario que nueve Estados la ratificaran para que la misma entrara en vigor. Cinco Estados lo hicieron rápidamente, entre diciembre de 1787 y enero de 1788: Delaware, Pennsylvania, New Jersey, Georgia y Connecticut. Pero la ratificación se trabó en otros, empezando por Massachussets y siguiendo por New York y Virginia, donde los Anti-Federalistas, en mayoría, tomaron pie de la falta de una declaración de derechos para oponerse a toda la Constitución, la cual rechazaban.

Cuando la ratificación parecía estancarse, intervino James Madison. Este gran jurista, que estudió Humanidades en Princeton y dedicó diez años a formarse como autodidacta en Derecho, es considerado el Padre de la Constitución y fue el cuarto Presidente de los Estados Unidos. Madison fue moldeando y cambiando su pensamiento sobre una declaración de derechos, como puede verse en sus escritos públicos y en intercambios epistolares, entre otros con Washington y Jefferson. Este proceso culminó con una carta abierta cuando se postuló como Diputado, donde señaló que, si bien otrora había pensado que antes de la ratificación no había que reformar el texto de la Constitución propuesta, ahora pensaba que «unas enmiendas, si se realizan con apropiada moderación y de un modo apropiado..., podían servir al doble propósito de

<sup>33</sup> *Ibid.*

satisfacer las mentes de los oponentes bien intencionados, y de proveer guardas adicionales a favor de la libertad»<sup>34</sup>.

De este modo, se convenció a los Estados reluctantes a firmar la ley fundamental prometiéndoles que, una vez que la Constitución estuviera operativa, se procedería rápidamente a enmendarla para reconocer los derechos fundamentales. Bajo este compromiso, Massachussets, New York y Virginia ratificaron la Constitución. De esta manera, once Estados adoptaron la Constitución el 21 de junio de 1788 y entró en efecto el 4 de marzo de 1789.

En la primera sesión de la Cámara de Representantes, el 4 de mayo de 1789, Madison mantuvo su promesa a los Anti-Federalistas, presentando nueve «resoluciones», basadas en general en propuestas hechas por los Estados.

En consecuencia, de esas propuestas de Madison surgió el *Bill of Rights*, consistente en doce Enmiendas a la Constitución. Fueron aprobadas el 25 de septiembre de 1789. Las Enmiendas proyectadas como Primera y Segunda —relativas a designaciones y sueldos de congresistas— no se aprobaron entonces —la Segunda obtuvo aprobación en 1992, más de doscientos años más tarde, la Primera nunca—, pasando la Tercera del proyecto a ser Primera, etc. Quedó entonces como Primera Enmienda la libertad religiosa, de expresión y de prensa, como Segunda el derecho a tener y portar armas, Tercera los allanamientos y así las demás. En todo este proceso estaba presente, como se dijo, la preocupación sobre la exhaustividad de una declaración de derechos y sobre la situación en que quedarían otros derechos que no se incluyeran en la misma. Se sostuvo en todas esas discusiones que, incluso haciendo una declaración de derechos, era imposible listar todos los derechos y libertades de la persona. Por eso, dentro de las Enmiendas diseñadas por Madison para superar la objeción Anti-Federalista de que faltaba una declaración de derechos, presentó también una solución ingeniosa, pensada asimismo como superadora de la reserva de los Federalistas, que continuaban temerosos de que la enumeración de derechos viniera a ser contraproducente para la libertad.

De esta manera, la redacción original propuesta por Madison en junio de 1789 y presentada como última cláusula de la cuarta resolución, fue la siguiente:

«Las excepciones aquí o en otras partes de la Constitución, hechas a favor de derechos particulares, no se interpretarán para disminuir la justa importancia de otros derechos retenidos por el pueblo, o para ampliar los poderes delegados por la Constitución; sino tanto como limitaciones reales de tales poderes, o como insertadas meramente para mayor precaución».

El texto fue a un Comité de once miembros, donde estaba Madison y, luego de varios cambios de redacción, fue presentada al pleno el 28 de julio. Tras su análisis,

<sup>34</sup> Citado en FELDMAN, Noah, *The Three Lives of James Madison: Genius, Partisan, President* New York, Random House, 2017, pp. 252-253.

el 24 de agosto de 1789 los Representantes aprobaron la Enmienda Novena tal como la conocemos. A principios de septiembre la analizó el Senado y, junto a las otras Enmiendas, fue finalmente aprobada el 25 de septiembre por resolución conjunta de ambas Cámaras del Congreso y enviada a los Estados para su ratificación.

Sobre la Novena Enmienda —Amendment IX, habitualmente denominada *Ninth Amendment*—, en una famosa sentencia de la Corte Suprema escribió el Juez Goldberg:

«La Enmienda es casi enteramente el trabajo de James Madison. Fue introducida en el Congreso por él y aprobada por la Casa y el Senado con poco o ningún debate y virtualmente ningún cambio en el lenguaje. Fue proferida para aquietar los temores expresados de que un *bill* de derechos específicamente enumerados [citas omitidas] podría no ser suficientemente amplio para cubrir todos los derechos esenciales y que la mención específica de ciertos derechos podría ser interpretada como una denegatoria de la protección de otros [citas omitidas]<sup>35</sup>.

El propio Madison, al presentar al Congreso su propuesta de Enmienda finalmente aprobada como Novena, dijo:

«Ha sido también objetado contra una declaración de derechos [*bill of rights*] que, por enumerar excepciones particulares a la concesión de poder, se puede menospreciar aquellos derechos que no son ubicados en dicha enumeración; y puede seguirse por implicación, que aquellos derechos que no son elegidos, se entienden que están asignados a las manos del Gobierno General, y son en consecuencia inseguros. Este es uno de los argumentos más plausibles que yo he escuchado nunca empujando contra la admisión de una declaración de derechos dentro de este sistema; pero, entiendo, puede ser rebatido. Yo he intentado eso, como los caballeros pueden ver por dirigirse a la última cláusula de la cuarta resolución [la Novena Enmienda]»<sup>36</sup>.

Como conclusión de este proceso, las diez primeras Enmiendas, conocidas como el *Bill of Rights*, fueron promulgadas el 15 de diciembre de 1791, dos años más tarde de su aprobación por el Congreso, cuando Virginia emitió la última ratificación de las trece antiguas Colonias.

### 3.2. El principio *expressio unius* y las razones para una cláusula de derechos no enumerados

Con la Novena Enmienda, por lo tanto, se quiso evitar la posible aplicación del principio romano según el cual «*expressio unius est exclusio alterius*» —literalmente «lo que se expresa de uno, se excluye de otro»—, es decir, «lo que se afirma de uno, se niega de otro». Así lo expone Joseph Story en sus *Commentaries*:

<sup>35</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 488-489 (1965), Juez Goldberg, en concurrencia.

<sup>36</sup> MADISON, James, *Annals of Congress: The Debates and Proceedings in the Congress of the United States*, (June 1789), Washington, D.C., Gales & Seaton, 1834, v. 1, p. 439.

«Esta cláusula fue manifiestamente introducida para prevenir cualquier mala aplicación perversa o ingeniosa de la bien conocida máxima, según la cual una afirmación en casos particulares implica una negación en todos los otros; y, *a converso*, que una negación en casos particulares implica una afirmación en todos los otros. La máxima, correctamente entendida, es perfectamente sana y segura; pero a menudo ha sido extrañamente forzado su significado natural al apoyo de las herejías políticas más peligrosas. La enmienda fue indudablemente sugerida por el razonamiento del Federalista sobre el tema de una declaración general de derechos»<sup>37</sup>.

Este principio romano es una aplicación de lógica jurídica del *argumentum a contrario*, o a *contrario sensu*, donde se argumenta a partir de lo que no se expresa. Ambos son derivaciones del principio de identidad —«todo ente es igual a sí mismo»— y del principio de no contradicción —«no se puede ser y no ser al mismo tiempo y con relación al mismo punto de vista»—.

De este modo, con el principio *expressio unius*, si una norma dispone algo sobre personas o cosas determinadas, significa que no lo dispone de aquellas no incluidas en la lista. Este modo de razonar se usa a diario, dado que es indispensable en cualquier interpretación jurídica, tanto normativa como fáctica: si una persona daña una propiedad, merece de uno a cuatro años de prisión; si no la dañó, no merece esa sanción, etc. Este principio general tiene excepción, por otro lado, cuando el enunciado expresa que la disposición no es taxativa —excluye cualquier otro elemento—, sino enunciativa —menciona algunos elementos, entre otros posibles—.

En consecuencia, para que en el nuevo país que se estaba creando se evitara que, por ese principio latino, las ocho Enmiendas anteriores se entendieran como limitativas y excluyentes de los derechos que no se encontraban listados allí, se introdujo la Novena Enmienda a la Constitución, para que funcionara como una cláusula general de no taxatividad en el listado de derechos. Lo que se afirma de unos derechos —Enmiendas Primera, Segunda, etc.— no se niega de otros que también son constitucionales, aunque no se asevere algo específico sobre ellos en las Enmiendas. Con los años, algunos derechos se fueron sumando mediante ulteriores Enmiendas; otros, sin embargo, permanecen al amparo de la Novena Enmienda, como derechos retenidos por «el pueblo», es decir, por la gente, por las personas.

La propuesta de las Enmiendas funcionó, como cumplimiento del compromiso de tener una declaración de derechos que posibilitara la ratificación de la Constitución

<sup>37</sup> STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray & Co.—Cambridge, Brown, Shattuck, & Co., 1833, Book III, Chapter 44, § 1898. Story cita *The Federalist*, n.º 83, donde Hamilton aplica la exclusión de la máxima para sostener que la previsión del juicio por jurados en materia penal no prohíbe que se los realice en materia civil. Estas ideas de Story son recordadas por el Juez Goldberg en *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), en p. 490, voto concurrente, citando la 5th ed. de los *Commentaries*, t. II, 651.

que conformara el nuevo país; para esto se incluía la cláusula relativa a derechos no enumerados pergeñada por Madison.

#### 4. **GRISWOLD V. CONNECTICUT Y EL (POCO) USO DE LA CLÁUSULA DE DERECHOS NO ENUMERADOS**

##### 4.1. **Un caso solitario**

Contrariamente a lo que podía suponerse por la historia y la redacción de la Novena Enmienda, la Corte Suprema de los Estados Unidos no le ha dado mayor efectividad, habiéndola utilizado relativamente poco<sup>38</sup>. Y, cuando la ha utilizado, lo ha hecho de un modo muy escueto, en general con citas breves, coadyuvando argumentaciones sobre derechos que sustancialmente se basan en otras disposiciones del *Bill of Rights*.

Ejemplo paradigmático de esto es *Griswold v. Connecticut*<sup>39</sup>, una decisión de 1965. Es el *leading case* de la Corte Suprema relativo a los derechos no enumerados. Allí se afirmó el derecho fundamental a la privacidad, no mencionado en la Constitución, a raíz del control de constitucionalidad de una ley del siglo XIX que prohibía la venta de productos anticonceptivos a parejas casadas. En ese caso solo un voto concurrente se abocó a la Novena Enmienda, mientras que Douglas, el Juez que redactó el voto mayoritario del tribunal, solo transcribió la Novena Enmienda una vez, tras una enumeración de disposiciones constitucionales, sin dedicarle comentario alguno.

##### 4.2. **La argumentación del Juez Douglas, con mera mención**

En un rol secundario, en *Griswold v. Connecticut* la Novena Enmienda solo mereció ser transcripta, ocupando dos renglones de la sentencia de la Corte escrita por el Juez Douglas —con la adhesión incondicional del Juez Clark—. Dos renglones solamente, dentro de una argumentación de siete páginas donde discutió media decena de enmiendas constitucionales, con las cuales construyó toda una teoría de derechos implícitos. Los explicó como derechos periféricos de los derechos especificados en la Constitución, que ayudan a darles vida y sustancia, así como derechos que están en la penumbra de los derechos reconocidos en la declaración de derechos de la norma fundamental<sup>40</sup>.

En concreto, refiriéndose específicamente a las bases constitucionales del derecho a la privacidad, Douglas escribió que «el presente caso, entonces, concierne a una relación situada dentro de la zona de privacidad creada por varias garantías constitucionales fundamentales»<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, p. 490 (1965), Juez Goldberg, en concurrencia.

<sup>39</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>40</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 480-486.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 485.

Douglas, por el contrario, dejó expresamente de lado la aplicación de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, como aplicables a temas económicos o cuestiones sociales, que llevarían a la Corte a ser una súper-legislatura que determinara la sabiduría, necesidad y propiedad de las leyes que abordan esos temas<sup>42</sup>.

Como párrafo final de su argumentación, el Juez Douglas señaló:

«Los casos anteriores sugieren que garantías específicas del *Bill of Rights* tienen penumbras, formadas por emanaciones de esas garantías que ayudan a darles vida y sustancia. [...]. Varias garantías crean zonas de privacidad. El derecho de asociación contenido en la penumbra de la Primera Enmienda es uno, como hemos visto. La Tercera enmienda en su prohibición contra el acuartelamiento de soldados en «cualquier casa» en tiempo de paz sin el consentimiento del propietario es otra faceta de esa privacidad. La Cuarta enmienda explícitamente afirma el ‘derecho del pueblo a estar seguros en sus personas, casas, papeles y efectos, contra irrazonables allanamientos y secuestros’. La Quinta Enmienda en su Cláusula de Autoincriminación hace posible al ciudadano crear una zona de privacidad en la cual el gobierno no puede forzarlo a rendirse en su detrimento. La Novena Enmienda establece: ‘La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada para denegar o menospreciar otros retenidos por el pueblo’»<sup>43</sup>.

Como se ve, solo hay una mera mención a la Novena Enmienda, como cierre sin más análisis de una sentencia dedicada totalmente a tratar del reconocimiento de un derecho constitucional no expresado en la Constitución.

#### 4.3. La Novena Enmienda en la concurrencia del Juez Goldberg

En este caso hay un interesante voto concurrente del Juez Goldberg, con la adhesión del Presidente Warren y del Juez Brennan. Se puede sostener que es el único voto de la historia de la Corte dedicado focalmente a analizar la Novena Enmienda y a sacar de ella un nuevo derecho.

Goldberg comenzó afirmando que el concepto de libertad protegida por el debido proceso de la Decimocuarta Enmienda protege los derechos personales fundamentales, pues tutela aquellas libertades que están «tan arraigadas en las tradiciones y conciencia de nuestro pueblo como para ser categorizadas como fundamentales»<sup>44</sup>.

Pero, como se señaló, lo característico del voto de Goldberg es que agregó como fundamento fuerte del derecho a la privacidad a los derechos no enumerados de la Novena Enmienda, aludiendo expresamente que quería enfatizar la relevancia de esa

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 482.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 484.

<sup>44</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 486-487, Juez Goldberg, en concurrencia, con cita de *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934), en p. 105.

Enmienda<sup>45</sup>. De esta manera, tras afirmar que «la Decimocuarta Enmienda absorbe y aplica a los Estados aquellas cosas específicas de las primeras ocho enmiendas que expresan derechos personales fundamentales»<sup>46</sup>, escribió:

«El lenguaje y la historia de la Novena Enmienda revela que los *Framers* de la Constitución creían que existían derechos fundamentales adicionales, protegidos de la violación gubernamental, los cuales existían a la par de esos derechos fundamentales específicamente mencionados en las primeras ocho enmiendas constitucionales»<sup>47</sup>.

Luego de explicar las razones de la inclusión de la Novena Enmienda por parte de James Madison y los comentarios del Juez Joseph Story, Goldberg sostuvo que la cláusula fue claramente introducida por los Padres fundadores para evitar que «las primeras ocho enmiendas fueran interpretadas como agotando los derechos básicos y fundamentales que la Constitución garantiza al pueblo»<sup>48</sup>. Agregó que no puede presumirse que una cláusula de la Constitución sea interpretada como una norma que carece de efectos, sino que «debe darse efecto real a todas las palabras que usa»<sup>49</sup>. En consecuencia, escribió:

«La Novena Enmienda a la Constitución puede ser vista por algunos como un descubrimiento reciente y puede ser olvidada por otros, pero desde 1791 ha sido una parte básica de la Constitución que nosotros hemos jurado sostener. Sostener que un derecho tan básico y fundamental y tan profundamente arraigado en nuestra sociedad como el derecho a la privacidad en el matrimonio pueda ser infringido porque ese derecho no está garantizado en suficientes palabras por las primeras ocho enmiendas a la Constitución es ignorar la Novena Enmienda y darle ningún efecto. Por lo tanto, una interpretación judicial de que este derecho fundamental no está protegido por la Constitución porque no está mencionado en términos explícitos por una de las primeras ocho enmiendas o en algún otro lugar de la Constitución podría violar la Novena Enmienda»<sup>50</sup>.

De todas maneras, intentando matizar su voto con la doctrina más usual sobre la Novena Enmienda, el Juez Goldberg señaló que no quiere afirmar «que la Novena Enmienda constituye una fuente independiente de derechos protegidos de la violación» estatal, sino que la Enmienda «muestra una creencia de los autores de la Constitución de que existen derechos fundamentales que no son expresamente enumerados en las primeras ocho enmiendas y una intención de que la lista de derechos incluidos no sea

<sup>45</sup> Cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), p. 487.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 489-490.

<sup>49</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 490-491.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 491.

vista como exhaustiva»<sup>51</sup>. Para este Juez, «en suma, la Novena Enmienda simplemente concede fuerte apoyo a la visión de que la ‘libertad’ protegida por las Enmiendas Quinta y Decimocuarta de la violación por el Gobierno Federal o por los Estados no está restringida a los derechos específicamente mencionados en las primeras ocho enmiendas»<sup>52</sup>. Más allá de matices, en este voto se apoyó, en definitiva, que hay derechos no enumerados por la Constitución y sus Enmiendas y que la Novena Enmienda tiene la función de recordarlos a todos, a la vez que les presta una suerte de cobijo.

Por otra parte, para evitar críticas, Goldberg hizo un esfuerzo por alejar la idea de activismo subjetivista, señalando que al determinar qué derechos son fundamentales los jueces deben apartarse de sus «nociones personales y privadas», para «mirar a las ‘tradiciones y conciencia de nuestro pueblo’, para determinar si un principio es ‘de tal modo arraigado [...] como para ser considerado como fundamental’»<sup>53</sup>.

Este Juez afirmó que, aunque la Constitución no se refiera directamente al derecho a la privacidad, no puede no protegerla, y el hecho de no dedicarle una norma explícita no significa que el gobierno pueda interferir con ella<sup>54</sup>. «Por el contrario, como la Novena Enmienda expresamente reconoce, existen derechos personales fundamentales tales como éste, los cuales son protegidos de la limitación por el Gobierno aunque no hayan sido mencionados específicamente en la Constitución»<sup>55</sup>.

Aplicando un escrutinio estricto, concluyó comprobando que el Estado no ha probado ningún interés estatal imperioso en la legislación en crisis y argumentó que, ante una relación racional entre un fin razonablemente legítimo y lo dispuesto por la ley, había medidas alternativas, lo que se lograba al redactar la norma de manera más rigurosa y menos amplia. Por todo esto, la declaró inconstitucional<sup>56</sup>. Al finalizar, involucró nuevamente la Novena Enmienda, con el aditamento de la Decimocuarta:

«En resumen, entiendo que el derecho a la privacidad de la relación matrimonial es fundamental y básico: un derecho personal ‘retenido por el pueblo’ en el sentido de la Novena Enmienda. Connecticut no puede constitucionalmente restringir este derecho fundamental, el cual es protegido por la Decimocuarta Enmienda de su violación por los Estados»<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 492.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 493.

<sup>53</sup> *Ibid.*, con cita nuevamente de *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934), p. 105.

<sup>54</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 495-496.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 496.

<sup>56</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 497-498.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 499.



#### 4.4. Los restantes votos

A su turno, en su concurrencia el Juez Harlan defendió la protección del derecho a la privacidad apoyándose exclusivamente en la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, entendiendo que «viola valores básicos ‘implícitos en el concepto de libertad ordenada’ (Palko)», sin que fuera menester, a su juicio, entrar a otras Enmiendas de la Declaración de Derechos<sup>58</sup>. Este Juez abogó por una aplicación prudente del debido proceso, aplicando la auto-restricción judicial, lo que se logra respetando la historia y los valores básicos de la sociedad, así como la separación de poderes y el federalismo<sup>59</sup>.

El caso cuenta con otro voto concurrente del Juez White, quien sostuvo también que la ley viola el debido proceso de la Decimocuarta Enmienda<sup>60</sup>.

Por otra parte, existe una fuerte disidencia del Juez Black, con la adhesión del Juez Stewart. Considerando que la ley no es buena, no por eso la consideró inconstitucional. Defendió el apego a la letra de la Constitución, para evitar que la Corte Suprema se convierta en un poder constituyente, así como que las cláusulas constitucionales se vayan diluyendo en su interpretación expansiva. Desechó por ello tanto la aplicación extensiva de cláusulas en base a sus emanaciones, como la pertinencia de utilizar tanto la Novena Enmienda —la cual entiende que ampara los poderes reservados por los estados federados, tal como lo hace la Décima Enmienda—, como la Decimocuarta Enmienda<sup>61</sup>. Como se mencionó al comienzo de este trabajo, para Black es claramente errónea la aplicación de esas Enmiendas para basar derechos que no están enumerados en el texto constitucional, pues hacerlo sería «usar tal amplia e ilimitada autoridad judicial podría hacer de los miembros de esta Corte una convención constitucional cotidiana»<sup>62</sup>.

A su turno, también el Juez Stewart votó en disidencia, con la adhesión de Black. Consideró que la ley es «tonta», pero que no violaba las cláusulas constitucionales de las Enmiendas Novena y Decimocuarta, citadas por Douglas, Goldberg y Harlan<sup>63</sup>.

\* \* \*

Como puede verse, *Griswold v. Connecticut* es un caso específicamente dedicado a tratar un «nuevo derecho», donde (a) el voto principal, con el apoyo en solitario de un Juez, prefirió expandir la significación y cobertura de derechos específicamente reconocidos, para albergar en su penumbra a derechos no enumerados; (b) una concurrencia que sumó tres votos apoya la Novena Enmienda, introduciéndole matices para no

<sup>58</sup> Cfr. *ibid.*, Juez Harlan, en concurrencia, pp. 499-500.

<sup>59</sup> Cfr. *ibid.*, p. 501.

<sup>60</sup> Cfr. *ibid.*, Juez White, en concurrencia, pp. 502-507.

<sup>61</sup> Cfr. *ibid.*, Juez Black, en disidencia, pp. 507-527.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 520.

<sup>63</sup> Cfr. *ibid.*, Juez Stewart, en disidencia, pp. 527-531.

hacerla una fuente autónoma de derechos; (c) dos Jueces en concurrencia aprobaron el derecho invocado, pero basándolo en la protección de la «libertad» de la Decimocuarta Enmienda, y rechazando implícitamente darle operatividad a la Novena Enmienda; y, (d) finalmente, otros dos Jueces se opusieron de plano a basar en cualquiera de esas dos Enmiendas, o de otras, derechos y libertades que no estén expresas en el texto supremo.

## 5. EL DEBIDO PROCESAL LEGAL SUSTANTIVO COMO BASE PARA DERECHOS NO EXPLÍCITOS

### 5.1. La Cláusula del Debido Proceso, una tierra fértil para el dinamismo constitucional

La Corte ha buscado limitar el uso e impacto de una Enmienda como la Novena que, como se vio con palabras del Juez Black, podría conducir a una «amplia e ilimitada autoridad judicial»<sup>64</sup>. Por eso, para afirmar derechos que no surgen de la literalidad constitucional, tradicionalmente el tribunal ha recurrido a interpretaciones extensivas de los textos expresos y ha recalado ampliamente en cláusulas que considera menos riesgosas, contenidas en la Decimocuarta Enmienda, como la Cláusula de la Igual Protección de las Leyes y, en especial, la Cláusula del Debido Proceso.

En el Derecho estadounidense existe, por un lado, un debido proceso «procesal», sin el cual es ilegítima la privación de la vida, la libertad o la propiedad, tal como está en las Enmiendas Quinta y Decimocuarta. Este debido proceso es *the law of the land*, llamado originariamente *per legem terrae*, es decir, un conjunto de tradiciones y costumbres, leyes y usos procesales del país aplicables por los tribunales a todos, incluido el gobierno. Esto hunde sus raíces en el Derecho anglosajón hasta la *Carta Magna Libertarum* de 1215, que establece en su número 39:

«Ningún hombre libre podrá ser capturado, o encarcelado, o desmembrado, o exiliado, o de alguna manera destruido, ni iremos sobre él, ni enviaremos a otros a hacerlo, excepto por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra [*the law of the land*, las leyes del país]»<sup>65</sup>.

En el siglo XIV en las leyes del reino en lugar de *law of the land* se empezó a utilizar la expresión *due process of law*, siempre como garantía procesal necesaria para la validez de actos estatales y contra la arbitrariedad real, pero no contra normas del

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 520, Juez Black, en disidencia.

<sup>65</sup> Carta Magna, n. 39:

«39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.*»

Parlamento<sup>66</sup>. Esto es lo que adoptó la Quinta Enmienda a la Constitución estadounidense, que, entre otras garantías procesales, dispone:

«Ninguna persona [...] será privada de la vida, la libertad, o la propiedad, sin un debido proceso legal [...]».

Por otra parte, la Constitución de Estados Unidos no contiene normas que habiliten a los poderes federales para regular derechos constitucionales. Por esto, se apeló a la antigua idea de «poder de policía», entendida aquí como potestad estatal de dictar normas sobre los derechos. Junto a esto, congruentemente a la falta de habilitación para regular, la Constitución no contiene una cláusula que contenga los posibles abusos de ese poder regulatorio. Por eso, la Corte apeló al debido proceso —*the law of the land*— como control de legitimidad del contenido de las normas regulatorias de derechos y libertades.

Así, andando el tiempo, de la Decimocuarta Enmienda surgió un control de «debido proceso *sustantivo*», que no revisa cuestiones formales, sino la materia misma de la ley, es decir, su *justicia sustancial*. Su aparición ocurrió tras la adopción de la Decimocuarta Enmienda en 1868, luego de la victoria del norte en la Guerra de Secesión, es decir, más de setenta años más tarde de que se admitiera el control de constitucionalidad de normas relativas a las *competencias* del gobierno<sup>67</sup>. En esa Enmienda la Sección 1 dispone lo siguiente:

«Ningún Estado dictará o ejecutará ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de ciudadanos de los Estados Unidos; *ni algún Estado privará a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal*; ni denegará a cualquier persona dentro de su jurisdicción de la igual protección de las leyes»<sup>68</sup>.

Esta cláusula obligó a los Estados federados a respetar los derechos de la Constitución federal. Como se dijo, con la puesta en escena de esta norma, junto al debido proceso «procesal», adjetivo, formal, pocos años más tarde la Corte Suprema pasó a requerir un contenido «debido», un «proceso debido *sustantivo*», que recalara en la legitimidad de la norma regulatoria, para habilitar a los tribunales a controlar

<sup>66</sup> Cfr. SAPAG, Mariano, «El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado», *Dikaion - Revista de Fundamentación Jurídica*, 17 (2008), pp. 157-198, en p. 164.

<sup>67</sup> Cfr. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), tradicionalmente considerado el primer caso de control de constitucionalidad. Hay sólidos argumentos para sostener que tenía antecedentes claros en el Derecho estadounidense, como ha mostrado Manuel GARCÍA-MANSILLA, «*Marbury v. Madison* y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad», *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, n.º 1, (2020), pp 9-89.

<sup>68</sup> U.S. Constitution – Fourteenth Amendment, Section 1:

«*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

la constitucionalidad de las normas estatales. De esta manera, se viola «el *debido proceso legal sustantivo*» si la norma por la que se obliga o juzga a una persona no es «debida», en el sentido de «legítima», es decir, si recorta o adultera el contenido del derecho, posibilitando el *judicial review*, es decir, el control de constitucionalidad de esa ley federal o estatal.

Este debido proceso sustantivo comenzó con el control de las leyes sobre cuestiones económicas, que regulaban los derechos a contratar y a comerciar, etc.<sup>69</sup>. El debido proceso sustantivo aplicado a cuestiones económicas se ejerció ampliamente durante varias décadas. Su punto máximo llegó en el caso *Lochner v. New York* (1905)<sup>70</sup>, en el cual se invalidó la regulación de horarios de trabajo. En esa «era *Lochner*» toda regulación estatal de la propiedad o de la contratación se presumía inconstitucional. Con el tiempo y las necesidades del *New Deal* ante la crisis económica, junto a su uso y abuso por parte de la Corte Suprema, este control de normas económicas por el debido proceso cayó en descrédito.

A la par del descrédito del control judicial de normas económicas, se abrió paso una nueva era en la doctrina del debido proceso legal sustantivo. Ya no controló las normas económicas, sino las que regulaban los derechos personales mencionados por las Enmiendas, por entender que podían privar de la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda sin una norma legítima. De esta manera, la doctrina del debido proceso sustantivo, renovada para derechos personales, se vio involucrada en diversos casos, incluyendo los derechos a dirigir la educación y crianza de los hijos<sup>71</sup>, a tener niños<sup>72</sup> y a casarse con la persona de personal elección<sup>73</sup>. Empero, la controversia sobre el uso o abuso del debido proceso sustantivo para invalidar normas estatales volvió a florecer cuando la Corte Suprema lo usó en *Roe v. Wade*<sup>74</sup> para consagrar un «derecho constitucional al aborto», invalidando decenas de normas de los Estados, y despertando la oposición de diversos jueces y profesores de Derecho. De todas maneras, el control de legitimidad de las normas en virtud de la Cláusula del Debido Proceso se mantiene hasta hoy.

<sup>69</sup> Para la sucesión de casos, ver NOWAK, J.E., y ROTUNDA, R.D., *Constitutional Law*, 7th. ed, St. Paul (Minn), West Group, 2004, pp. 434-436; SAPAG, «El principio de proporcionalidad...», *op. cit.*, pp. 164-165.

<sup>70</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>71</sup> Cfr. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

<sup>72</sup> Cfr. *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

<sup>73</sup> Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1976).

<sup>74</sup> 410 U.S. 113 (1973).

## 5.2. La metodología del debido proceso: «libertad ordenada» e «historia y tradiciones»

La Corte ha generalmente establecido que la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda protege dos tipos de derechos de fondo: los incluidos en las primeras ocho Enmiendas a la Constitución y otros también fundamentales pero que no están mencionados en la misma. Para establecer si un derecho está en alguna de estas categorías, se debe establecer si el derecho es «fundamental a nuestro esquema de libertad ordenada» y si está «profundamente enraizado en la historia y tradición de esta Nación»<sup>75</sup>.

A su vez, el tribunal ha establecido que, para apelar a un derecho no expresamente enumerado, conviene utilizar la Cláusula del Debido Proceso y, dentro de ella, el derecho que se alega debe ser «de la verdadera esencia de un esquema de libertad ordenada», cuyo desconocimiento debe implicar violar «un principio de justicia tan enraizado en las tradiciones y consciencia de nuestro pueblo como para ser catalogado como fundamental», como consagró el Juez Cardozo en el caso *Palko*<sup>76</sup>. La indagación es entonces sobre si un derecho involucrado «es de tal carácter que no pueda ser denegado sin violar aquellos ‘principios fundamentales de libertad y justicia que descansan en la base de nuestras instituciones civiles y políticas’ [...]»<sup>77</sup>.

La conexión entre esquema de libertad ordenada y debido proceso sustantivo —legitimidad intrínseca de la norma—, fue expuesta por la Corte una década antes de *Palko*, en *Herbert v. Louisiana*<sup>78</sup>:

«La cláusula del debido proceso legal en la Decimocuarta Enmienda [...] requiere que la acción estadual [...] sea consistente con los principios fundamentales de libertad y justicia que yacen en la base de todas nuestras instituciones civiles y políticas y que no pocas veces se designan como ‘ley de la tierra’ [*law of the land*]. Esos principios son aplicables de manera igual a todos los Estados, y no dependen ni varían con la legislación local»<sup>79</sup>.

Se puede, por lo tanto, reconocer derechos mediante la Cláusula del Debido Proceso, pero sujeto a un severo *judicial self-restraint*, como ha escrito expresamente la Corte Suprema:

<sup>75</sup> Cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), pp. 720-722; *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), p. 767; *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. 146 (2019); *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022), pp. 237-238.

<sup>76</sup> *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), p. 325. Este estándar, aplicado también en estos casos a derechos del debido proceso adjetivo, se encuentra asimismo en *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934), p. 105; y en *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936), p. 285, entre otros.

<sup>77</sup> *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932), p. 67.

<sup>78</sup> 272 U.S. 312 (1926).

<sup>79</sup> *Ibid.*, pp. 316-317.

«Como cuestión general, la Corte siempre ha sido renuente a expandir el concepto de debido proceso sustantivo porque las pautas para una toma de decisiones responsable en esta área inexplorada son escasas y abiertas. *Regents of Univ. of Michigan v. Ewing*, 474 U.S. 214, 225-226 (1985). La doctrina de la autolimitación judicial nos exige que ejerzamos el máximo cuidado cada vez que se nos solicite abrir nuevos caminos en este campo»<sup>80</sup>.

Estas son las razones para que históricamente la Corte haya desatendido la Novena Enmienda, prefiriendo realizar un anclaje en una norma más usual en su jurisprudencia, a la que considera más objetivable. Incluso cuando la Novena Enmienda ha sido central en el razonamiento de un Juez de la Corte Suprema, como ocurrió con el voto concurrente del Juez Goldberg en *Griswold* para reconocer un «nuevo» derecho a la privacidad personal, la comprensión, interpretación y aplicación de la misma se contuvo en un claro marco de la tradición sociológica del pueblo americano<sup>81</sup>. Allí Goldberg fue explícito en que, «al determinar cuáles derechos son fundamentales, los jueces no deben decidir los casos absolutamente a la luz de sus nociones personales y privadas» sino que, por el contrario, como ya se expuso, recordó que los jueces «deben mirar a las ‘tradiciones y conciencia de nuestro pueblo’ para determinar si un principio es ‘de tal modo arraigado [...] como para ser considerado como fundamental’»<sup>82</sup>.

En virtud de lo anterior, puede entenderse el reclamo realizado por diversos autores, abogando por un uso más claro e incluso autónomo de la Novena Enmienda<sup>83</sup>. La razón es que la misma fue justamente diseñada para sostener la existencia y jerarquía de derechos que no están incluidos entre los enumerados, e incluso que no están incluidos entre los derechos derivados o periféricos de los derechos expresados en el texto.

### 5.3. *Roe v. Wade* y *Dobbs v. Jackson*: debido proceso y arraigo en la historia y tradición

Para magnificar el recurso a la historia y la tradición y el «test» de enraizamiento o no de un derecho en las mismas, debe subrayarse que fue una de las razones fuertes que elaboró el Juez Blackmun al redactar el voto mayoritario en el famoso caso *Roe*

<sup>80</sup> *Collins v. Harker Heights*, 503 U.S. 115 (1992), p. 125, Juez Stevens, escribiendo para una Corte unánime.

<sup>81</sup> Cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), pp. 486-499, Juez Goldberg, en concurrencia. Contó con la adhesión del Presidente Warren y del Juez Brennan: tres Jueces de nueve.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 493.

<sup>83</sup> Cfr., con diversos matices, LAMPARELLO, Adam, «Fundamental Unenumerated Rights Under the Ninth Amendment and the Privileges or Immunities Clause», *Akron Law Review* 49 (2015), pp. 179-206, en pp. 200-203; FARBER, *Retained by the People...*, *op. cit.*, pp. 101-108, 197-200, y *passim*; TRIBE, Laurence H., *The Invisible Constitution*. Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, pp. 145-148; BARNETT, Randy E., *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, 2<sup>nd</sup> ed., Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2014, pp. 226-254; entre otros muchos.

v. *Wade*<sup>84</sup> para apoyar un derecho al aborto, a la vez que la consideración de que *Roe* no cumplió con este requisito fue lo que motivó su rechazo contundente en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>85</sup>.

En efecto, Blackmun fundó buena parte de su argumento en exponer su visión sobre el aborto en la Grecia antigua y en la teología cristiana<sup>86</sup>, en el *common law* inglés y en su legislación<sup>87</sup> y en la historia estadounidense, tanto jurídica como médica<sup>88</sup>. Es interesante también subrayar que Blackmun basó su idea de derecho constitucional al aborto en la Decimocuarta Enmienda y rechazó expresamente hacerlo en la Novena Enmienda<sup>89</sup>.

En *Roe v. Wade* conviene notar también que el Juez Rehnquist, adelantando casi 50 años el fallo *Dobbs*, expuso la multitud de leyes estadounidenses sobre aborto vigentes durante el siglo XIX, así como el estado de la cuestión al momento de la adopción del *Bill of Rights* y de la Decimocuarta Enmienda. Entendió que las restricciones al aborto eran válidas para los redactores de la Decimocuarta Enmienda, agregada en 1868, y que por ello de ninguna manera pudieron incluir en ella derechos que entraban en conflicto con esa misma reforma constitucional<sup>90</sup>.

De manera análoga a *Roe v. Wade*, el recurso a la tradición y la historia fue, paradójicamente, una de las argumentaciones más claras y rotundas de la mayoría en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*: que el fallo *Roe* estuvo «groseramente equivocado» y «en colisión con la Constitución desde el día que fue decidido»<sup>91</sup>, por lo cual «no obliga a una adhesión interminable al abuso de la autoridad judicial por parte de *Roe*», ya que este fallo «estaba terriblemente equivocado desde el principio. Su razonamiento fue excepcionalmente débil»<sup>92</sup>. Para esta afirmación, el Juez Alito, escribiendo para la mayoría, afirmó en *Dobbs* que Blackmun en *Roe* omitió fuentes y datos y además juzgó de manera inversa otros que se le presentaban. Por esto concluyó que el derecho a obtener un aborto nunca había sido considerado un derecho constitucional antes de que ese Juez lo afirmara así en la decisión de 1973 y que no estaba enraizado en la historia y tradición de la Nación, ni era un componente esencial de la libertad ordenada<sup>93</sup>.

<sup>84</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>85</sup> 597 U.S. 215 (2022).

<sup>86</sup> Cfr. 410 U.S. 113 (1973), pp. 129-134.

<sup>87</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 134-138.

<sup>88</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 138-144.

<sup>89</sup> Cfr. *ibid.*, p. 153.

<sup>90</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 171-178.

<sup>91</sup> 597 U.S. 215 (2022), p. 268.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>93</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 237-255.

Es importante subrayar que en el caso *Dobbs*, por otro lado, no se rechaza la metodología de análisis del debido proceso sustantivo, es decir, la protección de la libertad ordenada contra legislaciones arbitrarias, basada en la Decimocuarta Enmienda<sup>94</sup>. No se anula, por ello, la posibilidad de reconocer derechos no enumerados en el texto constitucional, de la manera en que venía secularmente haciendo la Corte Suprema.

En conclusión: en casos con resultados tan opuestos como *Roe* y *Dobbs*, la metodología de análisis es la misma: evitar en lo posible la Novena Enmienda y centrarse en la Cláusula del Debido Proceso sustantivo, amparada en la Decimocuarta Enmienda, encontrando (o no) derechos no expresos en la Constitución, pero encuadrados como esenciales en un esquema de libertad ordenada o profundamente enraizados en la historia y tradición del pueblo estadounidense.

## 6. ELEMENTOS PARA EL (CORRECTO) RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS NO ENUMERADOS

Llegados a este punto, corresponde realizar algunas consideraciones que procuren sentar bases para reconocer de manera adecuada la existencia y operatividad de derechos no enumerados, sean derechos humanos en general, sean derechos fundamentales en un sistema constitucional. Se trata así de evitar tanto los riesgos que han llevado a disminuir o anular su reconocimiento o el recurso a los mismos, como se ha visto en las páginas anteriores, como su adopción irrestricta, abandonando las formas y el sistema de fuentes, para abrazar el Derecho de libre creación judicial. Asimismo, se procurará recoger algunos de los puntos de Teoría del Derecho relevados en el primer apartado, que se encuentran como telón de fondo enmarcando la problemática que plantea la cuestión de los derechos no enumerados.

### 6.1. Reafirmar la pertinencia y vigencia de la doctrina de los derechos no enumerados

En primer lugar, es necesario reconocer la existencia, validez y vigencia jurídica de derechos no enumerados en textos expresos. Así, hay ejemplos innegables, que a lo largo de la historia muestran que es preciso reconocer derechos fundados en la dignidad de la persona humana que antes no se veían con claridad. De esta manera, junto a casos injustos e irritantes, como *Plessy v. Ferguson*<sup>95</sup>, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos se inclinó por la constitucionalidad de la segregación racial en lugares públicos —doctrina de «separados pero iguales»—, surgieron casos refrescantes, que hacen brillar las reverberancias jurídicas de la dignidad humana, como *Brown v. Board*

<sup>94</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 231 y 260, entre otras.

<sup>95</sup> 163 U.S. 537 (1896).



*of Education of Topeka*<sup>96</sup>, que fulminó de inconstitucionalidad la segregación racial en las escuelas, o *Loving v. Virginia*<sup>97</sup>, que declaró la ilegitimidad de las leyes que prohibían y sancionaban los matrimonios interraciales.

Como se esbozó en el primer apartado de este trabajo, detrás de las cuestiones involucradas en los derechos no enumerados hay interesantísimos asuntos de la Teoría del Derecho, que separan un Derecho a favor de la persona, de un Derecho que apoya el mero poder, como ejercicio de la voluntad. Y detrás de todo esto se encuentra mucha Filosofía general, Filosofía del Derecho, Filosofía del Estado, Filosofía Social y Filosofía de la Persona, para saber qué es un derecho fundamental y por qué algo deviene, o se reconoce, o se consagra, o se crea, como un derecho fundamental, como un derecho humano, o por qué no.

## 6.2. Polos opuestos a evitar: parálisis histórica e inflación de nuevos derechos

Por otra parte, en la búsqueda de soluciones justas y razonables a casos novedosos, así como en el reconocimiento de derechos en concreto —situaciones de titularidad de pretensiones legítimamente exigibles, ejercidos en una medida razonable—, debe tenerse cuidado en no caer en dos extremos. Por un lado, una visión estática, que puede devenir anquilosada, que no reconozca más derechos constitucionales que los avizorados por los padres fundadores; por otro, un activismo judicial que confunde innovación con creación *ex nihilo*, siempre dispuestos a hacer decir a los textos lo que no expresan y a negar lo que realmente dicen y, por tanto, irrespetuoso de las fuentes del Derecho y de la separación de poderes.

El activismo en la jurisdicción constitucional, más que interpretar y aplicar la constitución, la sustituye por la creatividad ilimitada de los jueces, genera inestabilidad, descreimiento y una «inflación» de derechos, que termina por depreciarlos a todos ellos, pues se cumple la ley general según la cual «a mayor extensión, menor comprensión, y viceversa». Si todo es un derecho humano, entonces ser un derecho humano significa poco, implica poco, no otorga una situación jurídica calificada con supremacía y control de legitimidad de la norma que se le oponga, pues al crecer en elementos a los que se aplica, pierde sus notas o elementos definitorios y fundamentales. Así puede verse en el

<sup>96</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>97</sup> 388 U.S. 1 (1976).

Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general<sup>98</sup>, en el ámbito específicos de los derechos sociales, económicos y culturales<sup>99</sup>, o en otros.

Además, la proliferación de meras pretensiones revestidas de nuevos derechos humanos tiene otra faceta: los objetos a tutelar, que no merecen la consideración de derechos humanos o derechos fundamentales, puede que sean buenos o indiferentes, pero también, en otros supuestos, pueden ir incluso en contra de la dignidad de la persona o del bien social. De esta manera, en esta búsqueda de innovación y nuevos derechos, la creatividad judicial no solo podría ir *supra legem* y, lógicamente, *contra legem*; en ocasiones lo podría hacer también *contra constitutionem* y *contra conventionem* o *contra pactum*, pudiendo aun llegar a ser *contra hominem*.

Naturalmente, un sistema de derechos abiertos —necesario, como se dirá—, obviamente es más proclive a jueces activistas, problema que no se encuentra en esquemas de derechos en *numerus clausus*. Allí la recepción constitucional de los mismos es taxativa y no enunciativa o enumerativa, lo que parece casar bien con la idea de auto-restricción y pone coto a la creatividad libre y al salto sobre la separación de poderes. Cuando la ley fundamental prevé la apertura del sistema de derechos, puede convertirse en el paraíso de los jueces activistas, dedicados a crear derechos y fulminar la fuerza normativa de las leyes de los parlamentos.

Surge así la cuestión de cómo interpretar las cláusulas de apertura de los países que tienen en sus constituciones una norma de derechos implícitos, superando tanto el inmovilismo textualista, como el activismo del Derecho libre. Para esto hace falta fundar los derechos en la dignidad natural del ser humano —como se esboza en el siguiente punto—. Hace falta también una metodología de interpretación y decisión constitucional que busque determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales que protegen los bienes humanos básicos, es decir, aquellos que actualizan y hacen florecer las potencialidades de esa dignidad, es decir, una metodología armonizadora de derechos humanos entre sí y de derechos humanos con los bienes públicos que basan

<sup>98</sup> Una aguda crítica a la pérdida de foco sobre los derechos tutelados y los medios con que se cuenta para protegerlos, concentrada en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido expuesta por HANNUM, Hurts, «Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century», *Human Rights Law Review*, 16 (2016), pp. 409-451; ampliada tras un año sabático en Oxford en *id.*, *Rescuing Human Rights: A Radically Moderate Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, en esp. pp. 3-10 y 157-171. Este autor sostiene la subsidiariedad del Derecho Internacional y la necesidad de no sustituir la Política con el Derecho, para no vestir de exigencias jurídicas las posiciones particulares que deben discutirse en el plano del debate democrático.

<sup>99</sup> Esta cuestión está abordada en TOLLER, Fernando M., «Menos es más: cómo superar las paradojas de los derechos sociales», Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Masterclass por *streaming* en vivo el 29 de abril de 2021, en YouTube video, 1:28:56, en [https://www.youtube.com/watch?v=BR7VzOp70\\_4&t=1727s](https://www.youtube.com/watch?v=BR7VzOp70_4&t=1727s) (último acceso, 13/5/2024). Allí se expone cómo defender y fortalecer los derechos sociales, evitando su ampliación indefinida, que en rigor lleva a debilitarlos.

las normas regulatorias, procurando establecer el título legítimo ejercido con medida razonable, como centro del contenido esencial de los derechos<sup>100</sup>.

### 6.3. Los derechos, entre la naturaleza y el consenso

La cuestión de los derechos no enumerados convoca el tema perenne de las fuentes del Derecho y, más en concreto, la fuente de los derechos humanos, es decir, de dónde surgen los mismos, si manan de la naturaleza, si parten exclusivamente del consenso, si surgen de un tratado o si tienen su base en el texto constitucional, etc. A fin de cuentas, la cuestión es si los textos situados en lo más alto de la jerarquía normativa crean derechos subjetivos desde la nada o, por el contrario, consagran derechos humanos reconociendo títulos jurídicos de tipo fundamental, los cuales se encontraban presentes antes de su redacción. Es decir, se trata de resolver si los derechos son fundamentales porque están en los textos, o están en los textos porque son fundamentales.

Junto a lo anterior se encuentra, asimismo, el tema imperecedero del Derecho natural y del Derecho positivo como fuente de los derechos fundamentales de la persona. En Filosofía clásica se estudia el Derecho positivo como determinación de lo que es justo e injusto por Derecho natural; por lo tanto, se posee derechos naturales, genéricamente, y después el Derecho positivo los concreta y determina con normas. Así, por Derecho natural se es titular del derecho a la vida y a la protección social de la misma, así como a la educación, y por Derecho positivo se resuelve que si alguien es asesinado, el autor merece en principio de 8 a 25 años de prisión, según el art. 79 del Código Penal argentino, o más o menos, según normas que agravan o atenúan la sanción, o que si de manera arbitraria no se permite a una persona asistir a clase, se puede recurrir a los tribunales mediante una acción de amparo u otras acciones preferidas de tutela, etc. Esto es determinación, particularización y concreción de datos naturales —es decir,

<sup>100</sup> En trabajos previos he propuesto esa metodología para el análisis y determinación del contenido de los derechos. Cfr. TOLLER, Fernando M., «Interpretación de los derechos constitucionales – 1. Análisis general: Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales», en RIVERA (h.), Julio C., ELIAS, José Sebastián, GROSMAN, Lucas Sebastián y LEGARRE, Santiago (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2014, t. I, pp. 107-199; *id.*, «Juzgar en Derecho, juzgar en verdad: la jerarquía de la vida en el sistema de derechos y de bienes a propósito de un voto del Ministro Aguirre Anguiano», en MONTOYA RIVERO, Víctor Manuel y ORTIZ TRUJILLO, Diana (coords.), *En defensa de la vida: un voto de minoría sobresaliente: Homenaje al Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano*, México, D.F., Comisión Mexicana de Derechos Humanos, 2010, pp. 33-69; Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2001; TOLLER, Fernando M., «La doctrina de los conflictos de derechos frente al principio lógico de no contradicción», en ALEXY, Robert (Juan Pablo ALONSO y Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, coords.), *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Astrea, 2017, pp. 346-403; TOLLER, Fernando M., FERNÁNDEZ SANTANDER, Adriel y D'ELÍA, Daniel, «Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal», *Persona y Derecho*, 66-67 (2012), pp. 109-146.

propios de la dignidad de la persona—, que en sí mismos son muy amplios. Así se tiene, por ejemplo, que sin gozar de la vida cualquier otro ejercicio de un derecho deviene imposible, y que la persona tiene derecho a la cultura en general y, más en concreto, a educarse, para plenificar sus potencialidades.

El Derecho moderno, tanto internacional como doméstico, ha felizmente receptado que la fuente última de legitimidad y de la obligación de respeto no es el consenso ni la mera voluntad del poder, sino algo ínsito a la propia persona, natural a la misma, como bellamente se expresa tanto en el primer párrafo del Preámbulo a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como en el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, respectivamente:

«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».

«(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo».

De esta manera, el tema de los derechos no enumerados es un nuevo capítulo de la multiseccular saga iusnaturalismo/positivismo, que se remonta al menos al diálogo de Sócrates con Trasímaco en *La República* de Platón<sup>101</sup>. Por un lado, las cláusulas de apertura nacieron de manera congruente con el iusnaturalismo que nutría a los primeros constituyentes americanos. Esto último es manifiesto en los *Framers* americanos y lo es en los constituyentes argentinos que difundieron en América Latina una versión adaptada de la Novena Enmienda a la Constitución de Estados Unidos.

Por otro lado, la falta de normas que abran un ordenamiento jurídico a derechos no enumerados, casa bien con un ambiente de corte positivista, normativista y formalista. Así, junto al contexto positivista en el cual se concibieron en el siglo xx las constituciones de tipo pos-kelseniano, la carencia de normas de apertura ha generado la idea de que los derechos fundamentales son solamente los que están incorporados en las normas de carácter fundamental. Son derechos fundamentales los que están en la ley fundamental; los que no están en esa norma, no son fundamentales. Es una posición análoga a la que sostiene que los derechos humanos existen en virtud del mero consenso sobre ellos en los tratados internacionales, sin percibir que si se llegó a ese consenso fue precisamente porque son derechos humanos que imponen su evidencia, disponible a la razón del que contemple sin prejuicios la riqueza de la persona humana. Se los reconoce porque son; no son porque se los reconoció en una norma escrita.

<sup>101</sup> Cfr. *La República*, Libro I, 338c y 344c, entre otros párrafos.

No es sostenible que siempre posea legitimidad sustancial cualquier norma legislativa, fundada en el mero hecho de haber sido resuelta formalmente en un régimen representativo por una mayoría del parlamento. En efecto, como se ha dicho, el Derecho ordena la vida social y al hacerlo busca la justicia en las relaciones y el bien común; como implica el orden y realiza un orden hacia un fin, debe contar con la razón para ordenar las cosas y debe ser entonces un orden racional, por lo cual sólo es humano el ordenamiento que sea razonable, y no sería razonable en cuanto tuviera de ilegítimo y arbitrario<sup>102</sup>.

#### 6.4. Contenidos extra normativos y dignidad humana como fuente

De la mano de la anterior se encuentra otra cuestión, que posee sus propias complejidades. Se trata de determinar si existen contenidos extra normativos o extra positivos de los derechos humanos, o si todo el contenido de los derechos fundamentales surge del contenido de la norma constitucional o se contiene exclusivamente en ella; es decir, de lo que el art. 55.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español denomina «contenido constitucionalmente declarado».

Lo concreto es que las constituciones declaran poco contenido sobre los derechos, porque por definición su técnica es muy escueta, muy principista: sobre los derechos se contienen en general principios de aplicación amplia y no reglas específicas.

¿Hay contenidos extra normativos? Todo indica que sí, que existen contenidos extra y supra normativos, incluyendo como norma a las constituciones. Los derechos humanos no se pueden agotar en lo que se le ocurrió redactar a unos constituyentes o a quienes diseñaron un tratado internacional, sino que en esos textos se encuentran las grandes pinceladas. Después, esos textos genéricos hay que concretarlos a nivel doctrinal, a nivel jurisprudencial, a nivel legal, etc., y esto tanto en normas generales como al resolver casos concretos. La razón es que la naturaleza humana tiene reflejos, emanaciones y exigencias que superan ampliamente incluso a los textos de los tratados más extensos y refinados. La realidad siempre es más rica que las normas y reclama soluciones y resoluciones, que a su vez van marcando caminos: «*historia vero est... magistra vitae*», escribió Cicerón<sup>103</sup>. Por eso, tienen razón y gran sabiduría esas frases que se suelen atribuir a dos juristas alemanes del siglo XIX, Adolf Wach y Wilhelm Endemann: «la ley puede ser más razonable que el legislador», porque «la ley en sí

<sup>102</sup> Cfr. SAPAG, «El principio de proporcionalidad...», *op. cit.*, pp. 160-161; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma; Buenos Aires, 2004, p. 115.

<sup>103</sup> CICERÓN, *De Oratore*, Lib. II, cap. 9, 36:

«*Historia vero est testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis*». («La Historia es verdadera testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de la vida, mensajera de la Antigüedad»).

misma puede ser más inteligente que el que la hizo». Y lo que se afirma de la norma legal, más específica, es aplicable *a fortiori* a la norma constitucional e internacional, siempre más genérica.

Surge, en consecuencia, la respuesta con relación al punto de si la dignidad humana es posible fuente jurídica y origen de derechos, y si en ella se puede basar directamente una decisión jurídica, sin que haya una regla o un principio declarados positivamente. Se trata de la cuestión sobre si la naturaleza humana y la dignidad inherente a la misma —dignidad como bondad absoluta o especial nobleza, para Séneca<sup>104</sup>, o como característica de inequivalencia, para Kant<sup>105</sup>—, son normativas, son legisferantes —«jurisferantes» quizá sea más exacto—. Es decir, si se puede basar la distribución y la adjudicación de un título a un litigante, no en virtud de una regla o un principio receptados en normas, sino directamente en una instancia que no está normada. La respuesta que aquí se postula es afirmativa. Las razones ya fueron citadas: se fundan en la realidad de los derechos naturales de las personas, y las dieron Sarmiento y Vélez Sarsfield en 1860 cuando bregaron por la incorporación del art. 33 en la Constitución Argentina, sobre la aceptación de derechos no enumerados.

### 6.5. Derechos implícitos y derechos simplemente no enumerados

A la luz de lo expuesto, surge la conveniencia de que, los países que no tienen válvula o cláusula de apertura —lo cual ha generado implícitamente un sistema cerrado, que aparece como de *numerus clausus* de derechos—, se abran a distintas metodologías para detectar contenidos extra normativos. Algunas de las principales metodologías para hacerlo se bosquejaron en este trabajo. De esta manera, se puede dar valor supra legal a elementos que no están expresamente declarados en los textos fundamentales, al abrirse a otras instancias de validación jurídica, con conexión con los textos expresos.

Lo anterior puede hacerse con los modelos del Juez Douglas en *Griswold v. Connecticut*, o del efecto de irradiación de los derechos enumerados elaborado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, o de las extensiones semánticas y la explicitación de derechos implícitos en los enumerados, según la jurisprudencia y la doctrina italianas. Se trata, en definitiva, de ver la conexidad entre contenidos iusfundamentales no expresos, con derechos que están reconocidos, estableciendo las relaciones de fundamentación filosóficas y jurídicas entre esos derechos y contenidos, lo cual a su vez genera que los derechos reconocidos en los textos supra legales, con clara recepción o iluminación constitucional, reflejen su claridad en esos derechos y

<sup>104</sup> Cfr. (LUCIO ANNEO) SÉNECA, *Epistulae Morales Ad Lucilium*, Lib. VIII, Ep. LXXI, 33, «Sobre el bien supremo».

<sup>105</sup> Cfr. KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785; puede verse en *Kant's gesammelte Schriften*, BerlinM, Druck und Verlag von Georg Reimer, 1903, Bd. IV, p. 434.

contenidos hasta entonces sólo implícitos, situándolos en una luminosa penumbra, que permita reconocerlos, reclamarlos y aplicarlos.

Incluso más, con la debida prudencia y auto-restricción: puede darse en ocasiones valor supra legal a elementos jurídicos sin conexión con textos positivos superiores del ordenamiento, apelando a principios constitucionales y de tratados internacionales, e incluso a la razonabilidad del Derecho y al Derecho natural. Por otro lado, esto está constitucionalmente habilitado en los países con válvula de apertura a derechos no enumerados, así como en el art. 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esto permite trazar una clasificación dual entre derechos implícitos, por un lado, como derechos derivados de derechos expresamente receptados o contenidos en ellos —tales como el derecho a elegir qué idiomas aprender, contenido en la libertad de expresión, o el derecho a obtener asesoramiento de un abogado, implícito en el debido proceso—, y, por el otro, los derechos simplemente no enumerados, es decir, derechos que existen independientemente de la Constitución —como el derecho a la intimidad ante la prensa en Argentina, que no está en su *corpus* histórico de la Constitución, previo a la jerarquización de tratados internacionales de derechos humanos—<sup>106</sup>. Estos segundos, los derechos no enumerados «puros», a menudo tienen el sentido de derechos que estaban «profundamente enraizados en la historia y la tradición» social y jurídica del país, como la Corte Suprema de Estados Unidos ha venido a exigir para reconocer derechos en virtud de la Cláusula del Debido Proceso. Tanto los derechos implícitos en cláusulas expresas, para darles plena vivificación, como los derechos no enumerados aludidos, «estaban», es decir, se vivían y se consideraban como derechos y libertades importantes, aunque sólo salieron completamente a la luz cuando un caso litigioso los puso de manifiesto. Dentro de los derechos no enumerados puros, por último, se puede hacer una subclasificación, pues se encuentran también los «nuevos derechos» —cuando son verdaderos derechos—, que tratan de pretensiones legítimas nuevas, no conocidas antes de hechos que le dieron surgimiento y que no se relacionan directamente con cláusulas ya previstas, como es el caso del derecho al *habeas data*, o autodeterminación informativa.

## 7. COLOFÓN

En conclusión, entendidos como se ha expuesto en el sexto apartado, los derechos no enumerados —tanto implícitos en derechos enumerados, como meramente no enumerados— son una fuente fecunda de soluciones necesarias a problemas reales. Estos derechos no enumerados encuentran su fundamento y cobertura en la dignidad de la

<sup>106</sup> Esta distinción entre derechos implícitos y derechos no enumerados puede verse en LAMPARELLO, «Fundamental Unenumerated Rights...», *op. cit.*, pp. 180, 191-192 y 202.

persona humana. En efecto, en ocasiones esa dignidad reclama el reconocimiento de ciertos derechos como títulos exigibles ante injusticias específicas, cuando el reconocimiento y la garantía de defensa de los mismos no estaba prevista expresamente por normas constitucionales escritas.

Como camino gnoseológico y metodológico para identificar, reconocer y establecer derechos no enumerados con fundamento final en la obligación de respeto a la dignidad de la persona, es menester reparar que estos derechos catalizan ante la injusticia hacia el ser humano, y logran así «develarse» a la mirada y comprensión de los juristas, a la par que se tornan idóneos para su adopción social e institucional.

Esta base en las exigencias de respeto a la dignidad intrínseca de toda persona, que funda sus derechos inalienables —como enseñan los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, y no en deseos divergentes según cada sujeto de Derecho, es la clave última para evitar extralimitaciones de los operadores jurídicos, con frecuencia afectos al ilusionismo de realizar creaciones *ex nihilo* que son presentados como derechos pre-existentes. Así, el análisis de la realidad del ser humano y de la sociedad puede mostrar los caminos para trazar una línea divisoria clara entre lo que son meras aspiraciones sin categoría de derechos, e incluso elementos discordantes en el terreno de la legitimidad iusfundamental, y aquellos verdaderos derechos que, si bien pueden ser «nuevos» en su conocimiento y aceptación general, se encontraban ya exigidos por la fuerza jurisferante de la naturaleza de las cosas y de la persona.



---

**PARTE III**  
**EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA**



**SINGULARIDAD TECNOLÓGICA E IDENTIDAD PERSONAL.  
REFLEXIONES PARA UN DEBATE ÉTICO-JURÍDICO**

Fernando H. Llano Alonso<sup>1</sup>

**1. LOS NEURO-IMPLANTES Y EL USO TERAPÉUTICO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL**

La transformación digital está cambiando a un ritmo tan vertiginoso que, cuando apenas hemos empezado a familiarizarnos con el Internet de las cosas, ya se está anunciando un salto evolutivo de la tecnología en su afán por explorar y ampliar las fronteras sensoriales de la red. En efecto, con el Internet de los sentidos se pretende fusionar el mundo real y digital hasta el punto de hacerlos indistinguibles. El objetivo de un hombre conectado a la red permite imaginar un futuro en el que el *homo excelsior* (un cibernético resultado de la simbiosis entre la máquina y el humano) pueda desarrollarse neurológicamente y experimentar a través de las tecnologías digitales los cinco sentidos. A propósito de la conexión neuronal entre el ser humano y las Nuevas Tecnologías Digitales mediante el uso de implantes subdérmicos, neurotransmisores, interfaces y microchips cerebrales son referenciales, por ejemplo, los proyectos de ingeniería neuronal de Elon Musk (a través de la empresa Neuralink) o Mark Zuckerberg (mediante el Metaverso VR de realidad virtual)<sup>2</sup>.

A la hora de determinar cuál es la capacidad y dónde se sitúan los límites de la inteligencia humana desde un punto de vista científico, ante todo hay que considerar que gran parte de nuestra actividad cerebral se dedica a recibir y procesar la información sensorial que tanto influye en nuestros actos y toma de decisiones. En este sentido,

<sup>1</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Sevilla.

<sup>2</sup> Martha J. Farah ha sido una de las primeras investigadoras en analizar las implicaciones éticas de la tecnología neuroquirúrgica, con especial énfasis en el empleo de la neurofarmacología mediante neurotransmisores para el tratamiento de enfermedades como el Alzheimer, el Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad, y también fue de una de las primeras autoras en plantear los efectos ético-jurídicos que produciría la posibilidad de acordar judicialmente un tratamiento modificador de conductas en personas con comportamientos asociales, cfr., FARAH, Martha J., «Emerging Ethical Issues in Neuroscience», *Nature Neuroscience* 5 (2002), pp. 1123-1129.

Kevin WARWICK, uno de los mayores expertos mundiales en IA y cibernética (considerado por muchos como el primer cibernético de la historia desde que en 2002 conectó los nervios de su brazo a una mano biónica), advierte la limitada capacidad del pensamiento humano para percibir potencialmente señales que no son perceptibles para los seres humanos pero sí para los robots inteligentes desarrollados con IA. Teniendo en cuenta la limitada capacidad de la mente humana, la mayoría de las aplicaciones actuales de los sensores no humanos consisten precisamente en convertir dichas señales extrasensoriales para los humanos en energía que éstos puedan percibir, como, por ejemplo, una imagen virtual de rayos X. Según la previsión de WARWICK, el empleo de la amplia gama potencial de entradas sensoriales por parte de los sistemas de IA irá aumentando claramente su gama de capacidades conforme vaya transcurriendo el tiempo<sup>3</sup>.

Una prueba de que la línea de separación entre el hombre y la máquina se estrecha cada vez más la encontramos en el sistema de implante cerebral *Braingate*. Hasta ahora, las interfaces cerebro-ordenador se han utilizado con fines terapéuticos, para superar un problema médico/neurológico. Sin embargo, también existe la posibilidad de emplear esta tecnología para dotar a los individuos de habilidades que, en general, no poseen los seres humanos<sup>4</sup>.

Al margen de las múltiples ventajas terapéuticas que ofrecen los neuroimplantes, y de los potenciales efectos benéficos de la aportación tecnológico-sensorial para la mejora de la memoria o el avance en la investigación sobre la comunicación mental, un individuo con implantes neuronales y conectado con la IA también podría disfrutar de la rápida y alta precisión en términos de «cálculo de números», podría acceder a una base de conocimientos de alta velocidad, casi infinita, en Internet, desarrollar una memoria precisa a largo plazo y aumentar su capacidad de detección.

Sin embargo, pese a estos buenos augurios respecto a los efectos beneficiosos que la aplicación de la ingeniería informática y de la cibernética supone para el sector sanitario, hay que considerar también cuál es la realidad y conocer los límites de la naturaleza humana en relación con estas buenas perspectivas sobre la introducción de las NN.TT. en la medicina, en general, y la neurología en particular. A este respecto,

<sup>3</sup> WARWICK, Kevin, *Artificial Intelligence: the Basics*, Londres-Nueva York, Routledge, 2012, pp. 146 y 173-174.

<sup>4</sup> Según la explicación de Kevin Warwick del funcionamiento del implante cerebral *Braingate*, la actividad eléctrica de unas pocas neuronas monitorizadas por los electrodos de la matriz es decodificada en una señal para dirigir el movimiento del cursor. Esto permitió a un paciente que se sometió voluntariamente a esta prueba de monitorización neurológica posicionar un cursor en la pantalla de un ordenador, utilizando señales neuronales para su control, combinadas con información visual. La misma técnica se empleó posteriormente para poder realizar diversas operaciones con un brazo robótico a un paciente que sufría parálisis en uno de sus brazos: WARWICK, Kevin, «The Disappearing Human-Machine Divide», en Jan Romportl, Eva Zackova y Jozef Kelemen (Eds.), *Beyond Artificial Intelligence. The Disappearing Human-Machine Divide*, Cham-Heidelberg-Nueva York-Dordrecht-Londres, Springer, 2015, pp. 1-10.

observa WARWICK, desde un punto de vista técnico, los seres humanos sólo pueden visualizar y comprender el mundo que les rodea en términos de una percepción tridimensional limitada, mientras que los ordenadores son muy capaces de manejar cientos de dimensiones<sup>5</sup>.

Por otro lado, es conveniente también conocer qué implicaciones ético-jurídicas puede tener el avance de la IA y la robótica en el ámbito de las libertades, los derechos y las obligaciones de los seres humanos (hasta el punto de que se ha abierto un debate doctrinal reciente en torno al reconocimiento de una nueva clase de derechos humanos: los «neuroderechos»)<sup>6</sup>. Hay dos proyectos de investigación dirigidos a crear una infraestructura de vanguardia en el campo de la neurociencia<sup>7</sup>, la computación y la medicina relacionada con el cerebro: el primero es el *BRAIN Project* (acrónimo de Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies), dirigido por el científico español Rafael Yuste y que fue financiado por la administración norteamericana en 2013; el segundo es el proyecto europeo *Human Brain Project*. Los dos proyectos coinciden en su propósito de «mapear o cartografiar» la actividad neuronal por medio de técnicas de neuroimagen para descifrar la interconexión neuronal del cerebro humano en un futuro próximo<sup>8</sup>.

En un artículo publicado recientemente en la revista *Horizons*, bajo el título: «Its time for neurorights», sus autores —entre los que se encuentra precisamente Rafael Yuste— parten del convencimiento de que los avances tecnológicos que marcarán el tránsito del individuo hacia el universo de la singularidad no solo están redefiniendo ya la vida humana, sino que incluso están transformando el rol de los seres humanos en su vida social. En el ámbito de la ingeniería biomédica, la neurotecnología (conjunto de herramientas o métodos para potenciar y estimular la actividad cerebral) es el campo donde más profundamente se está constatando la alteración del significado de lo que

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>6</sup> La primera alusión a los neuroderechos la hicieron J. SHERROD TAYLOR, J. ANDERSON HARP y TYTON ELLIOT en un artículo sobre la creciente colaboración entre neuropsicólogos y neuroabogados titulado así precisamente: «Neuropsychologists and neurolawyers», *Neuropsychology* 5-4 (1991), pp. 293-305. Sin embargo, han sido Marcello IENCA y Roberto ANDORNO quienes, en puridad, se han referido expresamente al término «neuroderechos» en un artículo titulado: «A New Category of Human Rights: Neurorights» (2017). Disponible en <http://blogs.biomedcentral.com/bmcblog/2017/04/26/new-category-human-rights-neurorights/>. Última consulta: 7 de octubre de 2023.

<sup>7</sup> La neurociencia adquirió carta de naturaleza en el Congreso de San Francisco titulado: «Neuroethics: Mapping the Field», celebrado entre los días 13 y 14 de mayo; cfr., MARCUS, Steven J., *Neuroethics. Mapping the Field*, The Dana Press, Nueva York, 2002.

<sup>8</sup> MORENTE PARRA, Vanesa, «La inteligencia híbrida: ¿hacia el reconocimiento y garantía de los neuroderechos?», en Fernando H. Llano Alonso y Joaquín Garrido Martín (eds.), *Inteligencia Artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 265.

hasta ahora hemos considerado esencialmente humano; no en balde, el cerebro es el órgano encargado de generar toda nuestra actividad mental y cognitiva<sup>9</sup>.

Sin duda, el potencial transformativo de la neurotecnología supone una mejora de las condiciones de vida a corto-medio plazo, y permite concebir la idea de un salto en la evolución de la especie humana más a largo plazo; por otra parte, el carácter transformativo de la naturaleza humana por parte de la neurotecnología ha generado un debate en torno a la necesidad de crear un marco jurídico específico que sirva para reconocer y amparar un nuevo catálogo de derechos humanos que llevan la etiqueta de «neuroderechos»<sup>10</sup>.

Es fácil imaginar las múltiples ventajas que ofrecen las neurotecnologías aplicadas a las ciencias de la salud. Pensemos, por ejemplo, en el interfaz cerebro-ordenador (cuyas siglas en inglés son BCI: *brain-computer interface*) un sistema de comunicación que monitorizan la actividad cerebral y permiten accionar el dispositivo de control de mecanismos que permiten interactuar a personas con discapacidades o enfermedades degenerativas que reducen o impiden su motricidad<sup>11</sup>. Ahora bien, si bien es cierto que hay un anverso en el desarrollo de la tecnología, por ejemplo, en su capacidad para tratar patologías neurológicas, no puede soslayarse que la neurotecnología presenta también un reverso ya que puede ser útil para otros fines completamente espurios y lesivos de los derechos humanos, como sucede con en el control mental del enemigo en el ámbito militar, con la tortura a los prisioneros de guerra para la extracción de información, o con cualquiera de los otros supuestos en los que, según los teóricos del Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), estuviera justificada la legalización

<sup>9</sup> YUSTE, Rafael; GENSER, Jared; HERRMANN, Stephanie, 2021. «It's Time for Neurorights. Horizons». *Journal on International Relations and Sustainable Development*. «The (Not So) Roaring Twenties»? 18 (2021), pp. 154-165.

<sup>10</sup> En el apartado XXVI de la Carta de Derechos Digitales (que no tienen carácter normativo, pero que sí posee un objetivo prospectivo respecto a la aplicación e interpretación de los derechos en el entorno digital del futuro inmediato) se enuncian los fines a los que se orientan los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías (fines que algunos consideran directamente como los cinco neuroderechos fundamentales): a) garantía del control de cada persona sobre su propia identidad; b) garantía de la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones; c) asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición de los mismos; d) regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica; e) asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados. La información oficial sobre este documento puede consultarse en [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf)

<sup>11</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de Las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2014, pp. 35-36.

del uso de la neurotecnología para injerir en la voluntad de quienes no merecieran ser tratados como personas, sino como enemigos de la sociedad<sup>12</sup>.

Pero sin llegar siquiera a plantearnos escenarios tan extremos en la utilización de la neurociencia como los que se acaba de mencionar, el acceso a la información almacenada en el cerebro humano podría plantear dilemas ético-jurídicos también en el ámbito de las relaciones laborales. En este sentido, cabría preguntarse qué sucedería si un algoritmo de contratación discriminara a un posible empleado de una empresa porque interpretara mal sus datos cerebrales pues, a fin de cuentas, los algoritmos son capaces de desarrollar prejuicios que imitan a los que tenemos los seres humanos, como la raza o el género<sup>13</sup>.

En cualquiera de los casos anteriormente referidos se demuestra que la neurotecnología puede ser objeto de abuso intencionado o accidental por parte de quienes recurren a ella, ya sea con una finalidad terapéutica o malintencionada. En la era de la revolución tecnológica, marcada por la omnipotencia y la omnipresencia de la IA, no pueden darse por ciertos ni el derecho a la identidad personal (entendida como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad), ni el libre albedrío, ni la privacidad mental, ni el acceso equitativo al neuropotenciamiento, ni la protección contra sesgos y discriminaciones ocasionadas por el uso erróneo o interesado de la neurociencia. Por eso, al hilo de la necesidad de proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos ante el posible uso invasivo y perverso de las neurotecnologías, se ha abierto un debate en torno a la conveniencia de crear un marco jurídico para la salvaguarda de los neuroderechos. En este sentido, esta iniciativa neurocientífica iniciada por Rafael Yuste y la *Neurorights Foundation* ha tenido especial eco en Chile, hasta el punto de que ha dado lugar a la tramitación de una enmienda constitucional (Ley 21.383, D.O. 25-10-2021) para reformar el artículo 19,1 de la Constitución Política de Chile e implementar leyes para definir y delimitar las condiciones bajo las cuales podría realizarse el tratamiento de los datos cerebrales, y para redactar un proyecto de ley de neuroprotección de la identidad mental, a modo de reconocimiento como nuevo derecho humano del cerebro y su funcionalidad como núcleo del libre albedrío, pensamientos y emociones que caracterizan y diferencian a la especie humana<sup>14</sup>.

En todo caso, como se ha puesto de manifiesto en este nuevo proceso constituyente de Chile, las discusiones mantenidas a propósito de la aprobación de este proyecto de

<sup>12</sup> JAKOBS, Gunther; POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Barcelona, Bosch, 2009.

<sup>13</sup> YUSTE, Rafael; GENSER, Jared; HERRMANN, Stephanie, «It's Time for Neurorights», *op. cit.*, p. 159.

<sup>14</sup> LÓPEZ HERNÁNDEZ, Hernán, «Neuroderecho, neuroabogado, neurojusticia: una realidad innegable», en Silvia Barona Vilar (ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada interdisciplinaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 95.

ley sobre los neuroderechos han servido para que se visibilice el argumentario de quienes, por una parte, consideran prioritario el reconocimiento de una nueva generación de derechos, es decir, una cuarta generación de derechos humanos, encuadrados en la categoría de los derechos digitales, y quienes, por otra parte, entienden que legislar en torno a un contexto tecnológico-científico resulta aún tan prematuro, especulativo e hipotético que sería contraproducente en términos jurídico-políticos, en la medida en que, con el reconocimiento de un catálogo tan reducido y específico de neuroderechos, se estaría contribuyendo a la inflación y la relativización de los derechos humanos que ya están consolidados, y que solo necesitarían una reformulación que los actualizase y adaptase al *momentum* de transformación digital que está experimentando la sociedad tecnológica y, particularmente, el mundo del Derecho.

Frente a las posiciones antagónicas mantenidas por los apocalípticos y los integrados de cara a las Nuevas Tecnologías Digitales, hay quienes apelan a la «responsabilidad tecnológica», entendida como una actitud reflexiva y crítica de los nuevos problemas que suscitan la ciencia y la tecnología, y ante los que ni la democracia, ni la ciencia, ni el Derecho, ni las Humanidades pueden permanecer impasibles, sobre todo por su repercusión en el alcance y ejercicio de los derechos humanos<sup>15</sup>.

## 2. LA NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS DIGITALES Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS NEURODERECHOS

Desde su origen y desarrollo a partir de la década de los noventa del pasado siglo, Internet se ha convertido en la primera red de comunicación del mundo y, aunque son múltiples las ventajas y utilidades que nos ofrece en lo relativo al acceso a una ingente cantidad de datos e información, tampoco conviene soslayar la transformación que está experimentando el modelo de espacio digital y que, por motivos de ciberseguridad y de intereses del mercado global, no solo está modificando el carácter abierto, libre y neutral con el que fue creada Internet, sino que también está afectando a la privacidad y a la identidad de sus millones de usuarios (los social *Big Data* establecen patrones de conducta y realizan un perfil de sus millones de usuarios mediante la recopilación masiva no solo de sus datos personales, sino también de sus creencias y emociones). A este respecto, comenta Moisés ANDRÉS BARRIO que gran parte de nuestra vida cotidiana ha migrado hasta tal punto a Internet que se ha convertido en un medio representativo de nuestra cultura, mientras que nosotros, los usuarios, «hemos transformado nuestras identidades»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Editorial Universitaria, 2012, pp. 42-43.

<sup>16</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Génesis y desarrollo de los derechos digitales», *Revista de las Cortes Generales*, 110 (2021), pp. 197-233.



Habitualmente hacemos mención al Internet de todas las cosas para referirnos al acceso a una cantidad de datos e información tan inconmensurables que suponen la puesta a disposición de los usuarios de unas fuentes ilimitadas de conocimiento sin precedentes en la historia. Sin embargo, la transformación digital también debiera servir para garantizar la mejora de la calidad de la democracia y el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. En otras palabras, no basta con concebir Internet como un universo artificial por el que circulan millones de datos, sino también como un espacio en el que se nos garantiza la protección y el libre ejercicio de nuestros derechos en el ámbito digital.

A raíz de la repercusión de la revolución en el mundo del Derecho ha emergido una nueva generación de derechos cuyo objetivo principal consiste en la corrección de los problemas y perjuicios causados a la ciudadanía debidos a la falta de una regulación apropiada capaz de establecer un marco jurídico específico para el uso, el despliegue y el desarrollo las tecnologías digitales e Internet, la IA, la robótica y las tecnologías conexas; se trata de los derechos digitales, unos derechos asentados conceptualmente sobre

«un soporte virtual, no analógico, donde el cuerpo se volatiliza para dar paso a una estructura distinta de derechos que han de buscar la seguridad de la persona sobre el tratamiento de los datos y la arquitectura matemática de los algoritmos»<sup>17</sup>.

El artículo 18.4 de la Constitución española, inspirándose en el art. 35 de la Constitución portuguesa de 1976, supuso una novedad al establecer el límite legal al uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de los ciudadanos; a partir de este precepto constitucional se desarrollaría un cuerpo normativo y una importante línea jurisprudencial a propósito de la protección de datos. Sin embargo, la protección de datos no es suficiente ni agota todas las opciones para satisfacer el necesario establecimiento de un marco de garantía y protección efectivo de los derechos y las libertades de los ciudadanos en la era digital. A este propósito responde, precisamente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y más recientemente, la Carta de Derechos Digitales (CDD) que, pese a carecer de fuerza normativa, tiene el valor de servir de referencia para una futura ley reguladora de los derechos digitales. Entre los derechos reconocidos por la CDD se encuentran los derechos ante la IA y la neurociencia (lo cual podría suponer una vía abierta para el futuro reconocimiento de los neuroderechos).

A propósito del reconocimiento de los neuroderechos, sobre todo a partir de la convergencia del desarrollo de las neurotecnologías y de su vinculación directa de los cerebros humanos con la IA, Rafael YUSTE y Sara GOERING han expresado su preocupación por que el desarrollo de los dispositivos comercializados por las empresas

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 209.

neurotecnológicas en los mercados de consumo general se produzca de acuerdo con unos principios éticos, y según unos mínimos estándares de calidad y buena praxis que al implantarse no resulten invasivos y presenten el menor riesgo posible para las personas. En este sentido, en relación con la conexión entre el cerebro humano y las máquinas dotadas de IA, bien a través de neuroimplantes o de interfaces, estos autores (junto a otros miembros del Grupo Morningside)<sup>18</sup> plantean cuatro esferas de preocupación (*four concerns*) en las que se pone de manifiesto la necesidad de que el desarrollo y la aplicación de las nuevas neurotecnologías, como la estimulación cerebral profunda y la interfaz cerebro-computadora, se lleve a cabo conforme a los principios éticos de la neurotecnología y de la IA, de modo que se pueda garantizar el respeto y la preservación de la privacidad, la identidad, la agencia y la igualdad de las personas<sup>19</sup>.

La primera preocupación de estos autores se debe a los efectos que la interacción entre la neurociencia y la IA pueden causar en la salvaguarda de la privacidad y el respeto al consentimiento de los pacientes que no deseen compartir sus datos neuronales. En este sentido, proponen que se regule la venta, la transferencia comercial y el uso de datos neuronales (una regulación parecida a la *US National Organ Transplant Act* de 1984). Otra medida de protección de la privacidad del usuario de las neurotecnologías podría ser la aplicación de técnicas basadas *blockchain* y *smart contracts* que propician, sin la intermediación de una autoridad centralizada, una información transparente sobre cómo se están administrando los datos de la actividad neuronal de los individuos.

El segundo motivo de inquietud de Rafael YUSTE y Sara GOERING plantea la hipótesis de que las neurotecnologías y la IA lleguen a alterar el sentido de la identidad y agencia racional de las personas, pudiendo incluso subvertir la propia naturaleza del yo y la responsabilidad moral y jurídica del individuo. En efecto, de confirmarse la pérdida de nuestro sentido de la agencia y de la identidad (por ejemplo, a través de dispositivos de control neuronal que monitoricen a distancia el pensamiento o mediante la interconexión de varios cerebros que trabajen a la vez en colaboración), los individuos podrían terminar comportándose de una forma ajena a su verdadera personalidad, hasta el punto de que ni ellos mismos podrían reconocerse en sus actos. Como posible solución a esta segunda preocupación, YUSTE y GOERING proponen la inclusión de cláusulas protectoras de los neuroderechos en los tratados internacionales y la creación de una Convención internacional para definir las acciones prohibidas relacionadas con la neurotecnología y la IA, similar a las prohibiciones enumeradas en la Convención Internacional para

<sup>18</sup> El Grupo Morningside está formado por neurocientíficos, neurotecnólogos, médicos, especialistas en ética e ingenieros de inteligencia artificial.

<sup>19</sup> YUSTE, Rafael; GOERING, Sara *et al.*, «Four ethical priorities for neurotechnologies and AI», *Nature* 551 (2017), pp. 159-163.

la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010).

La tercera razón de desasosiego de los autores vinculados al Grupo Morningside tiene que ver con el aumento de capacidad cognitiva y el neuropotenciamiento que actualmente es una de las puntas de lanza del transhumanismo tecnológico. En este sentido, Laurent ALEXANDRE, prestigioso médico y neurobiólogo transhumanista francés, ha advertido que la única salida que le queda a la humanidad ante el inevitable advenimiento de la singularidad tecnológica es «coevolucionar» con las máquinas y potenciar tecnológicamente el cerebro humano para adaptarlo a la IA fuerte que, según su pronóstico, determinará el futuro posthumano<sup>20</sup>. Ante este panorama, YUSTE y GOERING consideran probable que el nivel de presión para adoptar neurotecnologías potenciadoras llegue a tal grado que termine cambiando los usos y las reglas sociales desde un punto de vista ético-político, e incluso que genere problemas de acceso equitativo y nuevas formas de discriminación (fractura tecnológica). Por eso, ambos autores proponen establecer límites ético-jurídicos al desarrollo de las neurotecnologías y definir los contextos en los que se pueden aplicar (como sucede, por ejemplo, con la edición genética realizada en seres humanos), pero sin llegar a imponer prohibiciones absolutas a ciertas tecnologías (como las que estimulan y potencian al cerebro humano) que solo servirían para empujarlas a la zona oscura de la clandestinidad.

El cuarto motivo de preocupación compartido por Rafael YUSTE y Sara GOERING es el de los sesgos o prejuicios (*bias*) que tan influyentes resultan, por ejemplo, en los procesos selectivos o resolutivos en los que se recopilan infinidad de datos personales de trabajadores mediante técnicas de *data mining* y de discriminación algorítmica que se ponen al servicio de los responsables de optimizar los recursos humanos de una empresa (*workforce analytics*). A este respecto, conviene tener en cuenta que, como advierte Serena Vantin, el uso de instrumentos algorítmicos en el ámbito laboral y empresarial no se limita solo a las técnicas de *workforce analytics*, sino que también se extiende a la digitalización de los procesos productivos, a los servicios de *gig economy* (una fórmula de contratación online y absolutamente flexible para el empleador y el empleado que se presenta como alternativa al modelo de contrato fijo tradicional), a las nuevas técnicas de vigilancia de los empleados por parte de los empresarios en horario de trabajo, etc<sup>21</sup>.

Como vemos, el enorme potencial que ofrece el uso de los algoritmos para facilitar el acceso de la ciudadanía a la Administración pública más transparente y eficaz, para garantizar nuestra seguridad y el ejercicio de nuestros derechos, o para impulsar la

<sup>20</sup> ALEXANDRE, Laurent, *La guerra delle intelligenze. Intelligenza artificiale contro intelligenza umana*, trad. it., N. Nappi, Turín, EDT, 2018, pp. 291 ss.

<sup>21</sup> VANTIN, Serena, *Il diritto antidiscriminatorio nell'era digitale. Potenzialità e rischi per le persone, la pubblica Amministrazione, le imprese*, Milán, Wolster Kluwer, 2021.

modernización de las empresas, tiene también un reverso oscuro en los riesgos de discriminación digital tanto en la red, como en los sistemas de IA, robótica y tecnologías anexas<sup>22</sup>. Por otra parte, los sesgos discriminatorios, los prejuicios contrarios a la dignidad y al derecho a la igualdad y los errores algorítmicos no perjudican uniformemente a toda la población, sino que suelen afectar especialmente a los grupos más vulnerables y a los individuos más desfavorecidos dentro de la sociedad<sup>23</sup>.

A propósito de los sesgos discriminatorios, YUSTE y GOERING recomiendan la participación de los usuarios probables —y especialmente de los que se encuentren marginados— en el diseño de algoritmos y dispositivos desde su primera fase de desarrollo tecnológico precisamente para evitar situaciones de sesgos discriminatorios en los sistemas de toma de decisión algorítmica (*algorithmic decision making*). En los últimos años, algunos estudiosos de los procesos de toma de decisión algorítmica están investigando sobre el modo de revertir el uso de algoritmos selectivos en un sentido equitativo y de acuerdo con la garantía de transparencia contemplada en la estrategia digital europea<sup>24</sup>: me refiero a los *Critical Data Studies*<sup>25</sup>.

Una buena síntesis del actual debate doctrinal en torno a la necesidad de construir una teoría de neuroderechos como derechos humanos nos la proporciona Rafael DE ASÍS en su libro *Derechos y tecnologías*<sup>26</sup>. Según se pone de relieve en este estudio monográfico, hay una incipiente línea doctrinal iberoamericana en la que se propugna el reconocimiento de una nueva generación de derechos humanos, a partir de la proclamación

<sup>22</sup> PIETROPAOLI, Stefano, «Cyberspazio. Ultima frontiera dell'inimicizia? Guerre, nemici e pirati nel tempo della rivoluzione digitale», *Rivista di Filosofia del diritto* 2 (2019), pp. 379-400.

<sup>23</sup> Ibid, p. 96.

<sup>24</sup> Dentro del marco de las instituciones europeas existen algunos estudios sobre el procedimiento de toma de decisiones algorítmicas; véanse, por ejemplo, a este respecto: «Understanding Algorithmic Decision-making. Opportunities and Challenges», 2019, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS\\_STU\(2019\)624261\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf); «A Governance Framework for Algorithmic Accountability and Transparency», 2019, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624262/EPRS\\_STU\(2019\)624262\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624262/EPRS_STU(2019)624262_EN.pdf); sobre la estrategia digital «Shaping Europe's Digital Future», 2020, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020\\_en\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf)

<sup>25</sup> LETTIERI, Nicola, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Módena, Mucchi, 2020, pp. 54-55.

<sup>26</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael, *Derechos y tecnologías*, Madrid, Dykinson-Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 2022.

de los *cinco neuroderechos*<sup>27</sup> propuestos por Rafael YUSTE, Jared GENSER y Stephanie HERRMANN<sup>28</sup>.

En este sentido, una postura representativa de esta doctrina favorable al reconocimiento de la vertiente ético-jurídica de los neuroderechos y a su incorporación intrasistemática en el ordenamiento jurídico, mediante su positivación y reconocimiento como pertenecientes a una cuarta generación de derechos humanos, es la mantenida por Enrique CÁCERES NIETO, Javier DÍAZ GARCÍA y Emilio GARCÍA GARCÍA<sup>29</sup>. Esta línea doctrinal favorable al reconocimiento de los neuroderechos también cuenta con un marco institucional de *softlaw* regional: la Declaración del Comité Interamericano sobre «Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas»<sup>30</sup> y sigue la misma estela trazada anteriormente por una doctrina favorable a la aprobación de una Declaración Universal de los Neuroderechos Humanos<sup>31</sup>.

Otros autores son más remisos a la propuesta de ampliar el catálogo de derechos humanos, alegando que con la profusión de los mismos se generan problemas de indeterminación e incoherencia en su fundamentación, además de un posible debilitamiento de su eficacia al solaparse con derechos humanos de generaciones anteriores. En este sentido, resulta elocuente la posición de Francisco LAPORTA contraria a rebajar el rigor en el proceso de reconocimiento de nuevos derechos humanos (como los relacionados, precisamente, con las Nuevas Tecnologías). A este respecto señala este autor:

«Me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral

<sup>27</sup> Los cinco neuroderechos propuestos por Yuste, Genser y Hermann son: 1.- el derecho a la identidad, o la capacidad de controlar nuestra integridad física y mental; 2.- el derecho a la libertad de pensamiento y al libre albedrío para decidir cómo actuar; 3.- el derecho a la privacidad mental, o la protección de nuestro pensamiento contra la divulgación; 4.- el derecho a un acceso justo para el aumento del potencial de la mente, es decir, la capacidad de garantizar que los beneficios de las mejoras de la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología se distribuyan de forma justa en la población; y 5.- el derecho a protección contra los sesgos algorítmicos, o la garantía de que las tecnologías no introduzcan prejuicios.

<sup>28</sup> YUSTE, Rafael; GENSER, Jared; HERRMANN, Stephanie, «It's Time for Neurorights», *op. cit.*, pp. 160-161.

<sup>29</sup> CÁCERES NIETO, Enrique; DÍAZ GARCÍA, Javier; GARCÍA GARCÍA, Emilio, «Neuroética y neuroderechos», *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* 15 (2021), pp. 37-86.

<sup>30</sup> Esta Declaración se aprobó tras la reunión mantenida por el Comité Jurídico Interamericano entre los días 2-11 de agosto de 2021, dentro del 99º periodo ordinario de sesiones, y se publicó el 4 de agosto de ese mismo año. El texto está disponible en la siguiente dirección: <https://kamanau.org/wp-content/uploads/2021/08/Neuro-derechos-doc-641-rev-1-esp-DN-ROA.pdf> Última consulta: 7 de octubre de 2023.

<sup>31</sup> SOMMAGGIO, Paolo; MAZZOCCA, Marco; GEROLA, Alessio y FERRO, Fulvio, «Cognitive liberty. A first step towards a human neuro-rights declaration», *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* 3 (2017), pp. 27-45.

o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente»<sup>32</sup>.

A propósito de la superposición de los neuroderechos en relación a los derechos y las libertades consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), hay autores que sostienen que su reconocimiento no se justifica si los bienes jurídicos que pretenden garantizar los neuroderechos (la intimidad, la privacidad, la libertad, la dignidad humana y el acceso equitativo a los recursos científicos) ya han sido reconocidos y garantizados antes tanto en la DUDH, como en los pactos y convenios internacionales posteriores<sup>33</sup>.

En una posición intermedia dentro de este debate sobre la oportunidad del reconocimiento de los neuroderechos se mantiene Rafael DE ASÍS, a quien le produce perplejidad el hecho de que en el proceso de incorporación de las NN.TT. en el ámbito educativo se esté dejando de lado e incluso rechazando la educación en derechos humanos (la necesaria formación tecnológica de nuestros estudiantes no solo no es incompatible, sino complementaria con la formación en Humanidades y la transmisión de la cultura de los derechos humanos)<sup>34</sup>. En cualquier caso, concluye este autor, la aplicación a las cuestiones sociales de las NN.TT., en general, y de las neurotecnologías, en particular, «es una realidad que conviene afrontar»<sup>35</sup>.

Por consiguiente, más que de una repetición de derechos con distinta etiqueta, se trataría de hacer un ejercicio de concreción dentro de la fase de especialización de los derechos humanos que, si son contemplados desde una perspectiva histórica, es decir,

<sup>32</sup> LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa* 4 (1987), pp. 23-46.

<sup>33</sup> MORENTE PARRA, Vanesa, «La inteligencia híbrida...», *op. cit.*, p. 273; en sentido análogo, cfr., BORBÓN RODRÍGUEZ, Diego A; BORBÓN RODRÍGUEZ, Luisa F.; LAVERDE PINZÓN, Jeniffer, «Análisis crítico de los NeuroDerechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora», *Ius et Scientia* 6-2 (2020), pp. 135-161.

<sup>34</sup> A propósito de la importancia de la educación en los derechos humanos, Manuel Atienza señala que aunque el conocimiento y la educación no bastan para terminar por sí solos con el mal en el mundo, sin embargo, resultan imprescindibles: «la lectura de los textos que recogen las declaraciones de derechos humanos, la reflexión en torno a los diversos problemas que plantean y, en general, la incorporación de esa materia (teórica y práctica) a los currículos de las escuelas y de las universidades y su presencia en los foros de discusión pública no van a lograr probablemente un significativo efecto de persuasión en los grandes poderes (en parte públicos pero, sobre todo, privados) de este mundo, que son los principales responsables de que esos derechos no estén garantizados para una inmensa mayoría de los habitantes del planeta. Pero todo ello sí que puede contribuir a que mucha gente adquiera conciencia de cuáles son los derechos que legítimamente puede reivindicar (y de los deberes que debe asumir) y de cuáles son las causas que impiden que los mismos puedan realizarse. Y si esa conciencia moral esclarecida se generalizase suficientemente, sería muy probable que se convirtiera también en una fuerza socialmente irresistible» (Atienza 2020: 152).

<sup>35</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael. 2022. *Derechos y tecnologías*, *op. cit.*, 148-152; véase también, del mismo autor: «Sobre la propuesta de los neuroderechos», *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos* 47 (2022), pp. 51-70.

en su dimensión diacrónica o evolutiva a lo largo del tiempo, de acuerdo con la tesis de la mutación histórica de los derechos humanos (*Wandel der Grundrechte*), no deberían convertirse en conceptos fosilizados dentro de un catálogo de derechos y libertades intemporales incorporados a una lista con *numerus clausus*. Como ya advirtiera en la década de los años 80 del pasado siglo Antonio E. PÉREZ LUÑO, al hilo de la concepción generacional de los derechos humanos, los derechos y libertades de nueva generación se presentan como una respuesta al proceso de erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las NN.TT. (problema al que la doctrina anglosajona se refiere con el término *liberties' pollution*). Las consideraciones que hacía PÉREZ LUÑO, a propósito de la «sociedad de la información» y del interés prioritario que tenía la regulación jurídica del uso de la informática, bien podrían ampliarse hoy a la sociedad tecnológica y a la necesidad de establecer un marco jurídico en torno al uso de las nuevas tecnologías NBIC y el desarrollo de la IA y la robótica avanzada<sup>36</sup>.

En el siguiente epígrafe me ocuparé especialmente de la identidad personal (conjunto de rasgos específicos que hacen única a una persona) ante los retos que le depara el metauniverso digital. El concepto de identidad adquiere pleno sentido cuando se complementa con nuevos derechos y libertades, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la integridad mental y la libertad cognitiva (la libertad de controlar la propia conciencia); por cierto, una libertad, esta última, estrechamente vinculada con la clásica la libertad de pensamiento<sup>37</sup>, aunque adaptada a las circunstancias del siglo XXI, y que ha sido definida por Richard G. BOIRE como «la quintaesencia de la libertad» (*the quintessence of freedom*)<sup>38</sup>.

### 3. CUANDO LA PERSONA SE CONVIERTE EN UN AVATAR: EL *NOVO HOMO LUDENS* EN EL METAUNIVERSO DE INTERNET

Se ha hecho anteriormente referencia a las esperanzas abiertas por las nuevas neurotecnologías, como la estimulación cerebral profunda (DBS) y el interfaz cerebro-computadora (BCI), en la prevención, el tratamiento y la curación de enfermedades como el parkinson, la epilepsia, el ELA o el trastorno obsesivo compulsivo (TOC), pero tampoco deben soslayarse los efectos contraproducentes que esos dispositivos pueden tener en la identidad, la autenticidad y la autonomía de la persona. Para bien o para

<sup>36</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, «Concepto y concepción de los derechos humanos: (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)», *Doxa* 4 (1987), pp. 47-66.

<sup>37</sup> SENTENTIA, Wrye, «Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition», *Annals of the New York Academy of Science*, 1013 (2004), pp. 221-228.

<sup>38</sup> BOIRE, Richard G., «On cognitive liberty III», *Journal of Cognitive Liberties*, 2-1 (2001), pp. 7-22.

mal, lo cierto es que estos dispositivos son capaces de interferir en la autoconciencia y alterar la agencia de los individuos en los que se implantan<sup>39</sup>.

Al invocar el señorío de nuestra mente como un derecho innato y no adquirido, también estamos apelando a la inalienabilidad de nuestra identidad personal, a la inviolabilidad de nuestra integridad física y mental, a la preservación de nuestra autenticidad, a la capacidad de decidir libremente nuestra actuación (facultad que también se conoce como «control agencial») y a la autonomía de nuestra voluntad<sup>40</sup>.

El problema aparece cuando el individuo pierde inconscientemente el control de su autonomía debido a factores o agentes externos que interfieren en sus facultades mentales, nublan su juicio y dirigen su conducta<sup>41</sup>. Esta manipulación inadvertida del individuo agente rompería la continuidad psicológica mediante la introducción de un hiato entre las preferencias actuales del agente y las que tenía arraigadas en su personalidad cuando era un sujeto psicológicamente autónomo hasta que se produjo dicha injerencia desde el exterior<sup>42</sup>.

La línea de separación entre el hábito y la dependencia del *phono sapiens* (el *novus homo ludens*) respecto a los dispositivos electrónicos y digitales que éste utiliza en su vida cotidiana es tan tenue a veces que no resulta fácil diferenciarla, y la aparente libertad de elección de usar la yema de los dedos sobre la superficie de la pantalla de su ordenador portátil, teléfono móvil o tablet no es más que «una selección consumista»<sup>43</sup>.

En esos intervalos diarios de ausencia del hombre de su realidad, en ese sustraerse de sus circunstancias y de las cosas del mundo real, y en su poder de retirada virtual y provisoriamente del mundo y meterse dentro de sí, se produce un fenómeno característico del ser humano del que carecen otros animales: el «ensimismamiento»<sup>44</sup>. Para ORTEGA Y GASSET este acto de ensimismamiento, esta retirada estratégica a sí mismo, es

<sup>39</sup> GOERING, Sara; BROWN, Timothy; KLEIN, Eran, «Neurotechnology Ethics and Rational Agency», *Philos Compass*. 2021 March 10. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8443241/>

<sup>40</sup> BUBLITZ, Jan Christoph, «My Mind is Mine!?» en Elisabeth Hildt y Andreas G. Franke (eds.), *Cognitive Liberty as a Legal Concept. Cognitive Enhancement*, Berlín, Springer, 2013, pp. 233-264.

<sup>41</sup> BUBLITZ, Jan Christoph; MERKEL, Reinhard, «Autonomy and Authenticity of Enhanced Personality Traits», *Bioethics* 25-6 (2009), pp. 360-374.

<sup>42</sup> MELE, Alfred R. 1995. *Autonomous Agents. From Self-Control to Autonomy*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1995, p. 187; HAGI, Ishtiyaque, *Moral Appraisability. Puzzles, Proposals and Perplexities*, Oxford/Nueva York, 1998, pp. 108 ss; KAPITAN, Tomis, *Autonomy and Manipulated Freedom, Philosophical Perspectives. Action and Freedom*, 14 (2000), pp. 81-103.

<sup>43</sup> HAN, Byung-Chul, *No-cosas. Quiebras del mundo de hoy*, trad. esp. J. Chamorro Mielke, Barcelona, Taurus, 2021, p. 24.

<sup>44</sup> ORTEGA Y GASSET, José, 2006. *Ensimismamiento y alteración* (1939), en *Obras completas. Tomo V (1932/1940)*. Madrid: Fundación José Ortega y Gasset/Taurus, pp. 529-550.



un privilegio con el que el hombre consigue liberarse transitoriamente de las cosas precisamente a través del dominio de la técnica, cuya misión inicial consiste, precisamente, en «dar franquía al hombre para poder vacar a ser sí mismo», es decir, crear un espacio *extranatural* de ocio (*otium*) que se abre al hombre para que éste pueda ocuparse de algo más que de cubrir sus necesidades más elementales, como imaginar, inventar y crear, tanto en el campo de las ciencias como en el de las artes<sup>45</sup>.

Al igual que SARTORI denunciaba en *Homo videns*, la influencia que los medios de comunicación, y de modo especial la televisión, ejercía sobre las masas, un cuarto de siglo después nos encontramos con una situación parecida de enajenación por parte del *novo homo ludens*, con la única salvedad de que ahora son las neotecnologías NBIC bajo el dominio de las *Big Tech*, que se hallan en el contorno de ese individuo, quienes dirigen y controlan sus hábitos vitales e incluso su voluntad como si fuese una marioneta movida por los metadatos y los algoritmos que configuran el inescrutable universo de Internet. Esta situación aproxima al hombre a la alteración característica de la vida animal y le aleja de la autoconsciencia y del ensimismamiento humanos. ORTEGA lo explica primorosamente en *Ensimismamiento y alteración*:

Decir, pues, que el animal no vive desde *sí mismo* sino desde *lo otro*, traído y llevado y tiranizado por *lo otro*, equivale a decir que el animal vive siempre alterado, enajenado, que su vida es constitutiva *alteración* <sup>46</sup>.

A propósito de la alienación y la alteración del hombre contemporáneo, advierte SARTORI que la nuestra es una época extraordinaria en la que quienes aún conserven la capacidad crítica de los seres pensantes tienen el deber de denunciar la irresponsabilidad e inconsciencia de las cada vez mayores

«legiones de vendedores de humo que olvidan que vivimos y viviremos no es “naturaleza” (una cosa dada que está ahí para siempre), sino que es de cabo a rabo un producto artificial construido por el *homo sapiens*. ¿Se podrá mantener sin su apoyo? No, seguramente no. Y si hacemos caso a los falsos profetas que nos están bombardeando con sus multi-mensajes, llegaremos rápidamente a un mundo virtual que se pone patas arriba en una “catástrofe real”»<sup>47</sup>.

La expansión del espacio digital más allá de los límites imaginables por Giovanni SARTORI hace más de veinte años no solo ha difuminado la tenue línea de separación entre la naturaleza y la realidad virtual que ya entonces discernía con dificultades el filósofo y politólogo florentino, sino que en algunos ámbitos está absorbiendo incluso a la identidad humana; me refiero al mundo virtual del metaverso, de la realidad en tres

<sup>45</sup> ORTEGA Y GASSET, José. 2006. *Meditación de la técnica* (1939), en *Obras completas. Tomo V (1932/1940)*. Madrid. Fundación José Ortega y Gasset/Taurus, pp. 551-605.

<sup>46</sup> *Ibid*, p. 535.

<sup>47</sup> SARTORI, Giovanni. *Homo videns. La sociedad teledirigida*, trad. esp., A. Díaz Soler. Barcelona, De Bolsillo, 2018, p. 197.

dimensiones (3D) aumentada capacidad 5G, la Inteligencia Artificial y el inminente desarrollo del Internet de los sentidos que pretende usar el cerebro como interfaz, modular con microimplantes el mundo sonoro que nos rodea, personalizar el sabor de los alimentos o incluso recrear (o crear *ex novo*) aromas y otros sentidos digitales como el tacto.

La realidad humana parece haberse visto superada por la ficción mecánica del mundo digital cuando ya cabe concebir la amistad y hasta el enamoramiento virtual con una máquina desarrollada mediante IA, o con un personaje de fantasía o avatar diseñado virtualmente; esta es, por cierto, una tendencia creciente en Japón, como demuestra el curioso o más bien bizarro caso del Sr. Akihito Kondo, casado con una célebre cantante manga llamada Hatsune Miku con millones de fans, algo que no tendría nada de peculiaridad salvo por el hecho de que se trata de un holograma que tiene «existencia» virtual como *Vocaloid* (o cantante virtual) en un dispositivo denominado Gatebox que no solo le da vida como si fuera un *tamagotchi* sentimental, sino que ha llegado a formalizar el matrimonio entre un hombre y un holograma en un documento sin validez jurídica. A propósito de esta confusión entre la realidad humana y la ficción digital, algún estudio reciente sobre los efectos ético-jurídicos de la disociación humana ha advertido que cuando la identidad humana trata de conectar con un fetiche cibernético entonces es señal de que inexorablemente existe una propensión a descender al terreno de lo virtual y a olvidar la consciencia de la identidad humana en el continente digital (algo parecido a entrar en un trance que nos sumergiera en un sueño digital inducido tecnológicamente)<sup>48</sup>.

Al margen del espejismo que produce en la psique humana la realidad virtual, y de la interacción entre la figura humana perfilada y reproducida en el continente digital recreado por el metaverso, los interfaces y los videojuegos 3D, lo cierto es que los humanos y las máquinas no son ontológicamente iguales, ni pertenecen a la misma categoría: los hologramas son imágenes tridimensionales configuradas con números y algoritmos, mientras que los seres humanos estamos hechos de carne y hueso, *ratio et emotio*<sup>49</sup>.

La cada vez más tenue línea de separación entre el mundo natural-real y el universo digital-artificial nos previene del riesgo de minusvalorar la necesidad de preservar la identidad humana. Por eso, retomando la diatriba sobre la oportunidad de reconocer o no los neuroderechos, parece razonable al menos plantearse si, tal vez, ante la pérdida de conciencia de la realidad por parte del *novo homo ludens*, no tendría sentido proteger

<sup>48</sup> CURCIO, Renato, *Identità cibernetiche. Dissociazioni indotte, contesti obbliganti e comandi furtivi*, Roma, Edizioni Sensibili alle foglie, 2020.

<sup>49</sup> ILLICH, Ivan D. «L'alfabetizzazione informatica e il sogno cibernético», en Ivan D. Illich (ed.), *Nello specchio del passato*, Milán, RED Edizioni, 1992; CURCIO, Renato, *Identità cibernetiche...*, op. cit. 56.

al menos el primero de esos neuroderechos, es decir, el derecho a la identidad, o la capacidad de controlar nuestra integridad física y mental.

De acuerdo con el criterio de la perspectiva generacional de los derechos humanos, cuyo catálogo no está formado por un elenco cerrado de derechos y libertades, sino por una lista abierta a los cambios y problemas más acuciantes que afectan al hombre contemporáneo en la era de las nuevas tecnologías<sup>50</sup>, cabría sumar una cuarta generación en la que estaría integrado precisamente el derecho a la identidad humana. De la misma forma que la primera generación correspondería a los derechos y libertades individuales; la segunda, a los derechos económicos, sociales y culturales; y la tercera a las garantías jurídicas-subjetivas fundamentales propias de la era tecnológica; y de igual modo que cada una de esas generaciones se correspondería con los valores-guía de la libertad, la igualdad y la solidaridad, respectivamente<sup>51</sup>, podríamos concluir que la cuarta generación se referiría a aquellos derechos y libertades protectores de la condición humana frente a los embates del transhumanismo tecnológico, y cuyo principio guía sería precisamente la dignidad humana.

La cuarta generación de derechos humanos se justifica en un escenario virtual, determinado por la IA, e integrado por recreaciones virtuales que provocan en el internauta la alucinación de interactuar con no-cosas que ni *son* ni *están* en la realidad física, pero que influyen cada vez más en su rutina diaria e incluso en su conducta. La actuación del individuo en el entorno digital, por más que sea artificial, tiene consecuencias jurídicas que le vinculan; por ejemplo, la tecnología *blockchain* ha posibilitado la realización de contratos inteligentes (*smart contracts*) escritos en lenguaje virtual, cuya ejecución es autónoma y automática, a partir de unos parámetros programados, y que ofrecen unas condiciones de seguridad, transparencia y confianza a las partes contratantes superiores a las de los contratos tradicionales en los que el riesgo de que haya malentendidos, falsificaciones o alteraciones es mayor. Esta misma vinculatoriedad de los contratos y negocios jurídicos suscritos en el espacio digital se constata en el creciente campo de las criptomonedas (no exentas del riesgo de la especulación y de la consiguiente devaluación) y de los NFT (activos digitales no fungibles), creados con *tokens* criptográficos al igual que las criptomonedas para determinar su autoría y singularidad, y que han revolucionado el mercado del arte digital hasta el punto de que en el último año se han multiplicado exponencialmente sus ventas e incluso su valor (en 2021, Jack Dorsey, cofundador de Twitter, vendió el primer tuit de la historia de su

<sup>50</sup> VAŠÁK, Karel, *Pour les droits de l'homme de la troisième génération*, Estrasburgo, Institut International des Droits de l'Homme, 1979; véase también, del mismo autor: «Les différents catégories des droits de l'homme», en André Lapeyre, Françoise De Tinguy y Karel Vašák (eds.), *Les dimensions universelles des Droits de l'Homme*, Bruselas, Unesco-Bruylant, 1990, p. 297.

<sup>51</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. 2006. *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, p. 232; véase también, del mismo autor: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984 (2018), pp. 692-702.

compañía por 2.95 millones de dólares, y el artista digital Beeple vendió un NFT en Christie's por 69 millones de dólares).

El metaverso no es un concepto reciente. Como se recordará, a principios del presente siglo se lanzó *Second Life*, una plataforma multimedia en línea en la que los usuarios creaban un avatar y construían una segunda vida digital. Con el transcurso del tiempo, este metaverso original diseñado por la compañía tecnológica Linden Lab se convirtió en un arquetipo de metaverso que serviría como referencia a otros metaversos desarrollados posteriormente en la web 2.0 y en la web 3.0. En resumidas cuentas, el metaverso no consiste en una experiencia unitaria en un espacio digital compacto, sino en la migración de la experiencia humana desde el mundo físico hasta numerosos mundos virtuales en los que, como sostienen los autores de un estudio reciente sobre el futuro marco jurídico del metaverso, la tecnología tiene la oportunidad de llevar contenido a esos mundos de maneras nunca antes imaginadas y, con ello, problemas y desafíos legales nunca antes contemplados<sup>52</sup>.

La progresiva implantación del metaverso (en el ámbito de la diversión, del comercio, de la salud y de la educación) ha generado una serie de supuestos y novedades desconocidos hasta ahora en nuestra experiencia jurídica. Es cierto que, en algunos casos, se podrían ajustar algunas leyes existentes para la regulación de cuestiones novedosas planteadas por la irrupción de las NN.TT.; sin embargo, si se considera la incommensurabilidad del espacio abierto en el que se expande el metaverso, cabe deducir que la adaptación legal y jurisprudencial a esa nueva realidad virtual que es jurídicamente vinculante no será fácil, en la medida en que las leyes existentes resultan ya insuficientes para regular los problemas causados en el espacio digital por un metaverso que ha roto las costuras de los sistemas jurídicos existentes.

En efecto, como señalan los autores del artículo sobre la regulación del metaverso anteriormente citado, el alcance de todas las leyes y regulaciones que podrían estar implicadas en un metaverso es prácticamente ilimitado y puede generar innumerables problemas legales. Así, por ejemplo, en materia de propiedad intelectual, la creación de nuevos tipos de NFT ha causado no pocas controversias y consultas legales respecto al alcance del derecho a utilizar el contenido en poder del propietario del NFT (en la praxis judicial más reciente la mayoría de las reclamaciones relativas al contenido del metaverso afectan a los derechos de autor, marcas comerciales y derechos de publicidad). Por otra parte, el uso y la explotación de los derechos de propiedad intelectual previamente licenciados o adquiridos en el metaverso plantean cuestiones novedosas para los licenciatarios y adquirentes en torno a la amplitud y el alcance de los derechos

<sup>52</sup> ARA, Tom K.; RADCLIFFE, Marcos F.; FLUHR, Miguel; IMP, Katherine, «Exploring the Metaverse. What Laws will apply?», *DLA Piper-Chambers TMT*. February 22th 2022. Disponible en: <https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2022/02/exploring-the-metaverse/>

que han obtenido en virtud de acuerdos que pueden haber precedido durante mucho tiempo a Internet y, en menor medida, al metaverso.

La problemática de los proyectos metaversos se extiende también a otras áreas legales, como, por ejemplo, las de la intimidad y la ciberseguridad.

En relación con la garantía de la privacidad en el proceso de recopilación, uso y transmisión de datos personales, los metaversos tienen capacidad para recopilar una información muy diversa que puede ir desde la información básica de identificación hasta recabar datos sobre el movimiento y las actividades del usuario en el metaverso. A este respecto, por un lado, se va evidenciando cada vez más la necesidad de aprobar una legislación dedicada precisamente a la protección de la intimidad en el ámbito del metaverso e incluso, junto a la oportunidad de contar con una jurisdicción especializada en Derecho digital e IA jurídica; por otro lado, también los creadores y desarrolladores de los proyectos metaverso deberían considerar la implementación de medidas que aseguren el cumplimiento de los requisitos legales de privacidad y la observancia de unos mínimos estándares ético-jurídicos en los contenidos de los metaversos<sup>53</sup>.

Respecto a la cuestión de la ciberseguridad, los proyectos metaversos plantean también problemas y cuestiones novedosas a las compañías tecnológicas que los crean y desarrollan, sobre todo de cara a asegurar la protección de sus sistemas de información y procesamiento de datos personales de sus usuarios ante un eventual ciberataque<sup>54</sup>.

En definitiva, aunque el metaverso se encuentre todavía en una fase inicial de implantación tecnológica, a medida que vaya evolucionando y expandiéndose su uso, tanto a nivel profesional como doméstico, es presumible que también se incrementarán el número de incidencias y reclamaciones entre los usuarios; precisamente por eso se hará cada vez más evidente la necesidad de establecer un marco regulatorio del metaverso para tratar de anticipar —en la medida de lo posible— respuestas legales a los nuevos problemas legales que presente el metaverso<sup>55</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

El impacto que sobre los derechos y libertades produce la revolución tecnológica 4.0 desborda el ámbito de las tres generaciones anteriores de derechos y libertades, porque ahora el hombre contemporáneo no está solo ante la técnica, sino que coexiste en el espacio digital con otras entidades y otro tipo de inteligencias que no son estrictamente

<sup>53</sup> MOORE, Schuyler, «Law in the Metaverse», *Forbes*. December 22th 2021. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/schuylermoore/2021/12/22/law-in-the-metaverse/?sh=2a431fab45d1>.

<sup>54</sup> BRIGHI, Raffaella, «Cybersecurity. Dimensione pubblica e privata della sicurezza dei dati» (pp. 135-147), en Thomas Casadei y Stefano Pietropaoli (eds.), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milán, Wolster Kluwer, 2021.

<sup>55</sup> ARA, Tom K.; RADCLIFFE, Marcos F.; FLUHR, Miguel; IMP, Katherine, *Exploring the Metaverse...*, *op. cit.*

humanas, sino transhumanas y/o artificiales. El escenario posthumano que se abre ante nosotros es, por ende, más complejo e incierto que aquél que respondía al paradigma humanista y al canon antropocéntrico en el que fue posible alumbrar una fase de esplendor para el proyecto humanista de la modernidad y que Norberto BOBBIO definió como «el tiempo de los derechos» (*l'età dei diritti*). Este nuevo escenario posthumano nos sitúa frente grandes cuestiones y retos como la identidad humana y el metaverso, el status jurídico de los robots, la regulación del espacio digital, la fundamentación de una ética de la IA, la metamorfosis del Derecho y la Justicia, en suma, nos coloca ante un mundo en el que, como advierte Luciano FLORIDI, la humanidad intentará transformar un entorno artificial hostil en una *infosfera* adaptada tecnológicamente en la que ésta perderá progresivamente su protagonismo. En efecto, señala este autor, en este nuevo habitat digital compartiremos espacio virtual «no solo con otras fuerzas y fuentes de acción natural, animal y social, sino también y sobre todo con agentes artificiales»<sup>56</sup>.

La revolución digital, parafraseando a Antonio Gramsci, representa una forma de *hegemonía cultural* que no solo ha conseguido imponerse a las sociedades modernas como un universo cultural de referencia, sino también como una idea dominante que todos hemos interiorizado y hecho nuestra de algún modo. La revolución 4.0, que según FLORIDI se remonta a Alan Turing, nos coloca en un contexto de metamorfosis del mundo en donde se halla en juego la conservación de la esencia humana ante el horizonte de la singularidad tecnológica, en el cual «la inteligencia ya no es solo una prerrogativa humana sino también artificial y digital»<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> FLORIDI, Luciano, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, M. Durante (ed.), Milano, Raffaello Cortina Editore, 2022, p. 58.

<sup>57</sup> BALBI, Gabriele. *L'ultima ideologia. Breve storia della rivoluzione digitale*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2022, p. 42.

---

---

## CAPÍTULO 12

# LOS «NEURODERECHOS» COMO RESPUESTA A LOS DESAFÍOS DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS. LA INICIATIVA DE LA UNESCO<sup>1</sup>

Roberto Andorno<sup>2</sup>

### 1. EL DESAFÍO DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS

Desde hace un par de décadas estamos asistiendo a un auténtico *boom* de las neurociencias y neurotecnologías. Algunos autores sostienen que este siglo XXI será el «siglo del cerebro»<sup>3</sup>. Esta área despierta interés e incluso fascinación no solo desde un punto de vista puramente científico y médico, sino también a nivel filosófico, ético y jurídico, así como en relación al desarrollo de nuevos instrumentos de comunicación, de autoevaluación de nuestras capacidades cognitivas e incluso de potenciamiento (*enhancement*) de tales capacidades. Precisamente para responder a los interrogantes inéditos que plantea el acceso a los datos mentales de las personas, han surgido nuevas disciplinas específicas, tales como la «neuroética»<sup>4</sup> y el «neuroderecho»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del Proyecto *Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política* (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033.

<sup>2</sup> Profesor asociado, Facultad de Derecho. Universidad de Zúrich, Suiza.

<sup>3</sup> YUSTE, Rafael y CHURCH, George, «The new century of the brain», *Scientific American*, 310 (2014), pp. 38-45.

<sup>4</sup> El término «neuroética» (*neuroethics*) fue utilizado por primera vez en 2002 como título de un congreso pionero en la materia, organizado por la Fundación Dana en San Francisco, California. En dicho congreso se definió a la neuroética como «el estudio de las cuestiones éticas, jurídicas y sociales que surgen cuando los hallazgos científicos sobre el cerebro son llevados a la práctica médica, a las interpretaciones legales y a las políticas sanitarias y sociales». En MARCUS, Steven J. (coord.), *Neuroethics. Mapping the Field*, New York, The Dana Foundation, 2002, p. iii. Desde entonces, la disciplina se ha consolidado y ha conocido una expansión extraordinaria en todo el mundo.

<sup>5</sup> El término «neuroderecho» (*neurolaw*) fue utilizado inicialmente a principios de los años 1990 con un sentido restringido para referirse a la colaboración entre la neuropsicología y la justicia penal. Con posterioridad, la noción se fue ampliando y actualmente se la utiliza para referirse a todo el campo de interacciones entre la neurociencia y el derecho.

A nivel científico, la neurociencia nos proporciona nuevos conocimientos acerca del funcionamiento de nuestro cerebro y de los complejos mecanismos neurológicos que subyacen a nuestros pensamientos, nuestras decisiones y nuestro comportamiento. Este nuevo saber contribuye al desarrollo de nuevos métodos diagnósticos y terapéuticos de enfermedades neurológicas. Entre las diversas neurotecnologías disponibles que son especialmente relevantes desde el punto de vista ético y jurídico, se pueden citar, además del clásico electroencefalograma (EEG), dos tecnologías: a) la interfaz cerebro-computadora (*brain-computer interface, BCI*) y b) los escáneres cerebrales (*brain scans*), en particular, la imagen por resonancia magnética funcional (IRMf, en inglés, *functional magnetic resonance imaging, fMRI*).

- a. La interfaz cerebro-computadora consiste en un sistema de conexión directa entre el cerebro y un dispositivo electrónico (ya sea una computadora u otro dispositivo electrónico). Esta conexión permite mejorar funciones de comunicación o de movilidad defectuosas. Por ejemplo, ciertos pacientes que han perdido completamente toda capacidad de movilidad y/o de comunicación con el mundo exterior pueden, con el solo pensamiento, mover un brazo mecánico o incluso caminar usando prótesis adheridas a sus piernas y así ganar cierto grado de autonomía; también pueden comunicarse escribiendo frases en una pantalla de computadora en base a sus solos pensamientos.
- b. La imagen por resonancia magnética funcional permite obtener imágenes del cerebro *en acción*, es decir, de las regiones cerebrales que se activan y del modo en que lo hacen cuando la persona ejecuta una determinada tarea, ya sea física o mental. Se basa en observar la variación del flujo sanguíneo en el cerebro y del nivel de oxigenación de la sangre, dado que ese nivel es mayor en determinadas áreas en función de la actividad que se realiza. En consecuencia, la IRMf puede utilizarse para revelar las estructuras y procesos cerebrales asociados a la percepción, al pensamiento y a la acción. El uso de la IRMf plantea importantes dilemas éticos y jurídicos ya que permite —en forma indirecta y aún rudimentaria— una «lectura de la mente» (*mind reading*), al identificar las correlaciones neurológicas de la actividad mental. Así, por ejemplo, ya es posible determinar, con un cierto grado de fiabilidad, si un individuo piensa «sí» o «no», si reconoce un cierto lugar o el rostro de una persona, etc., sin que tenga que decir palabra.

Además de las aplicaciones de las neurotecnologías en el ámbito médico, existen muchas otras con fines de autoevaluación y potenciamiento de nuestras capacidades cognitivas, de telefonía móvil, de uso de redes sociales, de entretenimiento, etc. A título de ejemplo, se puede mencionar que está en curso el desarrollo de dispositivos que permiten a los usuarios de Facebook comunicarse directamente con el pensamiento sin necesidad de utilizar el teclado de un ordenador. De modo semejante, Samsung está desarrollando teléfonos móviles que se pueden utilizar solo con el pensamiento,



colocándose un casco que funciona en base a EEG. También existen estimuladores cerebrales portátiles de bajo coste para mejorar el rendimiento cognitivo (por ejemplo, la concentración, la memoria, etc.).

En líneas generales se puede decir que las neurotecnologías interactúan en dos formas diversas con nuestro cerebro, una pasiva y otra activa: a) una consiste en «leer» nuestra actividad mental (e indirectamente «leer» nuestros pensamientos y estados mentales en general); b) la otra consiste en «escribir» en nuestro cerebro, ya sea alterando datos cerebrales o aumentando ciertas capacidades mentales<sup>6</sup>.

Todas estas posibilidades de lectura y alteración de datos mentales generan serios interrogantes éticos y jurídicos por los posibles abusos a que pueden dar lugar. Por ejemplo, es perfectamente factible que datos mentales colectados inicialmente con fines médicos sean luego utilizados con fines diversos sin el consentimiento de la persona, ya sea por otros individuos, por empleadores, por empresas con fines comerciales o de publicidad, o incluso por el Estado, especialmente, por Estados autoritarios interesados en conocer —y eventualmente manipular— la vida mental de los ciudadanos.

También es posible que tales datos íntimos sean desde el principio colectados con fines no-médicos con el aparente consentimiento de los usuarios de los dispositivos, pero en un contexto en el que la libertad del consentimiento es dudosa. En este sentido, se puede mencionar a título ilustrativo la práctica que tiene lugar en ciertas regiones de China y que consiste en obligar a los empleados a utilizar en permanencia un casco de EEG mientras realizan sus tareas. Los directivos de la empresa reciben esa información y pueden controlar en tiempo real los estados emocionales y el nivel de concentración de los obreros y tomar medidas cuando ese nivel no corresponda a lo esperado<sup>7</sup>. Se afirma que esta medida habría permitido incrementar la productividad de las empresas<sup>8</sup>. Desde luego, esta práctica es sumamente problemática desde el punto de vista de los derechos humanos<sup>9</sup>.

Cabe mencionar que las neurotecnologías no solo tienen el potencial de acceder a los datos mentales de las personas o de influir en su conducta. También se proponen a fin de *predecir* el comportamiento futuro de los individuos. Un famoso estudio realizado en 2012 por un grupo de investigadores de Albuquerque, New Mexico (Estados

<sup>6</sup> ROELFSEMA, Pieter, DENYS, Damiaan y KLINK, Christiaan, «Mind Reading and Writing: The Future of Neurotechnology», *Trends in Cognitive Sciences*, 22-7 (2018), pp. 598-610. En: <https://doi.org/10.1016/j.tics.2018.04.001>

<sup>7</sup> FULLERTON, Jamie, «Mind-reading tech being used to monitor Chinese workers' emotions», *The Telegraph*, 30 de abril de 2018.

<sup>8</sup> FRANCIS CHAN, Tara, «China is monitoring employees' brain waves and emotions — and the technology boosted one company's profits by \$315 million», *Business Insider*, 1 de mayo de 2018.

<sup>9</sup> MUHL, Ekaterina y ANDORNO, Roberto, «Neurosurveillance in the workplace: do employers have the right to monitor employees' minds?», *Frontiers in Human Dynamics*, 5 (2023). En: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fhumd.2023.1245619/full>

Unidos) llegó a la conclusión de que los escáneres cerebrales pueden ayudar a predecir si ciertos convictos, una vez liberados, tienen un mayor riesgo de reincidencia que otros. El resultado fue que aquellos prisioneros cuya actividad cerebral en el lóbulo frontal (asociado con el comportamiento moral y el autocontrol) era menor reincidieron en un porcentaje significativamente mayor (el doble) durante los años que siguieron a su liberación en comparación con aquellos que no mostraban esa peculiaridad. Los autores del estudio sugieren que las neurotecnologías brindan de este modo un «biomarcador de conducta antisocial»<sup>10</sup>. Desde luego, esta propuesta debe ser tomada con enorme cautela, ya que estamos ante datos meramente *probabilísticos*, y nada garantiza que puedan servir para predecir la conducta criminal de un individuo en particular. Pueden existir otros factores que expliquen la baja actividad en esa área del cerebro en un sujeto, que no tiene nada que ver con una mayor predisposición hacia la criminalidad. Por esto, se impone una extremada prudencia antes de proponer el uso de tal tecnología para la toma de decisiones por parte de los tribunales.

## 2. EL ROL CLAVE DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LOS DESAFÍOS DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS

El marco actual de derechos humanos parece insuficiente para responder satisfactoriamente a los nuevos desafíos resultantes de las neurotecnologías. El incremento en las posibilidades de acceder a datos mentales y de influir en la personalidad y el comportamiento de los individuos requerirá en los próximos años el surgimiento de nuevos derechos humanos, o al menos la expansión de los derechos existentes, a fin de hacer frente a las amenazas potenciales que presenta la neurotecnología<sup>11</sup>.

Históricamente, los derechos humanos han surgido como respuestas específicas a amenazas a intereses humanos fundamentales<sup>12</sup>, a bienes básicos de la persona<sup>13</sup>, a la dignidad humana<sup>14</sup>, o a lo que requiere una «vida mínimamente buena»<sup>15</sup>. Sin duda, el

<sup>10</sup> AHARONI, Eyal *et al.*, «Neuroprediction of future rearrest», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 110-5 (2013), pp. 6223-6228. En: <https://doi.org/10.1073/pnas.1219302110>

<sup>11</sup> IENCA, Marcello y ANDORNO, Roberto, «Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology», *Life Sciences, Society and Policy*, 13-1 (2017), p. 5. En: <https://lssjournal.springeropen.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1> En español: «Hacia nuevos derechos humanos en la era de la neurociencia y la neurotecnología», *Análisis Filosófico*, 41-1 (2021), pp. 141-185. En: <https:// analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/386>

<sup>12</sup> NICKEL, James, *Making sense of human rights: Philosophical reflections on the universal declaration of human rights*, Berkeley, University of California Press, 1987.

<sup>13</sup> FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen, «The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights», *Metaphilosophy*, 41-4 (2020), pp. 464-480.

<sup>15</sup> FAGAN, Andrew, «Human rights», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2005. En: <https://www.iep.utm.edu/hum-rts/>

uso indebido de las nuevas posibilidades abiertas por las neurotecnologías genera nuevas amenazas a bienes humanos fundamentales. Por ello parece necesario reconceptualizar algunos derechos humanos clásicos o incluso crear nuevos derechos específicos, que algunos autores han dado en llamar «neuroderechos».

En 2017, junto con Marcello IENCA, identificamos cuatro bienes jurídicos fundamentales en este ámbito que merecen ser protegidos a través de derechos humanos<sup>16</sup>. Los derechos propuestos son:

- a. la libertad cognitiva
- b. el derecho a la privacidad mental
- c. el derecho a la integridad mental
- d. el derecho a la continuidad psicológica

### 2.1. Libertad cognitiva

Esta libertad, que también puede denominarse «derecho a la autodeterminación mental», sirve de algún modo de fundamento a los demás nuevos derechos en este ámbito. Sin embargo, no existe aún consenso entre los autores acerca del alcance preciso de esta libertad. Según BUBLITZ, ella incluye el derecho de aumentar nuestras capacidades mentales y cognitivas (*neuroenhancement*) y de utilizar cualquier dispositivo neurotecnológico disponible a tal fin<sup>17</sup>. En mi opinión, la libertad cognitiva solo debe ser entendida en sentido negativo como *el derecho a rechazar el uso coercitivo, es decir, no consentido, de neurodispositivos*<sup>18</sup>. Esto se debe a que el potenciamiento (*enhancement*) de las capacidades mentales naturales genera importantes interrogantes éticos y jurídicos (en particular, cuestiones de justicia) que necesitan ser discutidos para determinar si y en tal caso, hasta qué punto y bajo qué condiciones puede ser aceptado.

La libertad cognitiva se emparenta directamente con la clásica «libertad de pensamiento», que fue una de las libertades reconocidas en las primeras declaraciones de derechos, uno de cuyos ejemplos más destacados es la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, que dispone en su artículo X:

«Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun las religiosas, siempre que su *manifestación* no perturbe el orden público establecido por la ley»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> IENCA, Marcello y ANDORNO, Roberto, *op. cit.*

<sup>17</sup> BUBLITZ, Jan-Christoph, «My mind is mine!? Cognitive liberty as a legal concept», en Elisabeth Hildt y Andreas G. Franke (eds.), *Cognitive enhancement: An interdisciplinary perspective*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 250.

<sup>18</sup> IENCA, Marcello y ANDORNO, Roberto, «Towards...», *op. cit.*, p. 11.

<sup>19</sup> «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi».

También la Declaración universal de derechos humanos de 1948 reconoce la libertad de pensamiento en su artículo 18:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye (...) 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».

Debe observarse que en estas declaraciones, la libertad de pensamiento se limita a proteger la libre *manifestación externa* de los pensamientos, opiniones o creencias, es decir, el *forum externum* del pensamiento. Sin embargo, los avances neurotecnológicos, al acceder a los datos mentales, ponen en juego no ya la mera manifestación externa de los pensamientos, sino los *pensamientos mismos*, es decir, el *forum internum* de la libertad intelectual y volitiva. Por ello, parece necesario explicitar la antigua libertad de pensamiento para incluir también la dimensión interna de la actividad mental.

## 2.2. Derecho a la privacidad mental

El derecho a la privacidad, también denominado derecho a la confidencialidad de los datos personales, tiene por finalidad mantener la propia esfera privada a salvo de otras personas y asegurar que diversos aspectos relacionados con nuestra vida íntima no se divulguen a terceros sin nuestro consentimiento. En otras palabras, el derecho a la privacidad es el derecho a determinar por nosotros mismos cuándo, cómo y en qué medida información íntima sobre nosotros puede ser comunicada a otras personas. Se trata de un derecho ampliamente reconocido a nivel legal, tanto en el plano interno como internacional. Así, por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 reconoce como principio general el «derecho a la protección de la vida privada» (artículo 7) y especifica que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan» (artículo 8, párr. 1). Cabe señalar, sin embargo, que este derecho normalmente se entiende como referido a datos de algún modo *externos* a la persona (por ejemplo, datos confidenciales acerca de su vida familiar, de su salud, de su domicilio, su imagen, etc.). Con el derecho a la privacidad mental entramos en un terreno diverso, que tiene que ver con los datos más íntimos de la persona.

El derecho a la privacidad mental puede concebirse como una extensión del tradicional derecho a la privacidad, pero referido a un tipo particular de datos: los *datos mentales* de la persona. Este derecho implica que tenemos derecho a que nuestros pensamientos y recuerdos, es decir, nuestra vida interior, no sean «leídos» por otros ni sean utilizados por otros (por ejemplo, con fines comerciales o políticos) sin nuestro consentimiento.

Los datos mentales son lo suficientemente específicos y valiosos como para merecer una protección especial, como lo explicaré más abajo. A ello se agrega una razón práctica para el reconocimiento del derecho a la privacidad mental: las medidas a

adoptar (entre otras, técnicas) para proteger los datos mentales no son las mismas que las utilizamos para proteger nuestra privacidad en general. Más concretamente, por una serie de razones, los datos mentales no son comparables a otros datos personales<sup>20</sup>:

- a. Las señales del cerebro pueden utilizarse para captar y predecir no solo nuestro estado de salud (como cualquier otro dato de salud) sino también elementos muy íntimos de la personalidad (pensamientos, preferencias, actitudes);
- b. ciertas informaciones mentales, como las señales detectadas por EEG, pueden utilizarse como identificadores biométricos únicos (de forma similar a las huellas dactilares o el ADN);
- c. las señales cerebrales solo están parcialmente bajo control voluntario. Por ello, los procedimientos clásicos para obtener el consentimiento informado y para la toma de decisiones conscientes que se utilizan, por ejemplo, para obtener muestras de sangre o datos de salud no se aplican necesariamente a los datos mentales.

En otras palabras, las amenazas a la privacidad mental son cualitativamente diferentes a las que afectan a la privacidad en general. Estamos colocados aquí en otro nivel, mucho más elevado, de invasión de la privacidad. No hay que olvidar que el cerebro es el órgano más estrechamente relacionado con nuestra personalidad, con nuestros pensamientos y recuerdos, con lo que *somos* como personas. Es que las tecnologías de «lectura de la mente» (*mind reading*) no solo brindan acceso a *datos* sobre nosotros, sino que, por así decir, acceden a *nuestra personalidad misma*, a nuestra vida interior. Dificilmente puede concebirse una información más íntima y sensible que la que se puede obtener de nuestros datos mentales.

### 2.3. Derecho a la integridad mental

Este derecho tiene por objeto prevenir *daños* psicológicos a las personas por medio de neurotecnologías. Cabe destacar que aquí no está solo en juego la mera integridad *física* del cerebro como órgano sino más bien, y sobre todo, el daño que esa acción podría causar a la *dimensión psicológica o mental* de la persona<sup>21</sup>.

De un modo similar a como se hackean las computadoras, es perfectamente factible, por ejemplo, el hackeo de un dispositivo de Estimulación Cerebral Profunda con

<sup>20</sup> IENCA, Marcello y ANDORNO, Roberto, «Towards...», *op. cit.*

<sup>21</sup> Mientras el término «cerebro» hace referencia a un órgano del cuerpo humano que, como tal, es un objeto material y tangible, con el término «mente» se alude más bien a la dimensión intangible de la personalidad, como son los pensamientos y la voluntad. Esta distinción se vincula con uno de los dilemas más complejos en la filosofía como es el denominado «problema mente-cuerpo» (*mind-body problem*), que opone desde siglos dos posiciones antagónicas: a) la posición monista (o materialista), según la cual las funciones mentales no son en última instancia más que el producto de procesos biológicos y b) la posición dualista, según la cual las funciones mentales tienen su fuente última en un principio inmaterial o espiritual.

el fin de alterar intencionalmente los parámetros de la estimulación eléctrica, con el consiguiente daño a la integridad mental de la persona. De hecho, algo semejante puede tener lugar con cualquier dispositivo de interfaz cerebro-computadora. Algunas de estas acciones podrían consistir en anular la señal enviada a un dispositivo a fin de disminuir o eliminar el control de la persona usuaria sobre la aplicación, o incluso sustituir el control voluntario de la víctima<sup>22</sup>.

También la denominada «ingeniería de la memoria» (*memory engineering*) puede poner en juego el derecho a la integridad mental. Están en desarrollo varias técnicas para aumentar o borrar selectivamente los recuerdos de una persona. Por ejemplo, se ha desarrollado una técnica optogenética (es decir, basada en la combinación de métodos genéticos y ópticos) que permite borrar y posteriormente restaurar memorias específicas a través de un láser óptico que selectivamente fortalece o debilita las conexiones sinápticas (Nabavi *et al.*, 2014). Esta tecnología tiene un gran potencial para el tratamiento de enfermedades como el Alzheimer y el estrés postraumático. Sin embargo, más allá de sus posibles aplicaciones terapéuticas, el «borrado de memorias» también plantea importantes interrogantes éticos, jurídicos y sociales. Por ejemplo, no está claro que el mero deseo individual sea suficiente para justificar el borrado de recuerdos, ya que podría también haber un importante interés social o de familiares de la persona en que esos recuerdos no desaparezcan<sup>23</sup>.

#### 2.4. Derecho a la continuidad psicológica

Este derecho, que también podría denominarse derecho a la identidad, tiene por objeto evitar que dispositivos neurotecnológicos se utilicen a fin de introducir cambios en la personalidad de un individuo sin su consentimiento. Cabe incluir aquí, por ejemplo, alteraciones o eliminación de recuerdos que son relevantes para nuestro auto-reconocimiento.

Este derecho puede ser visto como una forma especial del derecho a la identidad o, si se desea formularlo así, el derecho al libre desarrollo de la propia personalidad que podría verse afectado por las aplicaciones neurotecnológicas. Es verdad que la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que toda persona está facultada para la realización de los derechos indispensables a «su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad» (art. 22). A su vez, el artículo 29 establece que «toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad». También es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos

<sup>22</sup> IENCA, Marcello y HASELAGER, Pim, «Hacking the brain: brain-computer interfacing technology and the ethics of neurosecurity», *Ethics Inf. Technol.*, 18-2 (2016), pp. 117-129.

<sup>23</sup> LAVAZZA, Andrea, «Erasing traumatic memories: when context and social interests can outweigh personal autonomy». *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine*, 10-3 (2015), <https://doi.org/10.1186/s13010-014-0021-6>.

Humanos se ha referido al «derecho a la identidad» a partir del derecho a la vida privada incluido en el artículo 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Sin embargo, estas nociones son demasiado generales y no captan realmente lo que está en juego en el ámbito de las neurotecnologías, que no es la privacidad de los datos personales como tales, sino la alteración intencional del funcionamiento neuronal sin el consentimiento del individuo en cuestión. En este sentido, un estudio reciente ha mostrado que, de todos los derechos humanos existentes, el derecho a la identidad es el que se encuentra más desprotegido frente a las posibles intervenciones neurotecnológicas y por tanto más necesitado de normas específicas<sup>24</sup>.

Asimismo, cabe destacar que buena parte de las amenazas al derecho a la propia identidad pueden ocurrir especialmente en el contexto de agencias de inteligencia y militares. Se ha informado que en las últimas décadas se han realizado experimentos en ese contexto que involucran la introducción de electrodos cerebrales, LSD, hipnosis, la creación de «candidatos manchurianos», la implantación de falsos recuerdos y la creación de intencional de amnesia<sup>25</sup>.

### 3. INICIATIVA DE LA UNESCO EN MATERIA DE NEURODERECHOS

Cabe recordar que la UNESCO, que es la agencia de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, juega un rol destacado en las cuestiones de bioética. En 1993, el entonces Director General, el español Federico Mayor Zaragoza, decidió crear el Comité Internacional de Bioética (CIB), que estaría compuesto por expertos de distintos países y especializados en diversas disciplinas. La primera tarea del CIB sería la elaboración de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, a la que sucederían la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003 y la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de 2005. Siguiendo con esta tradición, el CIB presentó en diciembre de 2021 un «Informe sobre las cuestiones éticas de la neurotecnología» para intentar dar una respuesta en el plano internacional a los desafíos que se plantean en este campo<sup>26</sup>. El documento analiza en detalle los nuevos desafíos desde un punto de vista ético y jurídico y hace una serie de propuestas concretas dirigidas a la propia UNESCO y a los Estados miembros. De modo particular, el Informe sugiere explícitamente la posibilidad de elaborar una *Declaración Internacional sobre Derechos Humanos y Neurotecnología*<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> GENSER, Jared, HERRMANN, Stephanie, YUSTE, Rafael, *International Human Rights Protection Gaps in the Age of Neurotechnology*, New York, The Neurorights Foundation, 2022, p. 8. Disponible en: <https://ntc.columbia.edu/wp-content/uploads/2022/05/NeurorightsFoundationPUBLICAnalysis5.6.22.pdf>

<sup>25</sup> IENCA, Marcello y ANDORNO, Roberto, «Towards...», *op. cit.*, (versión en español), p. 174.

<sup>26</sup> *Report of the International Bioethics Committee of UNESCO (IBC) on the Ethical Issues of Neurotechnology*, Paris, UNESCO, 15 December 2021. En: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378724>

<sup>27</sup> *Ibid.*, n.º 168 y n.º 184.

Al mismo tiempo, anima a los Estados miembros a garantizar que las leyes nacionales se adapten de modo adecuado para proteger los valores en juego en la materia.

Sobre la base de esta larga experiencia, parece perfectamente razonable que la misma UNESCO tome la iniciativa de elaborar una declaración internacional proponiendo principios de derechos humanos en materia de neurotecnologías, tal como lo sugiere el Informe.

Es cierto que las declaraciones son instrumentos de *soft law*, lo cual significa que, en sentido estricto, no son jurídicamente vinculantes para los Estados, como sí lo son los tratados o convenios. Sin embargo, no hay que subestimar la importancia de las declaraciones, ya que desempeñan un papel muy valioso al ayudar a los países a familiarizarse con los temas emergentes y a aprobar leyes nacionales en estos ámbitos en conformidad con los principios propuestos. Además, tales declaraciones pueden ser el primer paso hacia la elaboración de instrumentos de carácter vinculante. Es decir, las declaraciones no son meras «recomendaciones éticas», como a veces se las califica, sino que son verdaderos instrumentos *jurídicos* aprobados formalmente por los Estados y que, si bien no son inmediatamente vinculantes, tienen potencialmente tal carácter<sup>28</sup>.

Entre los miembros del CIB que participaron más activamente en la elaboración del Informe de 2021 cabe mencionar a dos destacados expertos del bioderecho como Laura Palazzani (Italia) y Federico de Montalvo (España). El Informe enumera los principales bienes jurídicos que están amenazados por las neurotecnologías, tales como, entre otros:

- a. La *integridad mental y la dignidad humana*, dadas «las crecientes posibilidades neurotecnológicas de modificar el cerebro, y en consecuencia la mente, de forma invasiva y omnipresente (...)»<sup>29</sup>.
- b. La *identidad personal*, es decir, «nuestra capacidad de pensar y sentir por nosotros mismos», porque, «si los cerebros están conectados a los ordenadores, la identidad de un individuo puede diluirse, en parte porque los algoritmos les ayudan a tomar decisiones y, en consecuencia, pueden desdibujar la participación del sujeto»<sup>30</sup>.
- c. La *libertad de pensamiento y la libertad cognitiva*, ya que existe el riesgo de que «nos encontremos un día con dispositivos capaces de controlar las actividades cerebrales de los individuos, de tal forma que lleguen a controlar sus ideas y pensamientos. ¿Estará el pensamiento limitado por la

<sup>28</sup> ANDORNO, Roberto, «Intergovernmental declarations relating to bioethics: are they legal in nature or merely ethical?», en Bjarne Melkevik (ed.), *Standing Tall. Hommages a Csaba Varga*, Budapest, Pazmany Press, 2012, pp. 15-24. En: <https://philarchive.org/rec/MELSTH-3>

<sup>29</sup> UNESCO CIB, *op. cit.*, n.º 37 y ss.; n.º 183.

<sup>30</sup> *Ibid.*, n.º 42 y ss; n.º 183.



neurotecnología? ¿Se castigará a los individuos por sus pensamientos y no solo por sus acciones?»<sup>31</sup>.

- d. La *privacidad mental y la confidencialidad de los datos cerebrales* ya que «la neurotecnología plantea problemas específicos en este ámbito» y no hay duda de que «la actividad mental es la parte más íntima del ser humano, y debe ser protegida contra interferencias ilegítimas»<sup>32</sup>.
- e. La *justicia distributiva*, puesto que las neurotecnologías pueden «generar nuevas desigualdades al conferir privilegios a algunos pocos y excluir a quienes no tienen acceso a ellas»<sup>33</sup>.
- f. La prevención de nuevas formas de *discriminación*, que podrían resultar de la combinación con la inteligencia artificial (IA) y el uso de algoritmos por parte de las neurotecnologías<sup>34</sup>.

Además de estos valores, el Informe enfatiza una serie de consideraciones que son «esenciales» al momento de elaborar una declaración internacional en la materia<sup>35</sup>. Se destacan en especial:

- a. Todos los seres humanos tienen derecho a la protección de sus actividades cerebrales, independientemente de su raza, sexo, situación socioeconómica y capacidades cognitivas.
- b. Los datos cerebrales obtenidos a partir de la neurotecnología, con ella o a través de ella, no deben utilizarse nunca para la vigilancia o la elaboración de perfiles sin el debido consentimiento informado, y nunca para una posible discriminación basada en las características cognitivas u otras características mentales.
- c. Los usos de la neurotecnología por parte de actores estatales y no estatales deben ser examinados para detectar posibles violaciones de los derechos humanos».

La propuesta del CIB es sumamente valiosa en cuanto identifica y desarrolla las principales cuestiones de derechos humanos en juego en este ámbito. Desde luego, el Informe no representa necesariamente la posición de los Estados miembros de la UNESCO, ya que se trata de la opinión del grupo de expertos que integran el CIB. Sin embargo, se trata de una opinión influyente, ya que esos expertos han sido propuestos por los propios gobiernos. Por ello, este Informe está llamado a inspirar los trabajos de redacción de futuro un instrumento normativo en la materia.

En tal sentido, cabe destacar que, en mayo de 2023, el Consejo Ejecutivo de la UNESCO decidió formalmente que la organización se aboque a la elaboración de

<sup>31</sup> *Ibid.*, n.º 145.

<sup>32</sup> *Ibid.*, n.º 183.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, n.º 188.

un nuevo instrumento normativo sobre la ética de la neurotecnología<sup>36</sup>. Asimismo, «recomienda que la Conferencia General, en su 42.<sup>a</sup> reunión, invite a la Directora General a que presente un proyecto de nuevo instrumento normativo sobre la ética de la neurotecnología, que tomara la forma, no de una declaración como sugerido por el CIB, sino de una *recomendación*, al modo de la *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial* aprobada por la UNESCO en 2021<sup>37</sup>. Esto significa que el nuevo documento desarrollará una serie de lineamientos de política pública, en lugar de limitarse a formular una lista de principios, como ocurre con las declaraciones. El borrador de Recomendación será sometido al examen de la Conferencia General en su 43.<sup>a</sup> reunión», que tendrá lugar en noviembre de 2025.

#### 4. CONCLUSIONES

Las neurotecnologías ofrecen nuevas herramientas de prevención, diagnóstico y tratamiento de afecciones neurológicas, así como nuevas posibilidades de comunicación y autoevaluación. Sin embargo, estas mismas tecnologías crean amenazas inéditas para bienes jurídicos básicos de las personas tales como la privacidad de la vida mental, la integridad mental, la identidad psicológica y en última instancia la libertad cognitiva, que se vincula directamente con la libertad de pensamiento de las personas. Estos bienes son fundamentales, ya que se relacionan estrechamente con nuestra personalidad, con nuestra identidad y con nuestra capacidad de autodeterminación. Por eso deberían ser protegidos por normas legales específicas, incluyendo normas de derechos humanos.

La propuesta del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO de 2021 es un valioso primer paso en la elaboración de un documento normativo internacional para la protección de los derechos humanos en este ámbito. En buena medida sobre la base de tal Informe, la UNESCO se encamina a adoptar hacia fines de 2025 una Recomendación sobre neurotecnologías y derechos humanos.

<sup>36</sup> UNESCO, Consejo Ejecutivo, *Documento 216 EX/Decisiones. Decisiones adoptadas por el Consejo Ejecutivo en su 216.<sup>a</sup> reunión*, París, 10-24 de mayo de 2023. En: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385627\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385627_spa)

<sup>37</sup> UNESCO, *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial*, 2021. En: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa)

---

---

## CAPÍTULO 13

# INTELIGENCIA ARTIFICIAL JURÍDICA Y DERECHOS: BALANCE PROVISIONAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO<sup>1</sup>

José Ignacio Solar Cayón<sup>2</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial, en conjunción con otras nuevas tecnologías, se halla hoy presente en prácticamente todos los ámbitos de nuestra vida cotidiana, hasta el punto de que nos resultaría imposible o sumamente dificultoso desarrollar muchas de nuestras actividades habituales sin su asistencia. Y, aunque con bastante retraso en relación a otros sectores profesionales, esta revolución tecnológica ha alcanzado también a la práctica jurídica. Gracias al desarrollo del *big data* y a los avances en las disciplinas de *machine learning* y procesamiento del lenguaje natural, en el transcurso de la última década estamos asistiendo al progresivo desarrollo de un amplio abanico de aplicaciones de inteligencia artificial jurídica. Esto es, de sistemas algorítmicos específicamente diseñados y/o entrenados para automatizar diferentes tareas jurídicas que hasta ahora solo podían ser llevadas a cabo por profesionales jurídicos expertos o para auxiliar a estos en su realización.

Si bien es cierto que nos hallamos ante un proceso aún incipiente y que el ritmo de expansión de estas herramientas *legaltech* es muy heterogéneo en los distintos países, parece ya una realidad incuestionable que la introducción de la inteligencia artificial jurídica está provocando transformaciones sustanciales en los modos de prestación y los hábitos de consumo de los servicios jurídicos y en las formas de aplicación del Derecho. Cambios que, ineludiblemente, repercuten en los derechos de los ciudadanos, ya se trate simplemente de potenciales demandantes de servicios jurídicos, de personas afectadas en sus posiciones jurídicas por los resultados arrojados por los diversos tipos de sistemas tecnológicos y por las decisiones administrativas o judiciales basadas en los

<sup>1</sup> Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Inteligencia artificial jurídica y Estado de Derecho» [PID2022 – 139773OB-I00], financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

<sup>2</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Cantabria.

mismos, e incluso de los propios profesionales jurídicos, cuyo entorno y condiciones de trabajo se están viendo alterados de forma importante por la creciente introducción de estas herramientas en la práctica jurídica.

Más allá de las razones basadas en la eficiencia y la reducción de costes, el desarrollo, despliegue y utilización de una inteligencia artificial jurídica centrada en el ser humano, en la línea reiteradamente reclamada por la Unión Europea y el Consejo de Europa, exigen atender a un análisis de su impacto sobre los derechos de los ciudadanos como criterio prioritario de evaluación. Tal como hemos puesto de manifiesto en diversos trabajos previos, dada la heterogeneidad de los diversos tipos de sistemas de inteligencia artificial jurídica, las diferentes áreas en las que son aplicados y tareas que realizan, así como sus diversas metodologías de diseño y funcionamiento, dicho análisis requiere un tratamiento específico de cada tipo de sistema y del contexto jurídico-institucional concreto en el que se inserta. Tratamiento que, obviamente, desborda sobradamente los límites y las pretensiones de este trabajo. Su objetivo, mucho más modesto, es ofrecer una visión global sobre los principales efectos que, con carácter general, está teniendo la expansión de la inteligencia artificial en las diversas áreas de la actividad jurídica sobre los derechos de los distintos grupos afectados, en términos de beneficios y riesgos, centrándose nuestra atención en aquellos sistemas que hasta ahora han tenido un impacto más significativo.

A tal efecto, distinguiré dos grandes ámbitos de actividad jurídica, ambos esenciales para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los ciudadanos, como son el ámbito del mercado de prestación de servicios legales y el ámbito de la Administración de Justicia. La distinción cobra relevancia, además, en relación con el objeto de este trabajo, en cuanto se trata de áreas que presentan perfiles nítidamente diferenciados tanto en lo que se refiere a la propia naturaleza de las funciones y los servicios satisfechos, lo que determina que los problemas que plantea la aplicación de la inteligencia artificial sean muy diferentes en cada una de ellas, como a los distintos tipos de sistemas tecnológicos empleados y su diferente grado de implantación.

## 2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL JURÍDICA EN EL MERCADO DE SERVICIOS LEGALES

La abogacía ha constituido el sector pionero en lo que se refiere al diseño, desarrollo y despliegue de herramientas de inteligencia artificial jurídica y, a día de hoy, representa la punta de lanza de la vanguardia tecnológica en el terreno jurídico. El gran dinamismo del mercado de servicios legales, la extraordinaria competitividad de las grandes firmas jurídicas a nivel global, la tendencia cada vez más generalizada hacia la liberalización *de facto* y *de iure* de la prestación de este tipo de servicios y el creciente poder negociador del lado de la demanda —especialmente de los grandes consumidores de servicios legales, las empresas— en un mercado tradicionalmente dominado por el lado de la oferta, están propiciando una intensa carrera entre los profesionales de la abogacía por el logro de una mayor eficiencia en la prestación de sus servicios.

En este contexto, y con las nuevas posibilidades que ofrecen los avances tecnológicos ya mencionados, el desarrollo y la aplicación de la inteligencia artificial jurídica se ha convertido actualmente en un factor clave para la competitividad de los despachos, al menos a ciertos niveles, y progresivamente sus efectos se dejarán sentir en la actividad de todos los profesionales.

En la actualidad existe ya un amplio catálogo de sistemas basados en inteligencia artificial para la automatización o semi-automatización de diferentes tareas jurídicas características de la abogacía. Así, entre otros, nos encontramos con sistemas de *legal question answering* o «búsqueda de respuestas jurídicas», capaces de generar automáticamente informes estructurados y fundamentados jurídicamente en respuesta a cuestiones legales complejas y formuladas en lenguaje natural; sistemas expertos para la automatización de tareas específicas —por ejemplo, tareas de *compliance*— o la prestación de asesoramiento legal en determinadas materias jurídicas a partir de un diálogo estructurado, ya sea de forma escrita u oral, entre el usuario y la aplicación informática; sistemas de elaboración automática de todo tipo de contratos y documentos legales a través de aplicaciones web, capaces de generar, a partir de una interacción estructurada con el usuario, documentos totalmente customizados y de alta calidad, ajustados a las circunstancias específicas de cada caso; sistemas de lectura automática de contratos, utilizados para revisar y analizar el contenido de todo tipo de contratos y realizar el seguimiento de su ejecución a lo largo de todo su ciclo vital; sistemas de análisis predictivo para la detección de patrones en la actuación pretérita de jueces y tribunales y la predicción del resultado probable en un posible litigio futuro; y sistemas de codificación predictiva, diseñados para seleccionar de manera automática la información electrónica relevante en un determinado proceso judicial. De manera que cada vez resulta menos infrecuente que servicios jurídicos como la investigación legal y la elaboración de dictámenes, el *compliance*, el asesoramiento legal en materias específicas, la redacción de contratos y otros documentos legales, las tareas de auditoría legal o *due diligence*, la toma de decisiones en relación a la interposición o no de una demanda y, en su caso, la elección de una determinada estrategia procesal, o las labores de *e-discovery* sean llevados a cabo en los despachos por sistemas basados en inteligencia artificial o por profesionales o para-profesionales asistidos por estos sistemas, cuando no son directamente externalizados en compañías tecnológicas especializadas en la realización automatizada de tales tareas a muy bajo coste (*outsourcing*)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Para una visión global de los sistemas de inteligencia artificial y, en general, de las herramientas *legaltech* que están llegando a la abogacía, así como de las áreas de trabajo jurídico en las que se están aplicando y las transformaciones que están operando, *cfr.*: en la literatura española, SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2019 y BARRIO ANDRÉS, Moisés (dir.), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019.

Como resulta ya claramente apreciable en los países que se hallan en la vanguardia de la industria *legaltech*, la irrupción de estas sofisticadas herramientas tecnológicas está provocando transformaciones profundas en la estructura y la dinámica del mercado de servicios jurídicos, tanto por el lado de la oferta como de la demanda<sup>4</sup>. Cambios que, en términos de su impacto sobre los derechos de los ciudadanos (en este caso, en su calidad de potenciales consumidores y usuarios de dichos servicios), arrojan hasta el momento un balance razonablemente positivo, en tanto están propiciando una mayor accesibilidad a los mismos por parte de amplios segmentos de población, que de esta forma pueden ver mejor garantizado el ejercicio efectivo de sus derechos básicos.

Numerosos informes de organismos internacionales denuncian como una realidad evidente que, incluso en los países más avanzados, hay amplios sectores sociales a los que les resulta difícil o imposible acceder a los servicios jurídicos tradicionales<sup>5</sup>. Resulta paradójico y dramático que en Estados Unidos, el segundo país del mundo con mayor número de abogados *per capita* (únicamente superado por Israel), la propia administración federal estime que existen unos 100 millones de ciudadanos que no pueden resolver problemas jurídicos civiles, básicos y necesarios para el desarrollo normal de su vida (en áreas como salud, alojamiento, servicios financieros, familia, educación, discapacidad...), por carecer de recursos económicos para acceder a los servicios legales convencionales<sup>6</sup>. Y el mismo presidente de la *American Bar*

<sup>4</sup> Cfr. THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES, *The Future of Legal Services*, London, 2016, sobre la situación en el Reino Unido; AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Report on the Future of Legal Services in the United States*, ABA Commission on the Future of Legal Services, 2016, en Estados Unidos; y CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Futures: Transforming the Delivery of Legal Services in Canada*, CBA Legal Futures Initiative, 2014, en Canadá. Además de estos estudios puntuales, impulsados por las asociaciones nacionales de la abogacía de estos países, existen una serie de instituciones públicas y privadas que realizan informes periódicos sobre la evolución del mercado legal y que proporcionan información muy útil sobre estos cambios: GEORGETOWN LAW & LEGAL EXECUTIVE INSTITUTE, *2021 Report on the State of the Legal Market*. Georgetown University Centre for the Study of the Legal Profession - Thomson Reuters Legal Executive Institute, 2021; DELOITTE, *Future Trends for Legal Services. Global Research Study*, 2016; LEGAL SERVICES CONSUMER PANEL, *2020 Legal Services: How regulators should prepare for the future*, London; IBIS, *Law Firms Industry in the US: Market Research Report*, 2022; IBIS, *Legal Activities: UK Market Research Report*, 2022; y los informes que publica Altman Weil sobre la evolución de las firmas jurídicas y de los departamentos jurídicos de las empresas, los últimos de los cuales son CLAY, Thomas y SEEGER, Erich, *2020 Law Firms in Transition*, Altman Weil, 2020; y ALTMAN WEIL, Inc., *2020 Chief Legal Officer Survey*, 2020.

<sup>5</sup> El informe WORLD JUSTICE PROJECT, *Measuring the Justice Gap: A People-Centered Assessment of Unmet Justice Needs around the World*, 2019, cifra en 1400 millones el número de personas que, viviendo en países donde existen instituciones y sistemas de administración de justicia que funcionan, tienen necesidades legales básicas de carácter civil y administrativo que afectan significativamente a sus vidas cotidianas y que no pueden ver satisfechas por razones fundamentalmente económicas (p. 35).

<sup>6</sup> Según el informe de LEGAL SERVICES CORPORATION, *The Justice Gap: Measuring the Unmet Civil Legal Needs of Low-Income Americans*, NORC at the University of Chicago, 2017, la inmensa mayoría (86%) de los problemas legales de los más de 60 millones de personas con acceso a las ayudas financieras del gobierno federal para asistencia jurídica básica en materia civil (han de tener ingresos inferiores al

*Association* ha reconocido que, si hablamos no ya de la satisfacción de necesidades jurídicas básicas sino del acceso a unos servicios legales adecuados, hasta un 80% de los ciudadanos de aquel país pueden carecer de él<sup>7</sup>. Buena muestra de esa cruda realidad es el alto número de litigantes que se auto-representan ante los tribunales (tres de cada cinco, según las estadísticas del propio sistema judicial). Conclusiones similares sobre la existencia de importantes bolsas de necesidades jurídicas básicas insatisfechas por falta de acceso a los servicios legales se desprenden también de informes realizados por las asociaciones nacionales de la abogacía en Reino Unido<sup>8</sup> y Canadá<sup>9</sup>. Y seguramente el panorama no es muy distinto en España y en la mayoría de países de nuestro entorno<sup>10</sup>. He ahí un enorme «mercado latente» —en expresión de Richard SUSSKIND<sup>11</sup>— de necesidades jurídicas básicas desatendidas que la abogacía, detentadora hasta ahora de un monopolio en la prestación de servicios legales, no ha podido cubrir satisfactoriamente. Y que la inteligencia artificial jurídica, en conjunción con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, está demostrando que puede ayudar a colmar.

En este sentido, podemos apuntar ya la existencia de algunos cambios estructurales en la oferta de servicios jurídicos, promovidos por la disrupción tecnológica, que están contribuyendo a ampliar considerablemente la base del mercado, facilitando el acceso a aquellos servicios básicos a segmentos de población hasta ahora prácticamente excluidos del mismo, y a generar nuevos y más provechosos hábitos de utilización de aquellos servicios por parte de los pequeños consumidores (fundamentalmente, particulares y pequeños autónomos).

Uno de los efectos más evidentes de la automatización de diversas tareas jurídicas como consecuencia del desarrollo de las diversas herramientas de inteligencia artificial es la «comoditización» de determinados servicios jurídicos. La identificación de

---

125% del umbral de la pobreza, lo que en el año 2017 suponía, por ejemplo, menos de 30.750\$ para una familia de 4 personas) no pudieron ser debidamente atendidos. Y a este segmento de la población habría que añadir, según el estudio de la AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Report on the Future...*, *op. cit.*, una buena parte de la población que, aun teniendo ingresos moderados, no puede acceder por sus propios medios a los servicios jurídicos y además carece de cualquier posibilidad de obtener ayudas públicas (p. 12).

<sup>7</sup> Cfr. GRAHAM, Meg, «How the ABA is using technology to make legal services more accessible», *Chicago Tribune*, March 16, 2015.

<sup>8</sup> Cfr. THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES, *The Future of Legal Services*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>9</sup> CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Futures: Transforming...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>10</sup> Según el informe WORLD JUSTICE PROJECT, *Global Insights on Access to Justice. Findings from the World Justice Project General Population Poll in 101 countries*, 2019, en España, hasta un 19% de aquellas personas que se dirigieron a obtener asesoramiento por parte de profesionales para entender o resolver su problema legal reportaron que les fue muy difícil o imposible obtener el dinero necesario para conseguirlo (p. 97).

<sup>11</sup> SUSSKIND, Richard, *Tomorrow's Lawyers*, Oxford University Press, 2017, p. 128.

patrones recurrentes en la realización de aquellas tareas gracias a la combinación de *big data* y aprendizaje automático, y el aprovechamiento de las capacidades y la escalabilidad de la computación en la nube, posibilitan la aplicación de la tecnología para estandarizar procesos y proporcionar soluciones jurídicas muy baratas y de alta calidad. De este modo, en el contexto de un mercado en el que la demanda tiene una capacidad cada vez mayor de presión sobre los precios, un creciente abanico de servicios jurídicos están siendo automatizados y transformados en productos genéricos (en el sentido de indiferenciados e intercambiables, al menos desde la perspectiva del consumidor) que pueden ser suministrados a gran escala, sin que existan diferencias apreciables en su calidad, por una amplia variedad de proveedores a un precio notablemente inferior al de los servicios legales tradicionales o convencionales. Además, este nuevo tipo de servicios encuentran su vehículo principal de distribución a través de plataformas digitales e incluso de *apps* diseñadas para todo tipo de dispositivos electrónicos, pudiendo llegar así simultáneamente a millones de potenciales clientes.

Se abre aquí un campo de inmensas posibilidades para el despliegue y desarrollo de sistemas jurídicos expertos, capaces de proporcionar asesoramiento y soluciones legales inmediatas en materias jurídicas específicas. En esta dirección, en países como Estados Unidos, Canadá y Reino Unido están emergiendo numerosas *startups* que están poniendo al alcance de cualquier usuario digital múltiples aplicaciones que ofrecen soluciones rápidas y baratas, o incluso gratuitas, a problemas jurídicos más o menos cotidianos. Una de las primeras y más notorias fue la aplicación para móviles *DoNotPay*, diseñada en 2015 por un estudiante de la Universidad de Stanford para impugnar automáticamente, de manera gratuita, las multas de aparcamiento en el Reino Unido. Presentado en su momento por algunos medios de comunicación como «el primer abogado virtual» del mundo, funciona como un *chatbot* que realiza al usuario una serie de preguntas estructuradas y, en función de las respuestas, analiza si la multa es o no recurrible. Si lo es, asesora al usuario, informándole de los argumentos a su favor, e incluso genera automáticamente el escrito de reclamación, enviándolo a la oficina municipal competente en función del lugar donde se haya producido la infracción. En sus primeros cuatro años de funcionamiento consiguió la anulación de más de 200.000 multas por un valor superior a 4 millones de libras, con una tasa de éxito en sus impugnaciones próxima al 65%. Pronto su funcionalidad fue ampliada a otras tareas legales específicas, como la presentación de solicitudes de asilo de ciudadanos sirios en EEUU, Reino Unido y Canadá a través de un programa que procesa las respuestas en árabe y genera automáticamente los documentos de solicitud en inglés, la realización automática de reclamaciones de compensación por el retraso o la cancelación de vuelos, o la realización de reclamaciones en materia de arrendamiento. Y hoy cubre un amplio abanico de servicios —fundamentalmente, solicitudes y reclamaciones legales— en múltiples áreas de la práctica jurídica: familia, consumo, servicios bancarios, seguros, reclamaciones de deudas e incumplimientos contractuales, indemnizaciones de diverso tipo, reclamaciones laborales, etc.



En la actualidad, la disponibilidad de plataformas de desarrollo de software sin código que pueden ser utilizadas por cualquier experto legal, sin necesidad de tener conocimientos profundos sobre codificación o programación, para diseñar este tipo de aplicaciones está provocando que cada vez más despachos de abogados dispongan de herramientas de este tipo para el asesoramiento legal *online*, en materias específicas, de sus clientes e incluso de cualquier usuario, funcionando también como un mecanismo de captación de potenciales clientes. Del mismo modo, diversas instituciones jurídicas, públicas y privadas, están aprovechando aquellas plataformas para diseñar múltiples aplicaciones *pro bono* que puedan dar respuesta adecuada a las necesidades jurídicas básicas de los sectores de población más vulnerables.

Además, otro de los efectos disruptivos de la automatización de tareas legales —tal vez el de mayor calado— es la irrupción de proveedores alternativos de servicios jurídicos que han quebrado *de facto* el monopolio tradicionalmente ejercido por la abogacía. Este grupo de proveedores alternativos de servicios jurídicos está conformado por un conglomerado muy heterogéneo de actores cuya característica común es la flexibilidad de sus modelos de negocio y una alta eficiencia basada en el análisis de los procesos y la explotación de la tecnología<sup>12</sup>. Pero, sin duda, el principal motor de los cambios ha sido la conformación a lo largo de esta última década de un poderoso sector industrial *legaltech*, impulsado fundamentalmente por *startups* que han desarrollado tecnologías innovadoras para la mejora de los procesos de prestación de los servicios jurídicos. Muchas de estas compañías no solo han creado las herramientas de inteligencia artificial jurídica que han posibilitado la automatización de procesos y tareas legales, sino que mediante la explotación comercial de sus aplicaciones a través de plataformas digitales se han convertido ellas mismas en proveedoras de servicios jurídicos al cliente final, representando una competencia directa para la abogacía. Algunas han enfocado su modelo de negocio hacia el mercado corporativo, prestando a las grandes empresas e incluso a los propios bufetes servicios de *outsourcing* especializados en la realización de determinadas tareas jurídicas, pero una gran parte de ellas se dirigen a los pequeños consumidores —particulares y emprendedores— poniendo a su alcance aplicaciones del tipo *do-it-yourself* y otro tipo de servicios legales anejos.

Un ejemplo paradigmático de esta dinámica nos lo proporciona la empresa *LegalZoom*, que nos muestra cómo este tipo de compañías tecnológicas se están haciendo con importantes cuotas del mercado legal mediante modelos de negocio híbridos que, partiendo de la explotación *online* de sus aplicaciones de inteligencia

<sup>12</sup> Gracias a esta flexibilidad y potencia tecnológica, la crisis ocasionada por la COVID-19 se ha convertido además en un factor acelerador de la expansión de estos proveedores alternativos de servicios jurídicos, como señalan FERNÁNDEZ SAMANIEGO, Javier y ESTEBAN, Manuel, «Los «ALSP» (proveedores alternativos de servicios legales) como catalizadores del cambio de la abogacía de negocios», en *Innovación y tendencias. Sector legal 2021*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020.

artificial jurídica, van incorporando progresivamente otro tipo de servicios jurídicos complementarios. Esta compañía comenzó poniendo a disposición del público estadounidense, a través de su plataforma digital, sus sofisticadas aplicaciones de inteligencia artificial para la elaboración automática de todo tipo de contratos y documentos legales a precios *low cost*. Mediante un sencillo proceso interactivo y estructurado de preguntas y respuestas entre el software y el propio usuario de la aplicación, esta genera automáticamente un documento legal totalmente customizado y ajustado a las circunstancias específicas de cada caso, de calidad equiparable a cualquier documento elaborado por un profesional jurídico. A partir de ese modelo inicial de negocio, con el que captó una clientela de millones de particulares y pequeños empresarios, implementó un sistema de consulta telefónica mediante el que los usuarios de las aplicaciones podían consultar sus dudas legales con abogados independientes adscritos a la plataforma. Y, aprovechando el potencial de ese *pool* de abogados, actualmente oferta también diversos planes de asistencia jurídica para familias y empresas, de alcance más o menos amplio en función de la cuantía de la tarifa fija que pague el usuario. ¿El resultado? *LegalZoom*, sin ser una firma jurídica, se ha convertido hoy en el principal proveedor de servicios legales en Estados Unidos, con un volumen de negocio inmensamente superior al de los más grandes despachos de abogados. Y, lo que es más importante, desde el punto de vista del ciudadano, ha hecho accesible la elaboración de documentos jurídicos y otros servicios de asesoramiento legal básico a millones de particulares y de pequeños emprendedores que no podían permitirse la contratación de un abogado o que, simplemente, no estaban dispuestos a pagar sus elevados honorarios por la realización de tareas jurídicas básicas.

La conjunción de las capacidades de automatización de procesos cognitivos que posibilita la inteligencia artificial con la escalabilidad que proporciona la computación en la nube y las vías de difusión que abre internet está posibilitando la aparición de nuevas formas de distribución del conocimiento experto y de prestación de servicios jurídicos básicos a través de aplicaciones tecnológicas que alteran profundamente el ecosistema profesional tradicional, facilitando el acceso a aquellos de todos los ciudadanos e incluso eliminando en algunos casos la necesidad de intermediación del profesional jurídico<sup>13</sup>.

En última instancia, las capacidades de la inteligencia artificial jurídica difuminan, hasta prácticamente disolver, las fronteras de la distinción tradicional entre la «información jurídica», que puede ser proporcionada por cualquier persona, y el «asesoramiento jurídico», competencia profesional exclusiva del abogado. Hasta ahora, por muy potentes que fueran las bases de datos automatizadas y las herramientas de búsqueda y recuperación de la información, no proporcionaban más que una información jurídica

<sup>13</sup> Sobre los diversos modelos de producción y distribución del conocimiento práctico alternativos a la práctica profesional tradicional posibilitados por la disrupción tecnológica, *cf*: SUSSKIND, Richard y SUSSKIND, Daniel, *El futuro de las profesiones*, trad. de J. C. Ruiz, Zaragoza, Editorial Teell, pp. 210-222.

(legal, jurisprudencial, doctrinal) genérica, que en todo caso había de ser interpretada y aplicada al caso concreto; y ahí entra en juego el papel del abogado, que actúa como un intermediario entre esa información y el cliente, con sus circunstancias particulares. Pero el grado de interactividad y de participación del usuario en el diseño del producto que permiten los sistemas de inteligencia artificial hace que estos puedan proporcionar respuestas jurídicas ajustadas a la situación y las necesidades específicas del usuario: los sistemas expertos otorgan una respuesta concreta ante un problema particular; las aplicaciones de elaboración automática de documentos legales generan contratos, testamentos, documentos de constitución de una sociedad, etc., cuyo contenido está totalmente ajustado a las circunstancias singulares de cada caso; las herramientas de análisis predictivo evalúan las probabilidades de éxito de las posibles estrategias procesales en relación a un conflicto concreto entre determinados litigantes ante un juez o tribunal específico; los sistemas de resolución automática de disputas determinan una solución teniendo en cuenta los intereses y preferencias particulares de las partes en conflicto... Es decir, la inteligencia artificial jurídica puede llevar a cabo muchas de las tareas que realiza el profesional cuando asesora a su cliente, de una manera totalmente personalizada y ajustada a las circunstancias del caso<sup>14</sup>.

Por otra parte, en muchas ocasiones los problemas jurídicos básicos pueden ser prevenidos o incluso resueltos simplemente disponiendo de la información adecuada. La minería de datos, el aprendizaje automático y el procesamiento del lenguaje natural posibilitan que cualquier usuario de internet pueda, no ya solo acceder a una información de carácter más o menos genérico, sino obtener respuestas jurídicas ajustadas a su situación particular mediante sofisticados algoritmos de búsqueda y recuperación de la información, sin necesidad de recurrir a un profesional. Y existen plataformas digitales de contenidos jurídicos —particularmente, las plataformas de intermediación entre abogados y potenciales clientes<sup>15</sup>— que están explotando estas capacidades tecnológicas poniendo a disposición de cualquier usuario de internet, muchas veces como un reclamo para atraer potenciales clientes, una serie de recursos interactivos (herramientas de consulta, foros, repositorios de información jurídica y de respuestas

<sup>14</sup> Uno de los rasgos más característicos de la comoditización de los servicios propiciada por la inteligencia artificial es precisamente su potencial de *mass-customization* o «personalización masiva». Este término, que fue acuñado en DAVIS, Stanley, *Future Perfect*, Reading (Massachusetts), Addison-Wesley Publishing Co., 1987, hace referencia a su capacidad de producir servicios capaces de satisfacer las demandas y necesidades específicas de cada cliente manteniendo sin embargo una eficiencia análoga a la de los sistemas de producción en masa. La vía más eficiente para lograr este objetivo es convertir al cliente en un co-diseñador del producto final y hacerle así partícipe del propio proceso de producción, ya sea permitiéndole incorporar al mismo sus requerimientos específicos o acceder directamente a las herramientas de diseño del producto a través de una aplicación web. Cfr. TSENG, Mitchell M. *et al.*, «Mass Customization», en Luc Laperrière y Gunther Reinhart (eds.), *CIRP Encyclopedia of production Engineering*, Berlin, Springer, 2017.

<sup>15</sup> Cfr. SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *La inteligencia artificial jurídica...*, *op. cit.*, pp. 263-275.

de los abogados de la plataforma a casos previos, *chatbots*, etc.<sup>16</sup>) que le permiten formular sus consultas en lenguaje natural y obtener, muchas veces de manera totalmente automatizada, soluciones ajustadas a su problema legal. Incluso, en el caso de algunas de estas plataformas de intermediación, las preguntas de los usuarios pueden ser también respondidas *online* gratuitamente por cualquiera de los abogados adscritos a las mismas, atentos a la captación de potenciales clientes. Se abre así una vía alternativa al asesoramiento tradicional que previsiblemente irá ampliándose, especialmente en determinados segmentos de la demanda de servicios jurídicos, a medida que la tecnología transite desde los actuales motores de búsqueda a las más poderosas e intuitivas «plataformas de descubrimiento de contenidos», que utilizan los metadatos del usuario para descubrir y recomendar contenidos totalmente personalizados y procedentes de múltiples fuentes, tanto estructuradas como desestructuradas, mediante diversos tipos de algoritmos de búsqueda que tienen en cuenta factores como el perfil del usuario, sus preferencias, el análisis de los contenidos, las recomendaciones efectuadas por otros usuarios, sistemas de *rating*, etc.

En definitiva, la inteligencia artificial y otras tecnologías asociadas, como el *big data* y las tecnologías de la información y la comunicación, están modelando «una sociedad en la que la información jurídica resulta fácil y ampliamente disponible en formato digital o es convertida en una *commodity* económicamente accesible»<sup>17</sup>. Y ello está propiciando un «giro desde el asesoramiento individualizado hacia la información legal», esto es, el tránsito desde un mercado en el que los servicios jurídicos han sido prestados por el abogado mediante un asesoramiento personal hacia un mercado basado en la venta de información jurídica a través de productos comoditizados, aunque no exentos de la posibilidad de customización o personalización<sup>18</sup>. En este nuevo contexto, los grandes despachos de abogados intentan adaptar su organización y rediseñar sus métodos de trabajo para aprovechar la relación coste-beneficio que hace posible la automatización. Y, de hecho, es un fenómeno al alza la creación por parte de grandes bufetes de segundas firmas que, basándose en el análisis y la innovación de los procesos de trabajo, la automatización de procesos y tareas jurídicas mediante diversos sistemas de inteligencia artificial y la flexibilidad organizativa que permiten las TICs, están desarrollando nuevos modelos de negocio orientados a un mercado *low cost*, en

<sup>16</sup> Cfr. CHAVES GARCÍA, José Ramón, «Difusión de la información jurídica: blogs, wikis...», en Ana I. Caro y Carlos A. Gómez (coord.), *E-juristas: más allá de la tecnología legal*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 51-66.

<sup>17</sup> CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Futures: Transforming...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>18</sup> Cfr. KOBAYASHI, Bruce y RIBSTEIN, Larry E., «Law's Information Revolution», *Arizona Law Review*, 53 (2011), p. 1188.

competencia directa con el cada vez más amplio abanico de proveedores alternativos de servicios jurídicos<sup>19</sup>.

De este modo, la inteligencia artificial jurídica está permitiendo ampliar la base del mercado y ofrecer a ese segmento de demanda latente, hasta ahora desatendido, unos servicios legales básicos de suficiente calidad (especialmente cuando la alternativa para el usuario es no poder acceder a ninguno) a precios incomparablemente inferiores a los de la abogacía tradicional, e incluso en ocasiones de manera gratuita. Esta expansión del mercado puede resultar, desde luego, un elemento altamente positivo desde una perspectiva social, en cuanto puede facilitar la satisfacción de necesidades jurídicas básicas de determinados sectores de la población. Además, también se está constatando cómo esta disrupción tecnológica está generando nuevos hábitos de consumo de los servicios legales en el segmento de los pequeños consumidores. Tradicionalmente la demanda en este segmento ha tenido un carácter eminentemente «reactivo». Sin embargo, la mayor facilidad de los consumidores para acceder *online*, de una manera totalmente gratuita o a bajo coste, a información y asesoramiento legal extensivo o a servicios como la elaboración de documentos legales de todo tipo, está propiciando el desarrollo de un importante mercado de servicios jurídicos «preventivos» (por ejemplo, los planes de asistencia legal ofertados por *LegalZoom*, a los que ya se ha hecho referencia). En este sentido, hay quien ha indicado que los nuevos proveedores de servicios legales a través de la tecnología e internet «tienen el potencial para democratizar la prevención jurídica»<sup>20</sup>.

Al margen del mercado, este potencial tecnológico puede ser aprovechado también por los poderes públicos para intentar atender estas enormes bolsas de necesidades jurídicas básicas insatisfechas. En esta dirección, tal vez la iniciativa más relevante, al menos sobre el papel, sea el ambicioso proyecto emprendido por la administración federal estadounidense, a través de la *Legal Services Corporation*, de explotación sistemática e integral de los recursos tecnológicos para lograr que en el país «se preste alguna forma de asistencia efectiva al 100% de las personas que no pueden permitirse contratar un abogado para satisfacer sus necesidades jurídicas civiles esenciales»<sup>21</sup>. Para

<sup>19</sup> Sobre la emergencia de este *New Law*, *cfr.* SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *La inteligencia artificial jurídica...*, *op. cit.*, pp. 69-81. En opinión de MCGINNIS, John y PEARCE, Russell, «The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services», *Fordham Law Review*, 82-6 (2014), la tecnología beneficiará a dos tipos de abogados en particular: por un lado, a las «super-estrellas», que serán más identificables y utilizarán el poder de la tecnología para ampliar su campo de acción profesional, y, por otro, justamente a aquellos que sepan aprovechar las ventajas de la automatización para atender las necesidades de esa demanda latente prestando una serie de servicios jurídicos básicos *low cost* (p. 3065).

<sup>20</sup> ROTENBERG, Mathew, «Stifled Justice: The Unauthorized Practice of Law and Internet Legal Resources», *Minnesota Law Review*, 97 (2012), p. 733.

<sup>21</sup> LEGAL SERVICES CORPORATION, *Report of the Summit on the Use of Technology to Expand Access to Justice*, Washington, 2013, p. 1.

lograr este objetivo, se ha diseñado una estrategia dirigida a implementar un sistema integrado de prestación de servicios jurídicos, incluyendo el acceso a la Administración de Justicia, que se asienta en cinco pilares esenciales:

1. Creación en cada Estado de una plataforma jurídica en línea unificada que, a través de un proceso automatizado de *triage*, dirija a cada persona que necesite asistencia jurídica a aquel cauce o mecanismo de ayuda que resulte más apropiado en su caso y que guíe a los litigantes que se auto-representan a través de todo el procedimiento judicial.
2. Desarrollo de aplicaciones web basadas en inteligencia artificial para la generación automática de documentos jurídicos y la conexión de este proceso de creación documental con la prestación de servicios de información jurídica y de representación legal.
3. Aprovechamiento de las capacidades de los dispositivos electrónicos móviles para llegar a más personas de una manera más efectiva, desarrollando aplicaciones que faciliten al acceso a los servicios jurídicos y a la Administración de Justicia.
4. Aplicación del análisis de procesos a todas las actividades del programa de acceso a la justicia para hacerlas tan eficientes como sea posible.
5. Desarrollo de sistemas expertos y de *checklists* que ayuden a los abogados y a otros prestadores de servicios jurídicos del sistema a obtener información de calidad a través de un ordenador y a aplicarla a situaciones fácticas particulares.

Concluyendo: si convenimos que el acceso a los servicios legales es un factor esencial para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de los ciudadanos y la satisfacción de sus necesidades jurídicas básicas, podemos afirmar que la irrupción de la inteligencia artificial jurídica está teniendo ya efectos claramente positivos en este ámbito y, sobre todo, abre un sinfín de posibilidades para atender aquellas necesidades y demandas con las necesarias garantías de calidad. En este sentido, uno de los principales retos que se plantean en el nuevo escenario profesional, ante la aparición de problemas deontológicos vinculados a la aplicación de los diversos sistemas de inteligencia artificial jurídica y la irrupción de proveedores alternativos de servicios jurídicos que no están sujetos a las normas deontológicas de la abogacía, es precisamente el desarrollo de nuevos esquemas reguladores de los servicios jurídicos que garanticen unos estándares de calidad en su prestación y protejan a los ciudadanos de malas prácticas y actuaciones potencialmente lesivas de sus derechos e intereses legales<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. sobre este asunto SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *La inteligencia artificial jurídica...*, *op. cit.*, pp. 293-306, y SOLAR CAYÓN, José Ignacio, «Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial jurídica», *Derechos y Libertades*, 45 (2021), pp. 123-161.

### 3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Mucho más difícil resulta efectuar un balance general, siquiera sea provisional, del impacto de la introducción de la inteligencia artificial jurídica en la Administración de Justicia sobre los derechos de los ciudadanos. Se trata este, además, como puede comprender fácilmente el lector, de un ámbito especialmente sensible, por la incidencia directa que el empleo de determinadas herramientas tecnológicas puede tener sobre los derechos de los litigantes y sobre los principios y garantías del proceso judicial, particularmente en la jurisdicción penal. Estas preocupaciones son las que motivaron la adopción, en diciembre de 2018, de la *European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment* por parte de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa, que estableció cinco principios básicos para el diseño, despliegue y utilización de la inteligencia artificial en el sistema judicial: respeto de los derechos humanos; no discriminación; calidad y seguridad en el procesamiento de las decisiones judiciales y los datos; transparencia, imparcialidad y equidad; y control del usuario. Y la Unión Europea, en el Anexo III de su propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial, de marzo de 2021, establece específicamente entre los sistemas que han de ser considerados de «alto riesgo» aquellos empleados en la Administración de Justicia «para asistir a la autoridad judicial en la investigación e interpretación de los hechos y el Derecho y en la aplicación del Derecho a un conjunto particular de hechos»<sup>23</sup>.

La dificultad de realizar un balance general en este ámbito obedece a diversas razones:

- a. En primer lugar, este es un área en el que la inteligencia artificial jurídica apenas ha comenzado a ser aplicada. Sin duda, las potencialidades de la inteligencia artificial y otras tecnologías asociadas, como *big data* y *blockchain*, son enormes en este ámbito, y su aplicación puede representar una formidable oportunidad para lograr un sistema judicial más ágil, eficiente y accesible a todos los ciudadanos si somos capaces de garantizar el diseño de herramientas respetuosas con las garantías procesales y los derechos del justiciable. Así lo entiende la propia Unión Europea, que ha situado la innovación tecnológica en el centro

<sup>23</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, COM(2021) 206 final, Annex III, 8. Es preciso señalar que esta propuesta legislativa, presentada por la Comisión Europea en marzo de 2021, se halla hoy aún en proceso de tramitación. En diciembre de 2022 el Consejo de la Unión Europea adoptó su «Orientación General» sobre la propuesta, plasmada en un texto transaccional en el que se proponen una serie de enmiendas. Y recientemente, en junio de 2023, el Parlamento Europeo votó su posición sobre la propuesta, presentando numerosas y muy sustanciales enmiendas al texto de la Comisión. A lo largo de la exposición iré señalando algunas de estas modificaciones relevantes, en tanto afecten potencialmente a los tipos de sistemas a los que hago referencia.

de su programa de reforma de la Administración de Justicia. En su *2019-2023 Strategy on e-Justice*, el Consejo de la Unión considera que, particularmente, la inteligencia artificial y el *blockchain* han de constituir áreas de interés prioritario, en cuanto su adecuada utilización podría incrementar la eficiencia y fiabilidad del sistema judicial<sup>24</sup>. Y, en consonancia con esa estrategia, el *2019-2023 Action Plan European e-Justice* ha definido una serie de proyectos concretos para explorar el papel que estas tecnologías pueden jugar en el diseño de una justicia europea digital<sup>25</sup>. En sintonía con estos planteamientos, en España, la Estrategia «Justicia 2030» contempla como uno de sus pilares esenciales una Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia cuyo actual anteproyecto prevé el uso de la inteligencia artificial y el análisis de *big data* para la automatización de ciertas tareas y actuaciones judiciales y procesales automatizadas, asistidas y proactivas. Por tanto, en nuestro contexto más inmediato, la utilización de estas tecnologías es aún un proyecto, más que una realidad. No obstante, la existencia de una serie de experiencias pioneras en diversas jurisdicciones a nivel global, así como la creciente presencia de sistemas basados en inteligencia artificial en el proceso judicial durante la fase probatoria de los hechos (particularmente en la justicia penal) permiten obtener ya algunas conclusiones en este ámbito.

- b. Otro factor a tener en cuenta es la heterogeneidad de los diversos tipos de sistemas de inteligencia artificial susceptibles de ser empleados en la Administración de Justicia para la realización de muy diferentes clases de tareas. Como he expuesto detalladamente en otro trabajo, pese a su aún incipiente implantación, en la actualidad disponemos ya de un amplio abanico de sistemas basados en inteligencia artificial para la realización de tareas auxiliares e instrumentales (digitalización de contenidos y procesos de gestión, tramitación electrónica de procedimientos y comunicaciones, elaboración automática de documentos, transcripción automática de audio a texto, clasificación y recuperación de información...)<sup>26</sup>, de tareas procesales (selección del material probatorio relevante, prueba de los hechos y valoración de los medios de prueba, evaluación del riesgo

<sup>24</sup> Cfr. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *2019-2023 Strategy on e-Justice*, 2019/C 96/04, p. 6.

<sup>25</sup> Cfr. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *2019-2023 Action Plan European e-Justice*, 2019/C 96/05.

En particular, los proyectos n.º 11, 12 y 18.

<sup>26</sup> Normalmente es a este tipo de tareas a las que se hace referencia cuando se habla de la «digitalización» de la Administración de Justicia. Se trata del nivel más básico de automatización en este ámbito, en el que actualmente están trabajando la mayoría de las jurisdicciones europeas -incluida la española-, y no plantea problemas relevantes desde el punto de vista de la incidencia en los derechos de los litigantes. De hecho, la propuesta europea de Reglamento sobre Inteligencia Artificial excluye expresamente los sistemas empleados para este tipo de tareas de la categoría de «alto riesgo», puesto que «no afectan a la administración de justicia real en casos individuales» (p. 28).



de reincidencia criminal, búsqueda y análisis de la información jurídica...) e incluso de tareas resolutorias de las disputas (herramientas de negociación automatizada de disputas en línea y sistemas de elaboración automática de propuestas de decisión judicial)<sup>27</sup>. Se hace preciso, pues, una evaluación individualizada del impacto de cada tipo de sistema sobre los derechos de los litigantes, pues aquel dependerá, fundamentalmente, de la tarea específica que realice, de sus metodologías de diseño, entrenamiento y funcionamiento, y del valor que en cada contexto específico de aplicación se otorgue a sus resultados en el marco de cada procedimiento institucionalizado de toma de decisiones. Tarea que, obviamente, excede los límites de este trabajo, por lo que me limitaré a ofrecer unas conclusiones generales sobre los principales efectos y desafíos de la inteligencia artificial en este ámbito.

- c. Por último, cualquier evaluación o balance sobre los beneficios y los riesgos de la aplicación de la inteligencia artificial en el proceso judicial no puede ignorar la diversidad de contextos jurisdiccionales y procesales, aún dentro de una misma Administración de Justicia<sup>28</sup>. Como en todo entramado organizativo, la actuación de cada tribunal específico se inscribe en el marco de un determinado contexto jurídico-institucional con arreglo al cual vienen definidas sus funciones y los criterios normativos a los que ha de ajustarse en su actuación. Así, sistemas cuyo empleo puede resultar aceptable, e incluso deseable, en el orden jurisdiccional civil, puede no serlo en el campo penal (o requerir el cumplimiento de unas exigencias técnicas y normativas más estrictas), dada la necesidad de salvaguardar determinados principios y garantías procesales y derechos fundamentales del acusado<sup>29</sup>. Tampoco son idénticas la posición institucional y las funciones que, aun dentro de un mismo orden jurisdiccional, desempeñan los tribunales de primera instancia y los tribunales superiores, y esas diferencias modulan también las posibilidades y limitaciones del empleo de la inteligencia artificial. Igualmente, los beneficios y los riesgos pueden ser muy diferentes en función del grado de complejidad de las distintas tareas y decisiones que el juez ha de tomar a lo largo de las distintas fases del proceso, de manera que aquellas relativas, por ejemplo, a la admisibilidad de una demanda

<sup>27</sup> Cfr. SOLAR CAYÓN, José Ignacio, «Inteligencia artificial y justicia digital», en Fernando H. Llano (dir.), *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, Murcia, Ediciones Laborum, 2022, pp. 381-428.

<sup>28</sup> Sobre este asunto, cfr: SOLAR CAYÓN, José Ignacio, «¿Jueces-robot? Bases para una reflexión realista sobre la aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia», en José Ignacio Solar y M. Olga Sánchez (dir.), *El impacto de la inteligencia artificial en la teoría y la práctica jurídica*, Madrid, La Ley (Wolters Kluwer), 2022, pp. 270-275.

<sup>29</sup> Sobre la diferente incidencia de la introducción de la tecnología digital en los distintos principios de los procedimientos y procesos civiles y penales, cfr: BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del Derecho y de la justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 390-421.

o de una excepción procesal, o a aspectos formales como la determinación de la caducidad o prescripción de una acción, que versan sobre aspectos procesales bastante rutinarios y requieren una respuesta de carácter binario, pueden resultar fácilmente automatizables sin afectar a los derechos de las partes<sup>30</sup>. Por tanto, aquí tampoco caben respuestas generales y unívocas, sino que se requiere un análisis particularizado de cada contexto.

No obstante, aun teniendo en cuenta estas limitaciones y condicionantes, sí podemos, a partir de las experiencias que nos proporciona la implantación de un ya suficientemente amplio catálogo de sistemas de inteligencia artificial en diversas jurisdicciones estatales, bosquejar algunos de los principales efectos que la introducción de estas herramientas puede tener sobre los derechos de los justiciables.

### 3.1. Efectos positivos

1. Agilización de los procesos y mejora de la eficiencia de la Administración de Justicia.

Uno de los beneficios más inmediatos que la inteligencia artificial y otras tecnologías asociadas (como el *big data*, la computación en la nube y el *blockchain*) pueden reportar al sistema judicial es la agilización de los procesos, con las repercusiones positivas que ello comporta, tanto en ahorro de tiempo como de recursos, para la garantía efectiva de los derechos sustantivos de los ciudadanos. Y, desde un punto de vista procedimental, puede convertirse en una herramienta fundamental para asegurar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>31</sup>. En esta dirección la mayoría de países de nuestro entorno están procediendo a «digitalizar» la Administración de Justicia, aplicando en mayor o menor medida estas nuevas tecnologías a tareas puramente instrumentales, cuya automatización, como ya se mencionó, no plantea problemas jurídicos relevantes desde el punto de vista de la salvaguarda de los derechos de los litigantes. Entre otras, podemos mencionar medidas como la digitalización de expedientes judiciales y otros contenidos, la automatización de procedimientos y comunicaciones con los diversos participantes en el proceso, la asistencia en tareas auxiliares (transcripción automática de audio y video a texto y sistemas de reconocimiento de voz para generar registros escritos de las sesiones orales en tiempo real, aplicaciones para la elabora-

<sup>30</sup> Cfr., por ejemplo, en relación a nuestro proceso civil, las propuestas de NIEVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 34-41; PÉREZ DAUDI, Vicente, «La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso: ¿realidad o ficción?», en Olga Fuentes (dir.), *Era digital, sociedad y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 373-397; y BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del Derecho y de la justicia*, op. cit., pp. 594-595 y 665-682.

<sup>31</sup> Cfr. DE ASÍS PULIDO, Miguel, «Derecho al debido proceso e inteligencia artificial», en Fernando H. Llano y Joaquín Garrido (eds.), *Inteligencia artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 76-77.

ción automatizada de documentos, sistemas de clasificación, búsqueda y recuperación de información...), el establecimiento de plataformas digitales para la presentación y validación de pruebas y documentos, la utilización de las TICs para posibilitar la asistencia y participación virtual en las diferentes actuaciones procesales, etc<sup>32</sup>. Medidas que, especialmente tras la traumática experiencia de la pandemia de COVID-19, se revelan una necesidad apremiante para garantizar el funcionamiento ágil y eficiente de la Administración de Justicia<sup>33</sup>

Un beneficio adicional de esta digitalización de los procesos y de la información es que, hoy, en la era del *big data*, es posible incorporar en el sistema de gestión procesal de casos herramientas de minería de datos para monitorizar el funcionamiento de los tribunales y analizar toda la información generada en el curso de su actividad, al objeto de tener un mejor conocimiento de la realidad del sistema judicial y de ayudar en la toma de decisiones a la hora de formular las políticas públicas más adecuadas para su mejora (en el plano interno), así como de elaborar estadísticas y gráficos para la visualización de datos que procuren (de cara al exterior) una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Más allá de esta digitalización y automatización de tareas instrumentales y auxiliares, existen también algunos sistemas basados en inteligencia artificial que permiten automatizar o semi-automatizar tareas genuinamente procesales, logrando no solo una reducción notable del tiempo y los costes del litigio, sino también una mayor precisión en los resultados. El ejemplo más patente es la introducción, en las jurisdicciones del *common law*, de los sistemas de codificación predictiva en la fase probatoria del proceso, en lo que probablemente constituye hasta este momento el principal caso de éxito de aplicación de la inteligencia artificial jurídica en el ámbito judicial. La codificación predictiva es una tecnología que puede ser empleada por las partes en el proceso para revisar enormes volúmenes de datos registrados en cualquier tipo de formato digital e identificar aquella información relevante que pueda ser presentada como evidencia ante el tribunal. Estos sistemas utilizan algoritmos de aprendizaje automático supervisado que «aprenden» los criterios de relevancia jurídica en relación con un litigio

<sup>32</sup> Sobre el amplio abanico de tareas de este tipo susceptibles de ser digitalizadas y automatizadas, cfr. SOLAR CAYÓN, José Ignacio, «Inteligencia artificial y justicia digital», *op. cit.*, pp. 387-394.

<sup>33</sup> La Comisión Europea, en su Comunicación *Digitalisation of justice in the European Union. A toolbox of opportunities*, afirma que «la pandemia del COVID-19 ha subrayado la necesidad de que la UE acelere las reformas nacionales para digitalizar la gestión de casos por parte de las instituciones judiciales, el intercambio de información y documentos con las partes y los abogados, y el acceso fácil y continuo a la justicia para todos», llamando a llevar a cabo dicha tarea «a toda velocidad» (pp. 1 y 2). Consecuentemente, en el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, aprobado el 11 de febrero de 2021 y que constituye el eje central del plan de recuperación de la Unión Europea *Next Generation EU*, considera la transformación digital de la Administración de Justicia como uno de los sectores en los que se alienta fuertemente a los Estados a enfocar las reformas e inversiones.

concreto mediante el análisis de un subconjunto de documentos estadísticamente significativos que han sido previamente etiquetados como relevantes o no relevantes de manera manual por un abogado conocedor del asunto. A partir de dichos ejemplos, y tras un proceso iterativo de entrenamiento y ajuste del algoritmo mediante su progresiva interacción con el experto humano, el sistema genera automáticamente un modelo predictivo que posteriormente aplica a todos los documentos del conjunto a revisar, clasificándolos como relevantes o no relevantes y priorizándolos mediante la asignación a cada uno de ellos de un grado concreto de probabilidad de relevancia, lo que permite desechar directamente del litigio aquellos que no alcancen un grado mínimo de probabilidad y circunscribir la revisión manual únicamente a aquellos que superen este filtro de relevancia jurídica<sup>34</sup>.

Tras la aceptación jurisprudencial en los Estados Unidos, en el caso *Da Silva Moore* (2012)<sup>35</sup>, de la utilización de esta tecnología como un método apto para satisfacer el deber procesal de *discovery* (esto es, el deber que tienen los litigantes de poner en conocimiento de la otra parte toda la información que se posea sobre el objeto del litigio), la codificación predictiva se ha convertido hoy en una práctica habitual también en los tribunales de Reino Unido, Australia, Irlanda y Canadá, en muchos procesos civiles, mercantiles, administrativos o laborales en los que se hace necesario revisar ingentes volúmenes de información electrónica procedentes de cualquier tipo de fuente digital (documentos de texto, correos electrónicos, agendas, imágenes, audios, bases de datos, hojas de cálculo, sitios web, comunicaciones a través de redes sociales e internet...). Y su introducción ha permitido agilizar notablemente el desarrollo de la fase probatoria del litigio y acabar con muchas de las disputas, a menudo suscitadas con finalidad dilatoria, que se producían durante el desarrollo de este trámite procesal, demostrando además que no solo es un método de revisión de la información electrónica considerablemente más rápido, eficiente y barato, sino también bastante más preciso que cualquier otro método alternativo, incluida la revisión manual por parte de equipos de abogados expertos.

## 2. Impulso de los mecanismos de resolución negociada de las disputas en línea.

Como es bien sabido, los sistemas de resolución de disputas en línea fueron originariamente desarrollados por las grandes plataformas de comercio electrónico ante la necesidad de resolver los conflictos generados en dicha actividad mediante un cauce fácil, rápido y barato que pudiera ser utilizado por sus usuarios desde cualquier lugar del mundo y en cualquier momento. Estos sistemas han ido evolucionando rápidamente

<sup>34</sup> Sobre el desarrollo de esta tecnología y su introducción en el sistema judicial, *cfr.* SOLAR CAYÓN, José Ignacio, «La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 11(2018), pp. 75-105.

<sup>35</sup> *Da Silva Moore v. Predicis Groupe & MSL Group*, 11-Civ.-1279-ALC-AJP (S.D. New York, 2012).

al compás de la innovación tecnológica. Y, hoy, la combinación de las técnicas de *big data*, minería de datos y *deep learning* (aprendizaje profundo) permite analizar rápida y eficientemente los datos generados en los millones de interacciones y transacciones entre compradores y vendedores, extrayendo patrones de conducta que una inteligencia humana sería incapaz de discernir, y diseñar softwares que automatizan completamente la resolución de muchas de estas disputas. Estos softwares codifican sistemas de negociación colaborativa basados en diversas reglas estratégicas para maximizar el interés común de las partes en sus propuestas de solución. Además, a medida que se incrementa el volumen de datos disponibles y de disputas resueltas, el sistema va aprendiendo a ajustar sus propuestas: identificando y asignando valores a los intereses de las partes, identificando potenciales áreas de acuerdo entre ellas a partir de sus respuestas y preferencias, otorgando prioridades a las distintas opciones de solución en función de las elecciones realizadas por las partes en disputas precedentes o del grado de satisfacción de otras personas con las soluciones propuestas en casos previos similares, etc. De este modo, grandes volúmenes de disputas pueden ser gestionadas y resueltas automáticamente a un coste muy bajo. Como ejemplo, baste mencionar que la plataforma de adjudicación digital de disputas *Modria*, desarrollada conjuntamente por *eBay* y *PayPal*, resuelve de forma totalmente automatizada, solo entre usuarios de estas compañías, más de 60 millones de disputas cada año.

En los últimos años, estas herramientas de negociación automatizada en línea han dado el salto al sector público y están comenzando a ser empleadas, sobre todo, en ciertas áreas de la justicia civil. Determinadas materias de Derecho de familia (por ejemplo, la negociación de los acuerdos de divorcio), las reclamaciones de deudas monetarias de limitada cuantía y las disputas en materia de consumo son algunos de los sectores legales más propicios para la operatividad de este tipo de sistemas algorítmicos, y en ellos se han centrado fundamentalmente los proyectos pioneros en este campo, aunque también se están extendiendo a otras áreas jurídicas, como las disputas contractuales en determinados ámbitos (por ejemplo, en materia de arrendamiento), los accidentes de tráfico o las relaciones laborales<sup>36</sup>. Del mismo modo que, como hemos visto, la automatización en la prestación de determinados servicios jurídicos está propiciando la emergencia de un «mercado latente» hasta ahora desatendido, la habilitación de este tipo de sistemas, accesibles desde cualquier dispositivo digital, permite la resolución rápida y prácticamente sin costes de muchas disputas que, a menudo, ni siquiera llegaban al sistema formal de Administración de Justicia por tener una relevancia económica

<sup>36</sup> Sobre la progresiva expansión de estos sistemas a diferentes áreas jurídicas, *cfr*: KATSCH, Ethan y RABINOVICH-EINY, Orna, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*, New York, Oxford University Press, 2017; y BARNETT, Jeremy y TRELEAVEN, Philip, «Algorithmic Dispute Resolution - The automation of professional dispute resolution using AI and blockchain technologies», *The Computer Journal*, 61-3 (2018), pp. 399-408.

limitada, que no compensaba los costes en dinero y tiempo de un pleito, pero que tienen un impacto significativo en las vidas cotidianas de los ciudadanos.

En muchos casos estos sistemas son concebidos como mecanismos extrajudiciales, ubicados en plataformas digitales externas a la Administración de Justicia, y frecuentemente surgidos de iniciativas privadas<sup>37</sup>. Pero también existen proyectos exitosos de inclusión de herramientas digitales de negociación automatizada en el seno de la Administración de Justicia. Las experiencias más innovadoras en este ámbito vienen proporcionadas por algunos de los tribunales en línea implantados en los últimos años en algunos países, a los que me referiré en el apartado siguiente.

El primero que integró en su seno mecanismos de negociación automatizada para la resolución de disputas en línea fue el *British Columbia Civil Resolution Tribunal*, que desde 2016 resuelve conflictos relativos a reclamaciones monetarias (hasta 5000\$), accidentes de tráfico, condominio y en materia de asociaciones y cooperativas. Antes de que un caso pueda llegar a la fase de adjudicación judicial, las partes han de emprender un proceso de negociación en línea a través de una herramienta de negociación automatizada que estructura su interacción mediante el empleo de plantillas y menús desplegables para explorar la posibilidad de alcanzar un acuerdo (con la asistencia, si es necesario, de un facilitador humano). Y procedimientos similares están siendo implantados en el Reino Unido dentro de su plan global de reforma de la Administración de Justicia, actualmente en marcha. En el marco de su estructura de tribunales digitales, desde abril de 2018 están funcionando las plataformas *Divorce Online* (para la resolución de solicitudes de divorcio y de los asuntos económicos asociados) y *Online Civil Money Claims* (para reclamaciones de deuda inferiores a 10 000 libras). En ambos servicios, antes de que el caso tenga que ser resuelto por un juez, las partes son remitidas a un proceso de negociación en línea en el que actualmente se combina el empleo de aplicaciones de negociación automatizada con la asistencia de un facilitador<sup>38</sup>. En una

<sup>37</sup> La propia Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, en sus *Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice*, ha llamado la atención sobre el creciente número de plataformas de este tipo puestas en marcha en muchos países europeos desde el sector privado, bien sea como complemento o en competencia con el sector público (p. 22). Un caso singular es el de la plataforma digital *Rechtwijzer*, implantada de manera pionera en 2014 en el seno de la Administración de Justicia holandesa como una vía alternativa al proceso judicial que ofrecía herramientas automatizadas de información y negociación en materia de divorcio. Clausurada en 2017 por su escasa utilización, hoy funciona con éxito como una iniciativa privada, habiendo ampliado su alcance a disputas en materia de consumo, reclamaciones de deudas y relaciones laborales.

<sup>38</sup> A fecha de mayo de 2021, *Divorce Online* recibía el 80% de las solicitudes de divorcio en Inglaterra y Gales. El plazo medio de resolución de las solicitudes de mutuo acuerdo es de 10 días, habiéndose reducido en varias semanas respecto al procedimiento tradicional, y el 86% de los usuarios valoran el servicio como «bueno» o «extremadamente bueno». Cfr. <https://www.gov.uk/guidance/hmcts-services-online-divorce-and-financial-remedy> (consultado el 1 de mayo de 2022). En cuanto al *Online Civil Money Claims*, según las estadísticas relativas al año 2021, las partes alcanzaron un acuerdo en el 53% de los casi

fase posterior, cuando se hayan recopilado datos suficientes de los casos resueltos cuyo análisis permita diseñar sistemas de resolución automática de disputas, está previsto el empleo de sistemas de inteligencia artificial que generen de forma plenamente automatizada propuestas de solución. Si bien estos proyectos son los más significativos, hoy hay unos 50 tribunales en Estados Unidos y otros en Holanda, Canadá, Reino Unido, India, Brasil y China que han incorporado herramientas para la resolución amistosa de disputas en línea con diferentes grados de automatización en el procedimiento<sup>39</sup>.

### 3. Diseño de nuevas formas de administrar justicia.

El carácter verdaderamente disruptivo de la inteligencia artificial y las tecnologías asociadas a ella reside, sobre todo, en su potencial para rediseñar los procesos de administración de justicia y el modo en el que los tribunales funcionan. En esta dirección, en la actualidad, los proyectos más ambiciosos vienen constituidos por el desarrollo de los mencionados tribunales en línea para la resolución de disputas en determinadas materias específicas, fundamentalmente de carácter civil. Con su irrupción, como afirma Richard SUSSKIND, el tribunal deja de ser un lugar para convertirse en un servicio<sup>40</sup>. La sala de justicia como espacio físico es sustituida por una plataforma digital. Y esta virtualización del tribunal abre vías innovadoras en las formas de administrar justicia. Por un lado, posibilita la interacción asíncrona en línea entre los participantes, que ya no precisan concurrir simultáneamente en un espacio y en un momento determinados: los documentos, pruebas y alegaciones pueden ser presentados y alojados por las partes en la plataforma digital en cualquier momento (las 24 horas del día, los 365 días del año). Y, por otro, el tribunal puede proveer a través de una serie de tecnologías integradas en la plataforma digital servicios adicionales a la adjudicación judicial, convirtiéndose así en una especie de tribunal «extendido» o «ampliado» capaz de asumir nuevas funciones jurídicas en relación al tratamiento y resolución de los conflictos.

De este modo, se promueve el acceso a la justicia en un doble sentido. Por un lado, el tribunal en línea permite un acceso más fácil, rápido y barato, desde cualquier lugar y en cualquier momento, a los servicios de la Administración de Justicia. Y, por otro, abre paso a una concepción más amplia de justicia que no se limita a la adjudicación judicial de las disputas, sino que comprende el acceso a una serie de mecanismos y

---

8000 procedimientos de mediación realizados. También en este caso parece que la rapidez (los acuerdos se logran, de media, en un plazo de 24 días, frente a los tres meses en el proceso *off-line*) y el ahorro compensan la falta de interacción humana: el 96% de los usuarios se manifestaron satisfechos o muy satisfechos con el servicio. Cfr. <https://www.gov.uk/government/publications/hmcts-service-online-civil-money-claims/hmcts-service-online-civil-money-claims> (consultado el 1 de mayo de 2022).

<sup>39</sup> Cfr. MARTÍNEZ, Janet, «Designing Online Dispute Resolution», *Journal of Dispute Resolution*, 1 (2020), p. 1.

<sup>40</sup> Sobre tribunales en línea, cfr. SUSSKIND, Richard, *Online Courts and the future of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

herramientas tecnológicas que empoderan jurídicamente a los ciudadanos, como, por ejemplo, sistemas expertos que proporcionan información y apoyo legal al ciudadano sobre su problema y las posibles vías de solución, herramientas de auto-ayuda que contribuyen a la promoción de la «salud jurídica» y de una cultura de prevención de disputas, aplicaciones para la generación automática de documentos legales, sistemas de análisis predictivo que orientan sobre las posibilidades de éxito de una pretensión, herramientas de negociación automatizada de las disputas, etc.

La iniciativa pionera en este ámbito fue la implantación del *British Columbia Civil Resolution Tribunal*, que, como ya se mencionó, conoce disputas relativas a reclamaciones monetarias hasta 5000\$, accidentes de tráfico, condominio y en materia de asociaciones y cooperativas. E, inspirándose en esa experiencia, más recientemente se ha instaurado en el Reino Unido el *Online Solutions Court*, un tribunal digital que constituye el elemento central de la reforma de la justicia civil actualmente en curso y en el que progresivamente se van poniendo en marcha diversos servicios. Además de las ya mencionadas plataformas *Divorce Online* y *Online Civil Money Claims*, en este momento también están ya en funcionamiento el *Damages Claims Portal*, para determinadas reclamaciones de indemnización por daños, el servicio digital en *Family Public Law and Adoption* y la plataforma para la resolución de disputas en materia de *Possession*. Al igual que su modelo canadiense, el tribunal británico está diseñado conforme a una arquitectura tecnológica de tres capas que refleja perfectamente las nuevas y distintas funciones que asume esta nueva forma de administrar justicia:

- a. La primera capa, de acceso a la plataforma digital, tiene como objetivo la prevención del conflicto mediante la evaluación del mismo y el asesoramiento legal al potencial demandante. Este nivel se halla completamente automatizado. A través de un interfaz simple, el navegador guía al usuario de un modo interactivo mediante una serie de preguntas estructuradas (utilizando para ello un sistema de inteligencia artificial basado en árboles de decisión) hacia los contenidos legales relevantes en el caso específico, ayudándole a categorizar jurídicamente sus pretensiones, a entender el Derecho aplicable así como sus derechos y obligaciones, a conocer las opciones y recursos a su disposición, y conectándole con los servicios (judiciales, legales, sociales y asistenciales, etc.) pertinentes en cada caso para la resolución del problema, incluyendo sistemas para la generación automática y presentación de los documentos oportunos ante dichos servicios. Si no es posible la auto-resolución del problema mediante estas vías, se pasa a la siguiente capa.
- b. El objetivo de la segunda capa es la contención y resolución amistosa de la disputa. En este nivel entran en juego las ya comentadas herramientas de negociación automatizada en línea para que las partes puedan llegar a un acuerdo



por sí solas, si bien, en caso de ser necesario, puede intervenir un «facilitador» a través de internet e incluso telefónicamente.

- c. La tercera capa es la correspondiente a la resolución judicial de la disputa: si esta no ha podido evitarse ni resolverse amistosamente, se somete al conocimiento de un juez que trabaja en línea. Para ello se establece un proceso estructurado, sin necesidad de concurrencia presencial ni síncrona, que se lleva a cabo a través de internet (con el apoyo de medios telefónicos y de video-conferencia, si fuera necesario). Este proceso se basa en un sistema de *continuous online hearing*, de manera que las partes pueden presentar documentos, aportar pruebas y realizar sus argumentaciones sobre el caso, con la intervención activa del juez para guiarles en la explicación y comprensión de sus respectivas posiciones, durante un período razonable de tiempo, de manera que los temas en disputa puedan ser explorados y clarificados. Una vez concluido ese plazo, el juez puede emitir su decisión sin necesidad de una vista (o, de considerarla necesaria, puede llevarla a cabo de manera no presencial).

### 3.2. Aspectos más problemáticos

Si, hasta este momento, los aspectos más positivos de la introducción de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia tienen que ver con la agilización de los procedimientos, la reducción de sus costes, el facilitamiento del acceso a los tribunales y el diseño de nuevas formas más efectivas de resolución de las disputas en la justicia civil, los más problemáticos se refieren fundamentalmente a la incidencia negativa que el empleo de determinadas herramientas basadas en inteligencia artificial en el proceso penal puede tener sobre los derechos de los acusados y las garantías del procedimiento si no se establecen las cautelas adecuadas. En esta dirección cabe resaltar, sobre todo, los efectos que la inteligencia artificial está provocando en el campo de la actividad probatoria y en la toma de determinadas decisiones judiciales basadas en la predicción de riesgos de reincidencia criminal.

1. Inteligencia artificial como medio de prueba y como herramienta para la valoración de los medios de prueba.

Parece un hecho indiscutible que las tecnologías basadas en inteligencia artificial tienen un papel cada vez más relevante en la investigación y prueba de los hechos delictivos. En un contexto social y tecnológico en el que la disponibilidad de todo tipo de datos personales crece exponencialmente a partir de nuestra huella digital y en el que se está produciendo, incluso en el plano jurídico, una progresiva difuminación de las fronteras entre los datos públicos y los datos privados, las diligencias de investigación tecnológica para el mapeo y análisis de datos a través de sistemas inteligentes parecen destinadas a ocupar una posición preeminente entre los métodos de investigación

judicial<sup>41</sup>. En una dirección similar, la omnipresencia de dispositivos basados en inteligencia artificial que registran automáticamente información sobre nuestra ubicación, parámetros biológicos, comunicaciones, actividad, hábitos y otros aspectos personales, hace que ellos mismos puedan constituirse en fuentes de prueba en el contexto de un proceso judicial, pudiendo por tanto ser aportados al mismo sus resultados como medios de prueba. Por otra parte, también es cada vez más frecuente la utilización de sistemas basados en inteligencia artificial para la valoración de distintos medios de prueba. Se incluyen aquí herramientas para identificar o establecer correspondencias entre individuos y materiales o rastros digitales, interpretar materiales o rastros digitales ambiguos, reconstruir hechos a partir de ciertas evidencias, etc. Además, es bastante habitual que prácticas estándar en la investigación de los hechos, como, por ejemplo, las pruebas de ADN, el análisis de huellas y otros rastros, las pruebas balísticas o los análisis de audios y de imágenes, utilicen también sistemas basados en inteligencia artificial para la determinación de los resultados. Por ello, no resulta en absoluto exagerado afirmar que, en la actualidad, gran parte de los métodos de trabajo de las ciencias forenses ya se sostienen en algoritmos, y las potencialidades que se abren en el campo de la actividad probatoria son inmensas<sup>42</sup>.

Si bien es cierto que estas tecnologías aportan mejoras sustanciales en la investigación de los hechos, su expansión está generando cambios profundos en el desarrollo de la actividad probatoria que pueden incidir negativamente en los valores y garantías procesales:

- a. Desdibujamiento de la línea divisoria entre la función preventiva y el proceso penal.

Esta irrupción tecnológica está acentuando el creciente énfasis del Derecho Penal en la seguridad y la prevención de riesgos. La aplicación de tecnologías inteligentes para tareas de vigilancia y prevención de posibles delitos, y la posterior utilización de sus resultados en la investigación policial y la prueba procesal, está difuminando la línea divisoria entre la función preventiva y el proceso penal: las herramientas tecnológicas que permitieron detectar riesgos se adentran también en la investigación policial para convertirse finalmente en elementos de prueba procesal, incluso favoreciendo las medidas de seguridad postcondena. De manera que la introducción de estas tecnologías no solo supone la aparición de nuevas fuentes o elementos de prueba e instrumentos de valoración de la prueba, sino también de un nuevo paradigma de *modus operandi*

<sup>41</sup> Cfr. BUENO DE MATA, Federico, «Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras», *Revista General de Derecho Procesal*, 51 (2020), pp. 1 y ss.

<sup>42</sup> En opinión de NIEVA FENOLL, Jordi, «Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino», *Revista General de Derecho Procesal*, 57 (2022), la inteligencia artificial ayudará en tres áreas principales: la revisión de los parámetros de valoración de la prueba, la elaboración de hipótesis y la concreción de estándares probatorios (pp. 10-13).

probatorio que se refleja en aspectos como su forma de incorporación al proceso, la aparición de nuevos sujetos intervinientes en la prueba y los efectos de sus resultados<sup>43</sup>.

Un nuevo *modus operandi* que tiende a elevar a categoría de «prueba plena» esos resultados. Y es que cada vez es más frecuente que estas tecnologías sean determinantes en la fijación de los hechos y la determinación de la autoría delictiva, resultando sumamente difícil para las defensas desafiar la validez de sus resultados. Como señala Montserrat de Hoyos, en estos casos se corre el riesgo de que la eficiencia tecnológica (real o presunta) se constituya en un criterio autosuficiente sobre la fiabilidad de la prueba, reemplazando totalmente el juicio humano y dejando prácticamente sin efecto la presunción de inocencia<sup>44</sup>.

#### b. Falta de transparencia.

Ese riesgo se incrementa notablemente si, además, no se garantiza la adecuada transparencia de los algoritmos del sistema y el acceso a los datos utilizados para su diseño y entrenamiento, en tanto ello hace prácticamente imposible para el acusado cuestionar o impugnar sus resultados, menoscabándose por tanto el principio de igualdad de armas y, en definitiva, su derecho a la tutela judicial efectiva, al situarle en una clara situación de indefensión<sup>45</sup>. Y es que, como han puesto de manifiesto recientes informes en los Estados Unidos y Reino Unido, la proliferación de este tipo de herramientas en el proceso no ha ido, en general, acompañada de las adecuadas garantías de transparencia, advirtiéndose una falta de estándares explícitos, de buenas prácticas de referencia y de publicidad en el empleo de estos sistemas algorítmicos; lo que puede suponer una vulneración del derecho al proceso debido, profundizando el ya de por sí significativo desequilibrio de poder que existe en el proceso penal entre el Estado y el acusado<sup>46</sup>.

Las causas de esta falta de transparencia pueden ser de muy diverso tipo y, por tanto, también son diferentes sus soluciones. En ocasiones, especialmente en los países anglosajones, la denegación del acceso al código fuente de los sistemas obedece a razones jurídicas, en tanto los algoritmos desarrollados por empresas privadas (y actualmente la mayoría de los sistemas de inteligencia artificial empleados en el sistema penal

<sup>43</sup> Cfr. BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del Derecho y de la justicia*, op. cit., pp. 502 y 600-602.

<sup>44</sup> Cfr. DE HOYOS SANCHO, Montserrat, «El uso jurisdiccional de los sistemas de inteligencia artificial y la necesidad de su armonización en el contexto de la Unión Europea» *Revista General de Derecho Procesal*, 55 (2021), pp. 7-8.

<sup>45</sup> Cfr. SAN MIGUEL CASO, Cristina, «La aplicación de la inteligencia artificial en el proceso: ¿un nuevo reto para las garantías procesales?» *Ius et Scientia*, 7-1 (2021), p. 295.

<sup>46</sup> Cfr. RICHARDSON, Rashida *et al.*, *Litigating Algorithms 2019 US Report*, AI Now Institute, 2019, en relación a los Estados Unidos; y THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES, *Algorithms in the Criminal Justice System*, The Law Society Commission on the Use of Algorithms in the Justice System, 2019, en relación al Reino Unido.

son propiedad de este tipo de compañías) se hallan protegidos por el secreto empresarial. Para solventar este problema, se han propuesto diversas soluciones posibles: renuncia por parte de las empresas que venden estas herramientas a las administraciones a su secreto comercial y a cualquier otro privilegio legal que impida la plena comprensión y control de su software<sup>47</sup>, desarrollo por parte de las propias administraciones de sistemas de código abierto<sup>48</sup> o implementación de mecanismos de certificación y auditoría por parte de agencias especializadas<sup>49</sup>. En otros casos, la falta de transparencia es consecuencia de prácticas procesales incorrectas<sup>50</sup>, lo que ha llevado a proponer la reforma de algunas de las normas que regulan la prueba para facilitar la supervisión en el empleo de estos sistemas y asegurar que la defensa tiene acceso a una información plena sobre ellos<sup>51</sup>. Pero la falta de transparencia puede obedecer también a razones puramente técnicas: me refiero a la opacidad característica de los sistemas algorítmicos basados en redes neuronales de aprendizaje profundo, cuyos resultados no son trazables ni pueden ser explicados en base a unos parámetros predeterminados, lo que ha llevado a algunas instituciones a proponer la limitación o la moratoria de su empleo en el ámbito judicial<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Esta es la recomendación contenida en el informe *AI Now Report 2018*, realizado en diciembre de 2018 por el *AI Now Institute* de la Universidad de Nueva York (pp. 4-5).

<sup>48</sup> Esta es la propuesta, por ejemplo, de CHESSMAN, Christian, «A ‘Source’ of Error: Computer Code, Criminal Defendants, and the Constitution», *California Law Review*, 5 (2017), p. 223.

<sup>49</sup> Cfr., por ejemplo, CHIAO, Vincent, «Fairness, accountability and transparency: notes on algorithmic decision-making in criminal justice», *International Journal of Law in Context*, 15 (2019), pp. 137-138.

<sup>50</sup> En esta línea, en Estados Unidos, en ocasiones se ha impugnado la utilización de este tipo de sistemas por entender que no se ha proporcionado a la defensa información suficiente sobre su empleo, aunque con muy poco éxito. Así, en *State v. Hickerson*, 228 So. 3d 251 (La. Ct. App. 2018), el fiscal utilizó, sin conocimiento de la defensa, un sistema algorítmico de evaluación de riesgos, entre cuyas funcionalidades se hallaba la elaboración automática de gráficos que mostraban las conexiones entre distintos individuos a partir de la información disponible en su base de datos, para determinar la pertenencia del acusado a una banda responsable de diversos delitos, cuestión que resultó determinante para su condena. Cuando la defensa tuvo conocimiento de ese hecho solicitó la nulidad del juicio, pero el tribunal rechazó la solicitud argumentando que aquel sistema no jugó ningún papel en la resolución del caso. Del mismo modo, en *Lynch v. State*, 260 So. 3d 1166 (Fla. Dist. Ct. App. 2018), se apelaba la condena impuesta a un acusado cuya identificación se realizó mediante un sistema de reconocimiento facial a partir de una foto de móvil. El software, además del condenado, identificó a otros cuatro posibles sospechosos cuyas fotografías no fueron proporcionadas a la defensa. No obstante, el tribunal de apelación confirmó la condena bajo el argumento de que la defensa no pudo demostrar que el resultado del juicio habría sido diferente si hubiera tenido acceso a las fotografías.

<sup>51</sup> Cfr. RICHARDSON, Rashida *et al.*, *Litigating Algorithms 2019 US Report*, *op. cit.*, p. 18, en relación a Estados Unidos; y THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES, *Algorithms in the Criminal Justice System*, *op. cit.*, pp. 62 y ss., en relación a Reino Unido.

<sup>52</sup> En sus conclusiones sobre *Access to Justice - seizing the opportunities on digitalisation* (2020), el Consejo de la Unión Europea afirma que «esta falta de transparencia podría socavar la posibilidad de impugnar efectivamente las resoluciones basadas en sus resultados y, por tanto, vulnerar el derecho a un

Estos son, pues, algunos de los principales riesgos que la aplicación de la inteligencia artificial en la actividad probatoria penal plantea en relación con la salvaguardia de las garantías procesales y los derechos de los acusados. Riesgos que han de ser afrontados normativamente. En este sentido, en el contexto de la Unión Europea, el apartado 6 del Anexo III de la propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial incluye expresamente entre los sistemas de alto riesgo varios tipos de herramientas que las autoridades encargadas de aplicar el Derecho puedan emplear en la prueba de los hechos: polígrafos y herramientas utilizadas para detectar el estado emocional de una persona<sup>53</sup>; sistemas utilizados para llevar a cabo análisis criminalísticos en relación con personas físicas que permitan examinar grandes conjuntos de datos complejos, disponibles en diferentes fuentes o formatos, para detectar modelos desconocidos o descubrir relaciones ocultas en los datos; sistemas para la elaboración de perfiles de personas físicas; y sistemas empleados para la evaluación de la fiabilidad de las pruebas durante la investigación o enjuiciamiento de infracciones penales. Y otros que no aparecen mencionados específicamente habrían de ser considerados también de alto riesgo, en la medida en que cualquier tipo de sistema algorítmico utilizado en la actividad probatoria puede ser incluido en la categoría genérica de «sistemas dirigidos a asistir a las autoridades judiciales en la búsqueda e interpretación de los hechos y el Derecho y en la aplicación del Derecho a un conjunto particular de hechos» (Anexo III, apartado 8).

Esto significa que, de aprobarse finalmente esta propuesta legislativa, los diseñadores y proveedores de los sistemas empleados para estas tareas deberán cumplir una serie de obligaciones en relación al establecimiento de un sistema de gestión de riesgos (art. 9), la calidad y gestión de los datos utilizados para su desarrollo (art. 10), el mantenimiento de una documentación técnica que proporcione información sobre las características generales del sistema, sus capacidades y limitaciones, algoritmos,

---

juicio justo y a la tutela judicial efectiva, y limita los ámbitos en los que estos sistemas puedan utilizarse legalmente» (par. 41). Y, aunque en la propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial no se alude específicamente a este tipo de sistemas, parece que su utilización es difícilmente compatible con las exigencias de transparencia y explicabilidad de sus resultados que aquel texto (particularmente en la posición recientemente adoptada por el Parlamento Europeo sobre la propuesta inicial de la Comisión) impone a los sistemas que vayan a ser utilizados en la Administración de Justicia. En el Reino Unido, el informe *AI in the UK: ready, willing and able?*, elaborado en 2018 por el «Comité sobre inteligencia artificial» de la Cámara de los Lores británica, recomienda que el empleo de sistemas de decisión automáticos basados en redes neuronales profundas que puedan tener un impacto sustancial en la vida de los individuos sea demorado hasta que se encuentren soluciones técnicas que permitan su comprensibilidad plena (p. 40).

<sup>53</sup> La posición adoptada por el Parlamento Europeo en relación a la propuesta legislativa propone prohibir los sistemas utilizados para inferir las emociones de una persona en los procesos de aplicación del Derecho. *Cfr.* EUROPEAN PARLIAMENT, *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))*, Enmienda 226.

datos, entrenamiento, tests y pruebas de validación, sistemas de gestión de los riesgos, etc. (art. 11), la existencia de registros que aseguren un nivel adecuado de trazabilidad de los resultados (art. 12), las garantías de transparencia y provisión de información a los usuarios, de manera que sus resultados puedan ser interpretados y usados adecuadamente (art. 13), los mecanismos de supervisión humana del sistema (art. 14) y el aseguramiento de su precisión, robustez técnica y ciberseguridad (art. 15). Y los usuarios (el fiscal, la autoridad judicial, los peritos, las partes...) deberán utilizarlos conforme a las instrucciones de uso, asegurarse de que los datos introducidos en el sistema, si es que tienen algún control sobre ellos, son relevantes a la vista del objetivo perseguido, monitorizar su funcionamiento, conservar los registros generados automáticamente y respetar la normativa sobre protección de datos, entre otras obligaciones (art. 29).

## 2. Utilización de los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos de reincidencia criminal: el problema del perfilado y los posibles sesgos discriminatorios

Sin duda, las herramientas de inteligencia artificial cuyo empleo ha suscitado mayores reparos desde la perspectiva de la garantía de los derechos de los acusados son los denominados sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos de reincidencia criminal. Se trata de sistemas basados en algoritmos de *machine learning* que, a partir del análisis de grandes volúmenes de datos correspondientes a casos pretéritos, son capaces de identificar una serie de correlaciones entre determinados factores personales y sociales (edad, nivel de estudios, contexto familiar, situación socio-laboral, consumo de drogas, detenciones policiales, historial criminal, etc.) y el riesgo de comisión de futuros delitos, generando automáticamente modelos predictivos de reincidencia criminal. De manera que, ante un caso determinado, proporcionan a los funcionarios públicos encargados de tomar ciertas decisiones (por ejemplo, en el ámbito penitenciario, que es donde surgieron este tipo de sistemas, decisiones sobre la concesión o no de libertad condicional) una evaluación del riesgo de reincidencia, cuantificando la probabilidad de que un individuo vuelva a cometer un delito y determinando, en función de dicha probabilidad, su nivel de riesgo (normalmente «riesgo bajo», «riesgo medio o moderado» y «riesgo alto»). En la actualidad, este tipo de sistemas son ampliamente utilizados en Estados Unidos para asistir a los jueces en la toma de decisiones tan relevantes como la concesión o no de libertad provisional e incluso, en algunos casos, la determinación de la extensión de la pena y sus condiciones de cumplimiento. Es preciso señalar que, en el ámbito europeo, la propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial presentada por la Comisión Europea incluía estos sistemas entre los catalogados de «alto riesgo», lo que significa que su empleo estaría permitido siempre que se cumplan las exigencias establecidas para dicha categoría<sup>54</sup>. Sin embargo, en la posición recientemente adoptada

<sup>54</sup> En nuestro país, el actual Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal también recoge, en su artículo 485, la utilización de instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia criminal,

por el Parlamento Europeo en relación con dicho texto, se propone la prohibición de este tipo de sistemas para tareas de aplicación del Derecho<sup>55</sup>. Habrá que esperar, pues, para ver cuál es finalmente el estatus jurídico de estos sistemas en la futura regulación europea.

Además de los aspectos ya mencionados sobre la posible falta de transparencia de los algoritmos y el peligroso deslizamiento hacia una justicia predictiva de carácter eminentemente preventivo, el empleo de estos sistemas en el proceso penal suscita también el problema del «perfilado». Esto es, el uso de perfiles genéricos para la toma de decisiones que recaen sobre personas individualizadas, práctica que puede incidir negativamente en la presunción de inocencia. Y, en estrecha relación con ello, se encuentra la preocupación por la existencia de posibles sesgos discriminatorios, que podrían vulnerar el derecho del acusado a un juicio imparcial y el principio de igualdad. Cuestiones todas ellas que fueron objeto de debate en el notorio caso *State v. Loomis* (2016), en el que el Tribunal Supremo de Wisconsin sostuvo la constitucionalidad del empleo de estas herramientas (en este caso concreto, el sistema COMPAS, que es el más habitual en los tribunales estadounidenses) siempre que se respeten determinadas cautelas, en lo que constituye hasta ahora la última palabra judicial en aquel país sobre esta cuestión<sup>56</sup>.

El problema del «perfilado» se plantea en tanto las evaluaciones automáticas del riesgo de reincidencia que proporcionan estos sistemas se basan en datos de grupos de población que comparten determinadas características, y no en las circunstancias específicas y singulares del individuo sometido a evaluación. Nos hallamos aquí ante un efecto de la denominada «justicia actuarial». Como explica Dominique Robert, una de las características fundamentales de este enfoque es que reconstruye los fenómenos individuales y sociales como factores de riesgo. Por tanto, la unidad de análisis no es ya el individuo o sujeto biográfico sino un perfil de riesgo. A través de técnicas actuariales, «la identidad individual es fragmentada y reconfigurada en una

---

aunque no hace referencia expresa a los sistemas basados en inteligencia artificial. En todo caso, según dicho proyecto, estas herramientas deberán incluir todos los parámetros estadísticos que permitan evaluar tanto su fiabilidad como su capacidad predictiva; habrán de especificar el tamaño de la población con el que han sido construidos, las variables utilizadas como factores de riesgo, los criterios de medición empleados para ponderar dichos factores, asignando puntuaciones, y el tiempo de validez de la predicción; y tendrán que identificarse los estudios de validación realizados.

<sup>55</sup> Cfr. EUROPEAN PARLIAMENT, *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023...*, *op. cit.*, Enmienda 224.

<sup>56</sup> Entre dichas cautelas, las principales son que los resultados del sistema no sean vinculantes para el juez y que la decisión de este no pueda basarse únicamente en aquellos resultados. Para un análisis más detallado de todas las cuestiones abordadas en este caso y la polémica decisión del tribunal, cfr: SOLAR CAYÓN, José Ignacio, «Inteligencia artificial en la justicia penal: los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos», en José Ignacio Solar (ed.), *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, 2020, pp. 125-172.

combinación de variables asociadas con diferentes categorías y niveles de riesgo»<sup>57</sup>. Un perfil no se ajusta, por tanto, a las características de ningún individuo específico, sino que es una construcción algorítmica resultante de la combinación de diferentes variables identificadas a partir de coincidencias entre algunos de los atributos del individuo sometido a análisis y los perfiles inferidos a partir de un conjunto de atributos extraídos de una masa de individuos<sup>58</sup>, de manera que se atribuye al individuo una peligrosidad sencillamente por el hecho de compartir ciertas características grupales.

El problema se agudiza si tenemos en cuenta el delicado y complejo problema de los sesgos. El caso de COMPAS es muy ilustrativo en este punto. Un estudio de la ONG *ProPublica* había denunciado la existencia de un sesgo racial en su algoritmo, indicando que mostraba una tendencia a etiquetar erróneamente a los acusados negros como individuos de alto riesgo de reincidencia con más frecuencia que a los blancos, e, inversamente, a etiquetar erróneamente a los acusados blancos como individuos de bajo riesgo de reincidencia con más frecuencia que a los negros<sup>59</sup>. Esta acusación fue contestada por la compañía propietaria de COMPAS en un informe que mostraba que el análisis de *ProPublica* contenía algunos errores técnicos: por un lado, omitía cualquier consideración de la «tasa base» en la interpretación de sus resultados, no teniendo en cuenta las diferentes tasas de reincidencia realmente existentes entre los detenidos de raza negra (51%) y de raza blanca (39%) en la jurisdicción, como mostraban las estadísticas históricas; y, por otro, ignoraba diversas métricas de imparcialidad que COMPAS parece satisfacer plenamente, como la «paridad predictiva» (sus resultados poseen valores predictivos similares para individuos de distintos grupos raciales) y la «calibración» (el sistema discrimina entre reincidentes y no reincidentes igualmente bien en los diversos grupos)<sup>60</sup>. Más allá de las complejidades y sutilezas metodológicas, lo que la discusión venía a poner de manifiesto, fundamentalmente, es, en primer lugar, la existencia de diversas concepciones técnicas y métricas de «imparcialidad», cada una de ellas con sus limitaciones e incompatibilidades, y, en segundo lugar, y sobre todo, que el algoritmo de COMPAS parecía reflejar de manera fiel el sesgo racista del sistema policial y judicial, como demuestra el hecho de que sus tasas de acierto en la predicción de la reincidencia (como reconocía incluso el estudio de *ProPublica*) eran similares en ambos grupos<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> ROBERT, Dominique, «Actuarial Justice», en Mary Bosworth (ed.), *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, London, Sage Publications, 2005, p. 11.

<sup>58</sup> Cfr. YEUNG, Karen, «Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation», *Regulation & Governance*, 12 (2018), p. 515.

<sup>59</sup> Cfr. LARSON, Jeff *et al.*, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, ProPublica, 2016.

<sup>60</sup> Cfr. DIETERICH, William *et al.*, *COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity*, Northpointe, 2016.

<sup>61</sup> También el estudio independiente de DRESSEL, Julia y FARID, Hany, «The Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism», *Science Advances*, 4-1 (2018), ha demostrado la paridad predictiva de COMPAS: 67% para blancos y 64% para negros (p. 4).



Dicho de otra manera: si, ya sea por razones históricas, culturales, socioeconómicas, etc., el funcionamiento del sistema judicial está racialmente sesgado, en el marco de dicho sistema las predicciones solo podrán ser igualmente precisas para los diversos grupos raciales si el algoritmo refleja adecuadamente aquel sesgo<sup>62</sup>. En estas condiciones, a la hora de determinar los parámetros del sistema, parece haber, pues, un compromiso o tensión inherente entre precisión predictiva e imparcialidad racial<sup>63</sup>. Es también significativo a este respecto que COMPAS sí aplica directamente modelos predictivos diferentes para hombres y mujeres, en tanto estas tienen tasas históricas de reincidencia sensiblemente inferiores a las de los varones, por lo que un algoritmo neutro o imparcial desde el punto de vista del género conduciría a una sobreestimación sistemática del riesgo de reincidencia de las mujeres y, por tanto, a resultados injustos para ellas. Y, de hecho, en *State v. Loomis* el tribunal aceptó esta discriminación como justificada. Lo que muestra, en relación al empleo de este tipo de sistemas, cómo la precisión en las predicciones puede requerir, en ocasiones, la toma en consideración de criterios técnicos que, a priori, podrían considerarse jurídicamente discriminatorios. Aunque cabe preguntarse si el logro de dicha precisión no sería a costa de reforzar los sesgos sociales ya existentes. En la búsqueda de este compromiso entre precisión predictiva e imparcialidad racial hay quienes incluso abogan por que el algoritmo tome en consideración directamente el factor racial y el modo en que este incide en la realidad social, al objeto de que el sistema de evaluación de riesgos pueda contrarrestar y mitigar los resultados racialmente discriminatorios derivados de un sistema policial y judicial racialmente sesgado<sup>64</sup>. Nos enfrentamos aquí, pues, a delicadas y complejas cuestiones éticas que atañen a la pugna entre diferentes concepciones acerca de lo que debe entenderse por «imparcialidad» y de cuáles han de ser los adecuados criterios algorítmicos para su realización o verificación.

Por todo ello, al objeto de evaluar adecuadamente la fiabilidad y el impacto de las predicciones de estos sistemas, es fundamental la exigencia de transparencia, no solo en relación al código fuente del algoritmo sino también al *data set* empleado para su entrenamiento, de manera que puedan conocerse aspectos como el tamaño de la población tomada como muestra, el origen de esa población y sus características (diversidad racial, de género...), las variables utilizadas como factores de riesgo, el peso relativo asignado a cada uno de esos factores, los estudios de validación de los resultados del sistema en el entorno en el que va a ser aplicado y las evaluaciones de su potencial

<sup>62</sup> Cfr. CHOULDECHOVA, Alexandra, «Fair prediction with disparate impact: A study of bias in recidivism prediction instruments», *Big Data*, 5-2 (2017), pp. 160-162.

<sup>63</sup> Cfr. KLEINBERG, Jon *et al.*, «Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores», *Leibniz International Proceedings in Informatics*, 67 (2017), pp. 1-23.

<sup>64</sup> Cfr. KLEINBERG, Jon *et al.*, «Discrimination in the age of algorithms», *Journal of Legal Analysis*, 10 (2018), pp. 154-160; y YANG, Crystal S. y DOBBIE, Will, «Equal Protection under Algorithms: A New Statistical and Legal Framework», *Michigan Law Review*, 119-2 (2020), pp. 291-396.

impacto discriminatorio, entre otros. En este sentido, ha de señalarse que, en principio, tanto la propuesta de la Unión Europea de Reglamento sobre Inteligencia Artificial (en relación con todos los sistemas catalogados de «alto riesgo») como el proyecto español de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (en relación específicamente a estos sistemas de evaluación de riesgos de reincidencia) imponen dichas obligaciones.

Sin embargo, ello no resulta suficiente. Como muestran las variadas experiencias de empleo de estos sistemas en los Estados Unidos, sería muy importante que, más allá de aquellos aspectos técnicos, la regulación de los mismos (en el caso de que finalmente el Reglamento europeo admitiera su utilización) atendiese también al contexto institucional específico en el que estos sistemas se insertan, determinando claramente las condiciones de empleo y el valor de sus resultados en el proceso de toma de decisiones judiciales. En esta dirección, sería importante precisar al menos, en primer lugar, en qué tipo de decisiones y para qué finalidades pueden ser utilizados sus resultados (¿concesión de libertad provisional, sustitución de penas privativas de libertad por otras alternativas, determinación de la extensión de la pena, condiciones de cumplimiento de la pena, concesión de libertad condicional...?), y, en segundo lugar, qué carácter o valor han de tener esos resultados para el juez en el marco del procedimiento de toma de decisiones (si son vinculantes o meramente orientativos, qué peso tienen frente a otros elementos probatorios o indiciarios, si un resultado de «alto riesgo» de reincidencia puede ser tomado en cuenta directamente o exige su confirmación mediante la apertura de una investigación individualizada...). Aspectos de cuya determinación puede depender también, en última instancia, la compatibilidad del empleo de estos sistemas con el exigible respeto a las garantías procesales y los derechos de los acusados.

**UNA EVALUACIÓN DE LA FUNDAMENTACIÓN GENÉRICA  
DE LOS DERECHOS HUMANOS DIGITALES<sup>1</sup>**

Jorge Crego<sup>2</sup>

**1. INTRODUCCIÓN**

La digitalización de las sociedades contemporáneas y el dominio del discurso de los derechos humanos son dos fenómenos que caracterizan el presente. Términos como «sociedad de la información» se emplean para describir las sociedades actuales<sup>3</sup>. Pese a que se discute hasta qué punto la sociedad de la información resulta de una continuidad o una ruptura con el pasado, existe cierto consenso en que la información, lo digital o el ciberespacio tienen una importancia sustancial en la actualidad. A su vez, la idea de los derechos humanos ha sido situada como uno de los discursos dominantes de nuestro tiempo<sup>4</sup>, en ocasiones denominado «el tiempo de los derechos»<sup>5</sup>.

El discurso de los derechos humanos ha entrado de lleno en la discusión acerca de las tecnologías digitales<sup>6</sup>. Entre estas, el «ciberespacio» ha sido caracterizado como una «idea relevante para los derechos humanos»<sup>7</sup>. Algunos autores afirman que «el ciberespacio constituye el más importante reto que los derechos y libertades han de

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del proyecto *Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política* (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033.

<sup>2</sup> Profesor Ayudante Doctor. Universidade da Coruña.

<sup>3</sup> WEBSTER, Frank, *Theories of the Information Society*, 4.<sup>a</sup> ed., Abingdon, Routledge, 2014.

<sup>4</sup> *Vid., e. g.*, BEITZ, Charles R., *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009; CRUFT, Rowan, LIAO, S. Matthew y RENZO, Massimo, «The Philosophical Foundations of Human Rights. An Overview», en Rowan Cruft, S. Matthew Liao y Massimo Renzo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 1-41.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

<sup>6</sup> KARPPINEN, Kari, «Human rights and the digital», en Howard Tumber y Silvio Waisbord (eds.), *The Routledge Companion to Media and Human Rights*, Londres, Nueva York, Routledge, 2017, pp. 95-103.

<sup>7</sup> FIDLER, David P., «Cyberspace and human rights», en Nicholas Tsagourias y Russell Buchan (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 130-151.

afrontar en el mundo de hoy»<sup>8</sup>. Aunque tal afirmación pueda resultar exagerada, no es descabellado considerar que los desafíos prácticos y teóricos que el ciberespacio plantea a los derechos humanos merecen una reflexión atenta. Una de las cuestiones más discutidas en este ámbito es la relativa a la existencia o necesidad de unos derechos humanos digitales que protejan a las personas en el ciberespacio.

En la teoría de los derechos humanos, la discusión fundamental se refiere al modo en que los derechos humanos se plasman en el ciberespacio. Acerca de esta cuestión es posible distinguir dos posiciones generales. La primera se ha identificado como el paradigma de la «equivalencia normativa»<sup>9</sup>, que se puede resumir en la afirmación de que «los mismos derechos que las personas tienen *offline* también deben estar protegidos en Internet»<sup>10</sup>. La idea es que los derechos humanos son los mismos en el ciberespacio que en cualquier otro ámbito, por lo que la enumeración de derechos humanos ya consagrada y su justificación son suficientes. El paradigma de los nuevos derechos humanos digitales<sup>11</sup>, por contra, afirma que ciertas características específicas del ciberespacio exigen la identificación de nuevos derechos que se distinguen esencialmente de los derechos humanos preexistentes.

El objetivo del presente trabajo es investigar la fundamentación de la necesidad de nuevos derechos humanos para el ciberespacio. Se defenderá que en la base de esta posición se encuentra de forma más o menos explícita la idea de que el ciberespacio es un «espacio» con unas características particulares que justifican la necesidad de nuevos derechos humanos. Entre esas características particulares destacan la descentralización y la desterritorialización, que impiden que los catálogos de derechos preexistentes protejan debidamente a los individuos en el ciberespacio. La solución pasaría por ampliar el catálogo de derechos humanos, incluyendo nuevos derechos digitales.

Habitualmente, la propuesta de identificación de nuevos derechos humanos para el ciberespacio se presenta en el marco de un «catálogo» de derechos digitales de naturaleza homogénea. En ocasiones, se sostiene incluso que este conjunto de derechos digitales formaría una nueva generación de derechos<sup>12</sup>. Estos catálogos incorporan tanto

<sup>8</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho: Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 40.

<sup>9</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline) World as We Know It: from Human Rights to Digital Human Rights – a Proposed Typology», *Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper*, 32-1249-1282 (2021).

<sup>10</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*, 16 de julio de 2012, A/HRC/RES/20/8. Se emplea una traducción propia del inglés, el documento original aprobado por el Consejo de Derechos Humanos. La traducción ofrecida por las Naciones Unidas es la siguiente: «los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet».

<sup>11</sup> En el texto, en ocasiones, se empleará el término «derechos digitales» por abreviar. En cualquier caso, este término habrá de entenderse referido a los nuevos derechos humanos digitales.

<sup>12</sup> *Vid., e.g.*, BUSTAMANTE, Javier, «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica», *CTS+ I: Revista iberoamericana de Ciencia, Tecnología,*

reinterpretaciones radicales de viejos derechos como identificaciones de «genuinos» nuevos derechos<sup>13</sup>.

La tesis de este trabajo es que la propuesta de ampliación del catálogo de derechos es inadecuada para resolver los retos derivados de la descentralización y la desterritorialización existente en el ciberespacio. La propuesta de derechos digitales descansa en dos premisas: (i) que el catálogo preexistente no protege debidamente a los individuos en el ciberespacio y (ii) que un nuevo catálogo resuelve las insuficiencias. Este trabajo se centra en la evaluación de la segunda premisa y defiende que la descentralización y la desterritorialización plantean problemas que no se pueden resolver con la incorporación de nuevos derechos al catálogo, sino con una reformulación de la concepción dominante de los derechos humanos dirigida, sobre todo, a considerar los servicios de intermediación como portadores de deberes en materia de derechos humanos. Lo que está en cuestión es la idea de que los estados son los únicos responsables en materia de derechos humanos. Además, se argumentará que la descentralización y la desterritorialización no son fenómenos exclusivos del ciberespacio. Por ello, enfocar estos problemas como asuntos del ámbito digital exclusivamente impide aprovechar las discusiones teóricas desarrolladas fuera del ámbito del ciberespacio.

Para el objeto de este trabajo, se entenderá por «derechos humanos» aquellos derechos morales que se han de atribuir a todo ser humano por el mero hecho de serlo<sup>14</sup> y que reflejan «normas de alta prioridad»<sup>15</sup>. El presente estudio no valorará la necesidad

---

*Sociedad e innovación*, 1-3 (2001), pp. 1-24; RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, «La Cuarta Ola de Derechos Humanos: los Derechos Digitales», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 25-1 (2014), pp. 15-45; RALLO LOMBARTE, Artemi, «Una nueva generación de derechos digitales», *Revista de estudios políticos*, 187 (2020), pp. 101-135; BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución de los derechos digitales*, Chile, Olejnik, 2021.

<sup>13</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>14</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of Human Rights*, 2.<sup>a</sup> ed., Malden, Blackwell Publishing, 2007, p. 68; GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 2. Beitz ofrece una crítica a este modo de entender los derechos humanos; *vid.* BEITZ, Charles R., *The Idea of...*, *op. cit.*, pp. 48-72.

<sup>15</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, *op. cit.*, p. 23. El presente trabajo parte de una concepción normativa de los derechos humanos porque otras concepciones harían irrelevante la pregunta por la existencia de nuevos derechos digitales; *vid.*, DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1258. Una posición escéptica respondería que no existen nuevos derechos humanos para el ciberespacio porque no existen los derechos humanos. Una posición sociológica, que toma como criterio de la existencia de derechos humanos lo que recogen los ordenamientos estatales y el derecho internacional es incapaz de ofrecer una respuesta a preguntas sobre el deber ser de los derechos humanos; *vid.*, e. g., SCHULZ, William F. y RAMAN, Sushma, *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 2020, pp. 17-19. Aunque algunos autores en ocasiones privilegian el concepto «derechos fundamentales», generalmente lo hacen de tal modo que estos últimos se refieren al menos a un cierto grupo de derechos humanos: los derechos humanos positivizados en una constitución; *vid.*, BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 19. Por ello, a los efectos del presente estudio, no parece incorrecto tratar la idea de «derechos humanos» y de «derechos fundamentales» como similares, aprovechando los argumentos empleados con respecto a ambas ideas.

de crear nuevas normas para regular las relaciones sociales y las comunidades existentes en el ciberespacio, ni siquiera la necesidad de crear nuevos derechos *simpliciter*. Lo que se evaluará es la necesidad o conveniencia de reconocer nuevos *derechos humanos*. Por último, el trabajo se limita a evaluar la fundamentación teórica genérica de los derechos digitales en las características del ciberespacio<sup>16</sup>, que normalmente descansa sobre su carácter descentralizado y desterritorializado. Por tanto, no se evaluarán ni las justificaciones específicas de cada uno de los derechos digitales propuestos ni los argumentos de naturaleza prudencial en favor de la creación de nuevos catálogos de derechos digitales<sup>17</sup>. Al enfocarse en fundamentos genéricos de los derechos digitales se perderá la posibilidad de evaluar los argumentos específicos dirigidos a mostrar que el alcance de los derechos preexistentes, es decir, los beneficios, libertades, poderes o inmunidades que otorgan a sus titulares<sup>18</sup>, no cubre ciertos bienes o no protegen ante ciertas amenazas particulares originadas en el ciberespacio. Sin embargo, este enfoque permitirá cuestionar la categoría de «derechos digitales» en su totalidad e identificar mejores modos de resolver los retos presentes en el ciberespacio. Además, estos argumentos específicos en ocasiones parecen derivarse de características genéricas del ciberespacio, por lo que la evaluación del fundamento genérico debe preceder a la de los argumentos específicos.

Tras esta breve introducción, el trabajo se estructurará del siguiente modo. El segundo apartado presenta el paradigma de los derechos digitales, clarificando su contenido esencial y señalando ciertas dificultades de deslinde entre paradigmas. El tercer apartado explora los argumentos empleados para fundamentar la necesidad de nuevos derechos humanos digitales. El apartado cuarto caracteriza el paradigma de los derechos digitales como un «excepcionalismo de los derechos digitales», señalando las coincidencias entre este y el excepcionalismo. Entre las características que se emplean para justificar el excepcionalismo del ciberespacio y la necesidad de nuevos derechos destacan el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio. Tras presentar esta fundamentación y su carácter excepcionalista, el trabajo explora críticamente la propuesta de crear nuevos derechos humanos digitales para resolver los problemas derivados de la descentralización y la desterritorialización. Se argumenta que la solución no pasa por la ampliación del catálogo de derechos sino por una revisión de la concepción dominante de los derechos humanos, especialmente en lo que respecta a su

<sup>16</sup> Besson habla de justificaciones generales y específicas. Se emplea aquí el término «genéricas» para referirse a justificaciones que, sin referirse a todos los derechos humanos, sí se refieren a un «género» o categoría concreta, en este caso los derechos digitales; *vid.* BESSON, Samantha, «Justifications», en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah y Sandesh Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp. 23-42.

<sup>17</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1280-1281.

<sup>18</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, *op. cit.*, p. 42.

consideración como «normas políticas» cuyos obligados primarios son exclusivamente los estados.

## 2. EL PARADIGMA DE LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS DIGITALES

El paradigma de los nuevos derechos humanos digitales surge como alternativa al que se ha denominado «paradigma de la equivalencia normativa»<sup>19</sup>. El segundo se resume en la idea ya mencionada de que «los mismos derechos que las personas tienen *offline* también deben estar protegidos en Internet». En consecuencia, los derechos *online* y los derechos *offline* serían una misma cosa y no existiría una categoría autónoma de derechos digitales<sup>20</sup>. Los derechos humanos clásicos, quizá con adaptaciones menores, se entienden entonces como suficientes para proteger debidamente a los seres humanos en el ciberespacio y no sería necesario ni renovar el catálogo ni reconocer una nueva generación de derechos humanos.

Por su parte, el paradigma de los derechos digitales rechaza que los derechos humanos preexistentes protejan adecuadamente a los individuos en el ciberespacio. Tal como aquí se caracteriza, este paradigma no implica necesariamente la afirmación de que los derechos humanos clásicos no extienden su protección al ciberespacio, sino que esta extensión es insuficiente, por la aparición de nuevos bienes merecedores de protección o nuevas amenazas para los seres humanos en el ciberespacio. Tanto las declaraciones de derechos digitales (*v. gr.*, art. 79 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) como los autores que defienden la necesidad de derechos digitales reconocen la aplicabilidad de los derechos humanos clásicos en el ciberespacio<sup>21</sup>; lo que añaden es la necesidad de adaptar dichos derechos y, especialmente, de complementarlos con nuevos derechos. Esto último es lo que distingue el paradigma de los derechos digitales<sup>22</sup>.

La insuficiencia de los derechos humanos clásicos en el ciberespacio se suele fundar en la existencia de nuevas amenazas y de nuevas necesidades. En primer lugar, en el ciberespacio, existen nuevas amenazas para los seres humanos que requieren nuevas garantías de protección. En este caso, los nuevos derechos protegerían bienes ya reconocidos en los catálogos preexistentes. Esos bienes estarían amenazados por

<sup>19</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>20</sup> LAND, Molly, «Toward an International Law of the Internet», *Harvard International Law Journal*, 54-2 (2013), pp. 393-458; FIDLER, David P., «Cyberspace and...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>21</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>22</sup> La Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España, de 14 de julio de 2021, es más difícil de clasificar. En su preámbulo, afirma que el objetivo no es «crear nuevos derechos fundamentales» sino de «perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares». Esta afirmación parece aproximarla al paradigma de la equivalencia. La idea de los derechos digitales como derechos «auxiliares» se relaciona con el concepto de «derechos derivados» que se evaluará al final de este apartado.

nuevos fenómenos asociados al ciberespacio y esas nuevas amenazas no estarían convenientemente tratadas por los derechos preexistentes. Un ejemplo puede observarse en el derecho a la desconexión digital tal como lo presenta BARRIO ANDRÉS<sup>23</sup>. Según este autor, estaríamos ante un derecho que «va más allá del tradicional derecho al descanso». Ese derecho tradicional se ve amenazado por novedades tecnológicas que refuerzan la conexión y disponibilidad permanente de los trabajadores. Frente a esto, BARRIO ANDRÉS argumenta que resulta apropiada una nueva garantía de desconexión digital<sup>24</sup>. En segundo lugar, el surgimiento de nuevas posibilidades en el ciberespacio permitiría la aparición de nuevas necesidades o intereses, nuevos bienes, que no se encuentran recogidos en las declaraciones preexistentes o que, al menos, son una reformulación esencial de bienes preexistentes. En ambos casos cabría hablar de bienes autónomos no incorporados en los catálogos de derechos humanos. DROR-SHPOLIANSKY y SHANY hablan de «necesidades e intereses únicos» que justifican la aparición de nuevos derechos humanos digitales<sup>25</sup>. SARTOR sigue una argumentación similar para señalar que las tecnologías de la información y la comunicación generan nuevas oportunidades valiosas para los seres humanos que además pueden implementarse con un esfuerzo moderado<sup>26</sup>. Para DROR-SHPOLIANSKY y SHANY, el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado sería una instancia de este caso, dado que «resulta difícil identificar una preocupación similar en el mundo *offline*»<sup>27</sup>.

La distinción entre el reconocimiento de nuevos bienes y la reformulación esencial de bienes preexistentes se manifiesta también en una distinción entre «genuinos» nuevos derechos y «actualizaciones de derechos preexistentes». Esta distinción radicaría en el grado de conexión de los nuevos derechos con los derechos preexistentes. En algunos casos, los derechos digitales derivan de una «reinterpretación radical» de algún derecho preexistente<sup>28</sup>. Para algunos autores, a través de estas reinterpretaciones, los derechos preexistentes adquieren «tantos nuevos matices en el mundo digital que

<sup>23</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, pp. 77-81.

<sup>24</sup> BARRIO ANDRÉS no señala que este nuevo derecho sea un derecho humano. Cuando este autor trata la cuestión de qué derechos digitales deberían tener rango constitucional identifica, «al menos, el derecho de acceso a internet y el derecho a la ciberseguridad»; *vid., ibid.*, p. 112. En cualquier caso, si el derecho al descanso merece ser considerado un derecho humano y el derecho a la desconexión digital protege el descanso laboral de nuevas amenazas, sería razonable concluir que el derecho a la desconexión digital, de no formar parte del derecho al descanso, merece ser considerado un derecho humano.

<sup>25</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1286.

<sup>26</sup> SARTOR, Giovanni, «Human Rights in the Information Society: Utopias, Dystopias and Human Values», en Mario Viola de Azevedo Cunha, *et al.* (eds.), *New Technologies and Human Rights. Challenges to Regulation*, Londres, Nueva York, Routledge, 2013, pp. 11-26.

<sup>27</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1286.

<sup>28</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, pp. 32-33; DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1267.



terminan dotándole[s] de autonomía propia»<sup>29</sup>. Sin embargo, existen también nuevos derechos que «no tienen un paralelismo estrecho en el mundo *offline*»<sup>30</sup>. En general, los nuevos derechos tienen uno o más derechos «matriz» en el ámbito *offline*, pero en este segundo caso se entiende que la relación es tan tenue que estamos ante algo más que una mera adaptación.

De lo expuesto hasta este punto puede caracterizarse el paradigma de los derechos digitales como una propuesta de ampliación del catálogo de derechos humanos, incluyendo nuevos derechos que protegerían nuevos intereses en el ámbito digital o enfrentarían nuevas amenazas digitales. Estos nuevos derechos completarían un catálogo formado por derechos humanos clásicos, cuya aplicación se extendería al ciberespacio y cuyos contornos se adaptarían a este nuevo escenario. De todos modos, no es sencillo establecer la frontera entre el paradigma de la equivalencia y el de los derechos digitales. Esto es así porque incluso los derechos más radicalmente novedosos acaban por relacionarse, de un modo u otro, con uno o varios derechos «matriz»<sup>31</sup>. Resulta difícil determinar en qué punto se pasa de una simple adaptación, que en general no supondría la aparición de un nuevo derecho<sup>32</sup>, al punto en que esos nuevos derechos adquieren «autonomía propia». Quizá la solución más sencilla sería la de identificar «nuevas necesidades o intereses» que justifiquen la aparición de un derecho autónomo, es decir, justificar los nuevos derechos por la falta de cobertura en el alcance de los viejos derechos. Sin embargo, esta solución no parece ser la adoptada por DROR-SHPOLIANSKY y SHANY<sup>33</sup>, ya que consideran que las meras «adaptaciones» o «recalibraciones» de

<sup>29</sup> RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, «La Cuarta Ola de Derechos...», *op. cit.*, p. 32. En ocasiones no resulta sencillo determinar si, para DROR-SHPOLIANSKY y SHANY y para BARRIO ANDRÉS, estas «reinterpretaciones radicales» implican la aparición de nuevos derechos. Barrio Andrés distingue entre adaptaciones de derechos ya vigentes y nuevos derechos; *vid.*, BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho: Bases estructurales...*, *op. cit.*, p. 153. DROR-SHPOLIANSKY y SHANY parecen identificar las reinterpretaciones como pertenecientes todavía al paradigma de la identidad y, por tanto, insuficientes para generar nuevos derechos; *vid.*, DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1266.

<sup>30</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1268.

<sup>31</sup> *Id.* En la cuestión de los nuevos derechos humanos suele señalarse que una estrategia habitual para defender su reconocimiento es vincularlos a derechos ya consolidados, lo que guardaría relación con la idea de derechos «matriz»; *vid.*, BRYSK, Alison, «Expanding rights: new frames for violence against women», en Alison Brysk y Michael Stohl (eds.), *Expanding Human Rights. 21st Century Norms and Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 77-93. RIOFRÍO defiende incluso que los nuevos derechos están ya latentes en las generaciones de derechos precedentes; *vid.*, RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, «La Cuarta Ola de Derechos...», *op. cit.*, p. 17. Esta conexión con derechos preexistentes, que tiene que ver seguramente con la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos, dificulta la clarificación de en qué casos cabe hablar de nuevos derechos.

<sup>32</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 32; DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1266.

<sup>33</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1266.

derechos preexistentes, que además identifican como parte del paradigma de la equivalencia, también tienen en cuenta nuevas necesidades e intereses.

Otra posibilidad para resolver la indeterminación de la distinción entre adaptaciones, típicas del paradigma de la equivalencia, y derechos digitales con entidad autónoma es la idea de derechos derivados. Este concepto ha sido empleado en ocasiones para justificar la existencia de derechos digitales<sup>34</sup>. Los derechos derivados se relacionan con un derecho general o abstracto que justificaría un derecho más específico<sup>35</sup>. Esto permite que los derechos derivados presten mayor atención a las circunstancias históricas particulares<sup>36</sup>. Tal característica pareciera especialmente valiosa en el caso de los derechos digitales, que serían derivaciones de derechos abstractos o «matriz» adaptadas a las particularidades del ciberespacio o la sociedad de la información. Sin embargo, como afirma NICKEL, existen tres tipos de derechos derivados: (i) aquellos cuyo alcance está incluido en el derecho abstracto, (ii) aquellos cuyo reconocimiento es necesario para la implementación efectiva del derecho abstracto, y (iii) aquellos que sirven para reducir las probabilidades de violaciones del derecho abstracto<sup>37</sup>. Cualquiera de los tres tipos parece insuficiente para fundamentar la existencia autónoma de los derechos digitales. Los dos últimos reconocen la existencia de un derecho que auxilia una necesidad o interés preexistente que, parece razonable pensar, no sería específico del ciberespacio. El primero no parece reconocer la existencia de un genuino nuevo derecho. En este sentido, la idea de un derecho derivado parece conectar de forma clara con un paradigma de la equivalencia, bien porque el derecho clásico ya incluiría el alcance del derecho digital, que sería una simple adaptación, bien porque el derecho digital serviría para proteger un interés o una necesidad existente fuera del ciberespacio.

### 3. EL EXCEPCIONALISMO COMO FUNDAMENTO GENÉRICO DE LOS DERECHOS DIGITALES: DESCENTRALIZACIÓN Y DESTERRITORIALIZACIÓN

En general, las propuestas de reconocimiento de nuevos derechos humanos digitales no suelen prestar demasiada atención al problema de su fundamentación. En concreto, el problema de la fundamentación de los derechos digitales debe responder a la pregunta de por qué son necesarios esos nuevos derechos o, lo que es lo mismo, por qué no son suficientes los derechos humanos clásicos. Por desgracia, el paradigma de los nuevos derechos digitales parece asumir de forma acrítica la idea de BOBBIO de que «respecto de los derechos del hombre el problema grave de nuestro tiempo [es] no el

<sup>34</sup> MATHIESEN, Kay, «Human Rights for the Digital Age», *Journal of Mass Media Ethics*, 29-1 (2014), pp. 2-18.

<sup>35</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, op. cit., p. 87.

<sup>36</sup> GRIFFIN, James, *On Human Rights*, op. cit., p. 50.

<sup>37</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, op. cit., p. 87.

de fundamentarlos sino el de protegerlos»<sup>38</sup>. Igual que BOBBIO consideró que la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos zanjaba la cuestión de la fundamentación, los defensores de los derechos humanos digitales centran su atención en la promoción y evaluación de catálogos de derechos digitales<sup>39</sup>.

Al contrario de lo que sucede con los derechos humanos clásicos, no existe acuerdo acerca del catálogo de derechos digitales, o al menos no a un nivel comparable a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Precisamente por esto, el problema de la fundamentación de los derechos humanos digitales es un problema central de la teoría de los derechos humanos en el ciberespacio. Además, en el caso de los derechos digitales, la pregunta por su fundamento es la pregunta por la necesidad de una carta de derechos específicos para el ciberespacio. Lo que se trata de fundamentar es la existencia independiente de derechos humanos para el ciberespacio. Antes de promulgar una declaración de derechos digitales es conveniente entonces cuestionarse si tal declaración es necesaria. Esto, en definitiva, equivale a cuestionarse cuál es el fundamento genérico de los derechos digitales.

El paradigma de los derechos digitales descansa en una concepción excepcionalista del ciberespacio. Precisamente esa base excepcionalista es la que aporta los elementos centrales de la fundamentación genérica de los derechos digitales: el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio.

El excepcionalismo defiende que el ciberespacio es un espacio que no se puede considerar «funcionalmente idéntico» al «espacio real» o espacio *offline*<sup>40</sup>. Esta concepción surge originariamente asociada a las posturas ciberanarquistas para justificar que el ciberespacio no puede o no debe ser objeto de regulación por parte de los estados soberanos<sup>41</sup>. Esta concepción «política» del excepcionalismo ha ido perdiendo apoyo, pero la idea subyacente de que el ciberespacio posee unas características excepcionales sigue siendo fundamental para otras concepciones menos utopistas del ciberespacio<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Madrid, Altaya, 1999, p. 129; BUSTAMANTE, Javier, «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>39</sup> BUSTAMANTE, Javier, «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos...», *op. cit.*; RALLO LOMBARTE, Artemi, «Una nueva generación de derechos digitales», *op. cit.*; BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, *passim*. RIOFRÍO sí trata directamente el problema de la fundamentación; *vid.* RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, «La Cuarta Ola de Derechos...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>40</sup> POST, David G., «Against “against cyberanarchy”», *Berkeley Technology Law Journal*, 17-1 (2002), pp. 1365-1387.

<sup>41</sup> JOHNSON, David R. y POST, David, «Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace», *Stanford Law Review*, 48-5 (1996), pp. 1367-1402; COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *Columbia Law Review*, 107-1 (2007), pp. 210-256; BARLOW, John Perry, «A Declaration of the Independence of Cyberspace», *Duke Law & Technology Review*, 18-1 (2019), pp. 5-7.

<sup>42</sup> COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *op. cit.*, pp. 218-219.

Este excepcionalismo «tecnológico»<sup>43</sup> o «experiencial»<sup>44</sup> considera que el ciberespacio, como red de información, posee unas características particulares que lo distinguen de forma radical de otras tecnologías y del «mundo real»<sup>45</sup>. El paradigma de los derechos digitales asume ese excepcionalismo tecnológico e infiere de él la necesidad de reconocer nuevos derechos. Esta propuesta se adapta a la máxima excepcionalista de que «[e]l derecho de cualquier lugar debe tener en cuenta las características especiales del espacio que regula»<sup>46</sup>. Como afirma COHEN<sup>47</sup>, las teorías jurídicas sobre el ciberespacio suelen deslindarse a partir de la cuestión relativa a si el ciberespacio es diferente del «espacio real» en aspectos que deberían afectar a la formulación de nuevas normas. En este sentido, los derechos digitales serían la respuesta adecuada a las nuevas amenazas y nuevos intereses que se derivan de las características excepcionales del ciberespacio. Quizá una adecuada reconstrucción del discurso de los derechos digitales que explicita su conexión con el excepcionalismo tecnológico sería la siguiente: el ciberespacio posee «atributos únicos» que lo distinguen del espacio *offline*; estos atributos generan nuevos tipos de relaciones humanas, nuevas manifestaciones de poder e, incluso, una nueva condición humana; estas novedades requieren «el desarrollo de nuevos derechos humanos digitales, liberados de la sombra de los derechos humanos»<sup>48</sup>.

La cuestión que ha de plantearse entonces es cuáles son esas características excepcionales del ciberespacio que justifican unos derechos humanos específicos. Aunque el discurso de los derechos digitales se preocupa más por la enumeración de nuevos derechos que por su fundamentación, es posible identificar algunas propuestas de fundamentación. El trabajo de DROR-SHPOLIANSKY y SHANY es especialmente relevante para identificar y describir las características señaladas<sup>49</sup>. En su artículo, identifican dos particularidades del ciberespacio que justifican los derechos digitales: la descentralización y la desterritorialización<sup>50</sup>. Según defienden, estas dos características del ciberespacio

<sup>43</sup> WU, Tim, «Is Internet Exceptionalism Dead?», en Berin Szoka y Adam Marcus (eds.), *The Next Digital Decade. Essays on the Future of the Internet*, Washington D.C., TechFreedom, 2010, pp. 179-188.

<sup>44</sup> COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *op. cit.*, p. 219.

<sup>45</sup> WU, Tim, «Is Internet Exceptionalism Dead?», *op. cit.*, *passim*.

<sup>46</sup> JOHNSON, David R. y POST, David, «Law and Borders: The Rise of...», *op. cit.*, pp. 1378, 1401.

<sup>47</sup> COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *op. cit.*, p. 213.

<sup>48</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1256-1257, 1265.

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> Al explorar la naturaleza del ciberderecho como disciplina, LIPTON identifica otro elemento distintivo del ciberespacio con relevancia para el derecho; *vid.*, LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw. A New Vision for Internet Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 4, 8-9. Además del carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio, también ha de tenerse en cuenta que las relaciones digitales se basan en el intercambio de información, no en interacciones físicas. Esta diferencia pudiera emplearse como argumento para defender la necesidad de derechos digitales. Sin embargo, por cuestiones de espacio, este trabajo no explorará tal posibilidad.

determinan su naturaleza excepcional, pues configuran un nuevo espacio de interacción radicalmente diferente al espacio *offline*. Estos argumentos pueden encontrarse igualmente, quizá de forma menos elaborada, en otros autores<sup>51</sup>.

El primer atributo del ciberespacio en el que se sustenta el discurso de los nuevos derechos digitales es su carácter descentralizado<sup>52</sup>. El ciberespacio existe debido a la actividad de una serie de intermediarios, actores generalmente privados que sostienen y determinan su infraestructura, continente y contenidos<sup>53</sup>. Los intermediarios forman «la espina dorsal de un sistema que nos permite al resto participar en valiosas interacciones online»<sup>54</sup>. Estos se han convertido en agentes especialmente capacitados para afectar los derechos humanos. Por eso, según DROR-SHPOLIANSKY y SHANY, «centrarse en los gobiernos como los principales portadores de deberes, como normalmente hace el derecho internacional de los derechos humanos, crea una amplia brecha» que desprotege a los individuos en el ciberespacio<sup>55</sup>. La consecuencia de esta peculiaridad es que resulta necesario tener en cuenta a los intermediarios como actores no estatales a la hora de proteger a los individuos en el ciberespacio. Pese a aceptar que en el «espacio físico» también existen entidades transnacionales que eluden la regulación estatal, la singularidad del ciberespacio radicaría en que los intermediarios, «representan una forma de poder regulatorio para los usuarios más fuerte y directo que los gobiernos nacionales, en varios sentidos». La aparición de los intermediarios debería entonces influir en el modo en que los derechos humanos *offline* se adaptan para su aplicación online.

El segundo atributo asociado al ciberespacio es su carácter desterritorializado, relacionado con su naturaleza global. Frente al dominio de la soberanía territorial en el «espacio físico», el ciberespacio es un espacio de interacción global en el que las

<sup>51</sup> En el ámbito hispanohablante, BUSTAMANTE destacó tempranamente la importancia tanto del carácter global y descentralizado del ciberespacio como del control ejercido por los intermediarios; *vid.* BUSTAMANTE, Javier, «Derechos humanos en el ciberespacio», en Eugenio Triás (ed.), *Derechos humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 164-182. BARRIO ANDRÉS también señala la importancia ambos fenómenos; *vid.* BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho: Bases estructurales...*, *op. cit.*, p. 62; BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>52</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1257, 1270, 1280. LIPTON ofrece una descripción detallada del rol de los intermediarios y la importancia de tener en cuenta dicho rol en la regulación del ciberespacio; *vid.* LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>53</sup> El Reglamento de Servicios Digitales, siguiendo los conceptos ya establecidos durante décadas en la Unión Europea, categoriza como servicios intermediarios los servicios de mera transmisión (como proveedores de acceso a internet), los servicios de memoria caché, los servicios de alojamiento de datos (incluyendo plataformas en línea, servicios de alojamiento en la nube o servicios de almacenamiento de páginas web) y los motores de búsqueda en línea; *vid.* Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

<sup>54</sup> LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw...*, *op. cit.*, pp. 9-12.

<sup>55</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1257.

fronteras estatales pierden relevancia. Cuando interactuamos en el ciberespacio, en muchas ocasiones, lo hacemos con individuos situados en terceros países, de manera tal que las normas pensadas para regular las relaciones humanas dentro del territorio de un estado y la correspondiente separación entre regulaciones atendiendo a un criterio territorial se tornan inadecuadas. El carácter global del ciberespacio está generalmente aceptado pero resulta necesario argumentar por qué de ello se desprende la necesidad y utilidad de identificar nuevos derechos<sup>56</sup>.

DROR-SHPOLIANSKY y SHANY defienden que el carácter global de las interacciones en el ciberespacio dificulta la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos<sup>57</sup>. Tal dificultad deriva de que la aplicación extraterritorial de los derechos humanos depende de la idea de control efectivo e impacto predecible, sin justificar la imposición de responsabilidades extraordinarias a los estados<sup>58</sup>; un estado solamente tiene obligaciones cuando el impacto sobre los derechos humanos derive de una acción u omisión suya de manera directa, significativa y previsible<sup>59</sup>. De estas premisas parece derivarse la conclusión de que, en escenarios descentralizados, no resulta fácil identificar al portador de los deberes asociados a los derechos humanos. Como señalan VANDENHOLE y VAN GENUGTEN<sup>60</sup>, al fin y al cabo, el criterio de la territorialidad, en materia de derechos humanos, es un criterio de asignación de obligaciones. Como norma general, los estados son principalmente responsables de las violaciones de derechos humanos que suceden en su territorio. También pueden ser responsables de aquellas violaciones sufridas por individuos que se hallasen bajo su control efectivo, como puede ser el caso de una detención en el extranjero. El problema que plantea la extraterritorialidad del ciberespacio sería entonces que no resulta sencillo identificar qué estado es el responsable de respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos de los individuos en el ciberespacio.

<sup>56</sup> DODGE, Martin y KITCHIN, Rob, *Mapping Cyberspace*, Londres, Nueva York, Routledge, 2003, p. 59; JØRGENSEN, Rikke Frank, *Framing the Net: The Internet and Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 109-110; LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw...*, *op. cit.*, pp. 2, 4.

<sup>57</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1256-1257.

<sup>58</sup> El problema de la aplicación extraterritorial de obligaciones en materia de derechos humanos ha sido explicado de forma clara por SHANY y por MILANOVIC; *vid.*, SHANY, Yuval, «Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law», *The Law & Ethics of Human Rights*, 7-1 (2013), pp. 47-71; MILANOVIC, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Las dos interpretaciones clásicas de la idea de jurisdicción como criterio de atribución de obligaciones son la concepción espacial y la concepción personal. La primera señala que las obligaciones se atribuyen a un estado cuando este tiene control sobre el territorio en el que se produce la violación. La segunda atribuye obligaciones a un estado cuando este ejerce control sobre la víctima de la violación.

<sup>59</sup> SHANY, Yuval, «Digital Rights and the Outer Limits of International Human Rights Law», *German Law Journal*, 24-3 (2023), pp. 461-472.

<sup>60</sup> VANDENHOLE, Wouter y VAN GENUGTEN, Willem, «Introduction: an emerging multi-duty-bearer human rights regime?», en Wouter Vandenhole (ed.), *Challenging Territoriality in Human Rights Law. Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearer Regime*, Londres, Routledge, 2015, pp. 1-11.

Esto es así porque no existe un territorio específico sobre el que se distribuya el control de los estados y porque no se puede determinar con facilidad qué estado tiene jurisdicción sobre qué comportamientos de todos los que suceden en el ciberespacio. La idea de desterritorialización está íntimamente ligada con el excepcionalismo. En efecto, las dificultades que el carácter global del ciberespacio plantea al ejercicio de la jurisdicción han sido el principal foco de preocupación de los ciberanarquistas<sup>61</sup>.

DROR-SHPOLIANSKY y SHANY hablan de un «nivel más profundo» en lo que respecta a la excepcionalidad del ciberespacio<sup>62</sup>. El gran error del paradigma de la equivalencia normativa sería concebir el ciberespacio como «una nueva herramienta o campo de ejercicio de los derechos *offline*». Estos autores defienden, por el contrario, que el ciberespacio es «un espacio digital que da lugar a una nueva condición humana y un nuevo dominio de gobernanza». En definitiva, se trata de un «espacio» de algún modo separado y esencialmente diferente del «espacio físico»<sup>63</sup>. De nuevo aquí se hace presente el excepcionalismo tecnológico del discurso de los derechos digitales. De todos modos, pareciera que esa separación y diferencia se manifiesta precisamente en el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio, por lo que no parece necesario evaluar esta caracterización del ciberespacio por separado<sup>64</sup>.

Como se señalaba en el apartado anterior, la defensa de los derechos digitales suele basarse en la existencia de «necesidades e intereses únicos» en el ciberespacio. La relación entre estas necesidades e intereses y los caracteres excepcionales del ciberespacio no está clara en el trabajo de DROR-SHPOLIANSKY y SHANY. En ocasiones, pareciera que

<sup>61</sup> JOHNSON, David R. y POST, David, «Law and Borders: The Rise of...», *op. cit.*; POST, David G., «Against “against cyberanarchy”», *op. cit.*, *passim*.

<sup>62</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It’s the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1265.

<sup>63</sup> BARRIO ANDRÉS defiende que esta conceptualización del ciberespacio como un «lugar» o «espacio» ya no es relevante para el problema de la regulación del ciberespacio; *vid.*, BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberderecho: Bases estructurales...*, *op. cit.*, p. 57. Igualmente, SHANY, considera que la discusión acerca de si el ciberespacio es un «lugar» es irrelevante y afirma que incluso concibiendo el ciberespacio como un «lugar», puede defenderse la necesidad de regularlo; *vid.*, GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Principios de Derecho de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 109-110. Más allá de las necesidades de distinguir entre «lugar» [*place*] y «espacio» [*space*], parece razonable afirmar que la conceptualización del ciberespacio como «espacio» afecta al modo en que concebimos su regulación; *vid.*, DODGE, Martin y KITCHIN, Rob, *Mapping Cyberspace*, *op. cit.*, pp. 14-17; COHEN, Julie E., «Cyberspace as/and Space», *op. cit.*, pp. 231-232. Cabría estudiar con profundidad si la pérdida de influencia del excepcionalismo político deriva de la pérdida de influencia de la conceptualización del ciberespacio como «espacio». Más allá de esta cuestión, lo que aquí se trata de argumentar es que la conceptualización, explícita o implícita, del ciberespacio como «espacio» afecta al modo en que concebimos la regulación del ciberespacio, al menos en lo referente a la cuestión de los nuevos derechos humanos digitales.

<sup>64</sup> Otra forma de interpretar ese «nivel más profundo» consiste en entender que se refiere al hecho de que el ciberespacio está compuesto de intercambios de información, no de intercambios físicos; *vid.*, LIPTON, Jacqueline, *Rethinking Cyberlaw...*, *op. cit.*, *passim*. Como ya se ha señalado en la nota 50, esta interpretación no se evaluará en este trabajo por cuestiones de espacio.

esas nuevas necesidades e intereses son consecuencia de los caracteres excepcionales<sup>65</sup>. De ser así, si los caracteres excepcionales no requieren nuevos derechos, las nuevas necesidades e intereses no los requieren tampoco. Sin embargo, al distinguir entre una segunda y una tercera generación de derechos digitales, DROR-SHPOLIANSKY y SHANY parecen indicar que la segunda generación descansa en nuevas necesidades e intereses y la tercera, en la que aparece la necesidad de identificar a actores no estatales como portadores de deberes, es la que se justifica por la descentralización y la desterritorialización<sup>66</sup>. Así, las nuevas necesidades e intereses serían un fundamento autónomo de los nuevos derechos. En un trabajo reciente, SHANY relaciona la segunda generación con los problemas de la descentralización y desterritorialización del ciberespacio, restando plausibilidad a esta segunda interpretación<sup>67</sup>. Sin embargo, de ser así, la justificación de la necesidad de nuevos derechos, asumidas las críticas a su fundamento genérico, estaría en peligro.

En cualquier caso, el objeto de este trabajo es defender la inadecuación de ese fundamento genérico. Lo menos que se puede conseguir si esta defensa es convincente es reducir toda justificación de los derechos digitales a un conjunto de justificaciones parciales o específicas que, en principio, desdibujaría la unidad de la categoría «derechos digitales» al estar ausente un fundamento común para este género de derechos. Restaría evaluar posibles justificaciones específicas para saber si pueden existir algunos derechos aislados referidos al ciberespacio.

Si se ha reflejado bien el razonamiento de los autores mencionados, el argumento del paradigma de los derechos digitales es que la descentralización y la desterritorialización son caracteres excepcionales del ciberespacio que exigen la reformulación de los derechos preexistentes y, especialmente, la creación de nuevos derechos digitales. Como se tratará de defender en el siguiente apartado, los problemas derivados de la descentralización y la desterritorialización del ciberespacio no se resuelven ampliando el catálogo de derechos y reconociendo derechos digitales, sino reformulando la concepción dominante de los derechos humanos. Además, no estamos ante problemas específicos del ciberespacio, sino que se trata de asuntos que han sido objeto de discusión más allá de su manifestación concreta en la realidad digital.

#### 4. DEL PROBLEMA DEL CATÁLOGO AL PROBLEMA DE LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La creación de un nuevo catálogo de derechos humanos digitales no puede resolver los pretendidos problemas asociables al carácter descentralizado y desterritorializado

<sup>65</sup> DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, pp. 1252-1256.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 1268-1269.

<sup>67</sup> SHANY, Yuval, «Digital Rights and the Outer...», *op. cit.*, pp. 9-10.



del ciberespacio. Como se argumentará en este apartado, el principal problema generado por estos rasgos es la dificultad para identificar al portador de las obligaciones correlativas de los derechos humanos. Este problema deriva de la concepción «política» de los derechos humanos y no del catálogo existente de derechos. Por tanto, la expansión del catálogo de derechos a través de la inclusión de derechos digitales no es adecuada para resolver los problemas señalados. Aunque se incorporasen nuevos derechos, si se mantiene la concepción política de los derechos humanos esos derechos no protegerían debidamente de las violaciones de derechos realizadas por actores no estatales, como los intermediarios. Si se quiere resolver los problemas generados por el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio, la solución pasa por abrazar una nueva concepción de los derechos humanos que abandone su consideración como meras «normas políticas».

La descentralización y la desterritorialización están íntimamente relacionadas porque ambas afectan principalmente a la identificación del sujeto obligado por los derechos humanos<sup>68</sup>. En el caso de la descentralización esto resulta obvio. Los intermediarios han asumido un rol central en el ciberespacio, ejerciendo un poder cuyo impacto en los individuos no es nada desdeñable. Se trata de agentes no estatales que, debido a su papel en la configuración del ciberespacio, pueden amenazar de forma directa ciertos derechos humanos de los cibernautas. La descentralización afecta a la protección de los derechos humanos porque, tanto en la teoría como en la práctica, se suele considerar que los estados son los únicos obligados primarios en materia de derechos humanos<sup>69</sup>. Si nos mantuviésemos en esta concepción de los derechos humanos como «normas políticas» cuyos destinatarios primarios son los gobiernos estatales podrían efectivamente existir lagunas de protección en el ciberespacio<sup>70</sup>.

La desterritorialización también está íntimamente relacionada con la cuestión del portador de obligaciones. Primero, el principio de territorialidad se dirige específicamente a resolver cuestiones relativas a la asignación de obligaciones<sup>71</sup>, pues este principio se emplea para señalar que un estado es responsable del respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos de quien se encuentra en su territorio. Segundo, tanto el principio de territorialidad como la extraterritorialidad, en ocasiones, se conciben exclusivamente desde la premisa de los estados como únicos portadores potenciales

<sup>68</sup> PAVLAKOS, George, «Transnational legal responsibility: some preliminaries», en Wouter Vandenhole (ed.), *Challenging Territoriality in Human Rights Law*, Londres, Routledge, 2015, pp. 136-157.

<sup>69</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, *op. cit.*, pp. 38-41; BEITZ, Charles R., *The Idea of...*, *op. cit.*, pp. 109, 122-125; CLAPHAM, Andrew, «Non-State Actors», en Daniel Moeckli, *et al.* (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 561-582.

<sup>70</sup> NICKEL, James W., *Making Sense of...*, *op. cit.*, pp. 38-41.

<sup>71</sup> VANDENHOLE, Wouter y VAN GENUGTEN, Willem, «Introduction: an emerging multi-duty-bearer...», *op. cit.*, *passim*.

de deberes<sup>72</sup>. El problema de la extraterritorialidad se refiere a la discusión acerca de si se pueden atribuir a un estado obligaciones por violaciones de derechos ocurridas fuera de su territorio o jurisdicción. En definitiva, tanto la territorialidad como la extraterritorialidad se asientan en la premisa de que el territorio de los estados y, por tanto, los estados mismos son un criterio fundamental para la identificación de portadores de deberes en materia de derechos humanos. Si la caracterización del ciberespacio como espacio esencialmente diferente y separado de los territorios de los estados es adecuada, podría afirmarse que existen problemas para atribuir las violaciones de derechos en el ciberespacio a un estado y, asumido que los estados son los únicos portadores de deberes, no se podrán proteger debidamente a los titulares de los derechos.

Las dificultades para identificar al sujeto de obligaciones derivadas del carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio, en cualquier caso, no se resuelven con la creación de nuevos derechos humanos. Si los nuevos derechos se desarrollan a la luz de la vieja concepción, donde el territorio es un criterio central de atribución de responsabilidad y los estados son los únicos sujetos de obligaciones, no es razonable concluir que esos nuevos derechos puedan sobreponerse a los obstáculos enfrentados por los derechos preexistentes. El derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado sirve de ejemplo. Si este derecho se concibe como un derecho humano, la territorialidad y la identificación de los estados como portadores exclusivos de obligaciones implicaría que tal derecho no protegería adecuadamente a los individuos. Los intermediarios podrían seguir automatizando sus decisiones e incluso los estados podrían hacerlo sobre individuos que no se encontrasen en su territorio, salvo que se aplicase el principio de extraterritorialidad<sup>73</sup>. Si se afirma que este derecho ha de aplicarse a intermediarios y de manera desterritorializada, resulta

<sup>72</sup> En este sentido, DROR-SHPOLIANSKY y SHANY mencionan la extraterritorialidad como una extensión de la aplicabilidad de las «obligaciones de los estados bajo el derecho internacional de los derechos humanos»; *vid.*, DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1256.

<sup>73</sup> Cabe también señalar que este derecho tiene una relación bastante precaria con el ciberespacio. DROR-SHPOLIANSKY y SHANY afirman que la decisión automatizada, «en la práctica, depende de forma casi inevitable de la comunicación de datos online»; *vid.*, *ibid.*, p. 1275. Esta afirmación, en las sociedades actuales, puede realizarse de casi cualquier decisión humana. Además, tal comunicación de datos *per se*, salvo que sea contraria a la protección de datos y este se considere un derecho humano, no sería la conducta específica que afectase al derecho. Por otro lado, si la comunicación de datos online es condición necesaria para reconocer el derecho, surge la pregunta de si decisiones automatizadas en las que no se diese tal comunicación vulnerarían el derecho. Por último, el Reglamento General de Protección de Datos señala precisamente que se basa en la neutralidad tecnológica (considerando 15), por lo que es al menos teóricamente posible imaginar una decisión automatizada en la que no medie una comunicación online de datos y las normas del Reglamento sean aplicables; *vid.* Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

al menos razonable concluir que se ha operado un cambio en la concepción de los derechos humanos. Además, podrá afirmarse que el motivo fundamental por el cual dicho derecho es efectivo en la protección de los individuos es la transformación de la concepción de los derechos humanos, no la creación de un nuevo derecho *per se*. En consecuencia, lo que resuelve los problemas formulados por el carácter descentralizado y desterritorializado del ciberespacio no es la creación de un nuevo derecho sino la transformación de la concepción de los derechos humanos. La descentralización y desterritorialización del ciberespacio afectan primariamente a la concepción de los derechos humanos, no a su catálogo. Si se quiere justificar la necesidad de un nuevo derecho esta necesidad no puede fundamentarse en esos dos rasgos del ciberespacio, sino que habrá que buscar otra fundamentación específica.

La teoría de los derechos humanos no es ajena a la posibilidad de atribuir obligaciones a actores no estatales. Como señalan algunos autores, esta posibilidad podría derivarse razonablemente del supuesto carácter universal de los derechos humanos, que requiere que los derechos humanos sean respetados por todos<sup>74</sup>. Más allá de este argumento, también se ha señalado que la simple habilidad o capacidad para asumir la obligación puede ser una razón, quizá no suficiente, para asignar una obligación<sup>75</sup>. En el caso de los intermediarios, su habilidad para respetar, proteger y promover el cumplimiento de los derechos humanos en el ciberespacio los sitúa en una posición especialmente comprometida en lo que respecta a la conveniencia de asignarles algún tipo de obligación al respecto. De hecho, si, como el argumento de la descentralización presume, los estados están perdiendo capacidad para cumplir con esas obligaciones precisamente por la aparición de los intermediarios, este hecho serviría de fundamento para proceder a una revisión de la asignación de obligaciones al respecto.

Una solución menos radical al problema de la descentralización no exigiría el reconocimiento de los intermediarios como obligados primarios en materia de derechos humanos. Si se asume que una de las responsabilidades de los estados en materia de derechos humanos es protegerlos frente a las amenazas generadas por agentes no estatales sometidos a su jurisdicción y control<sup>76</sup>, bastaría con entender que los estados son obligados primarios y los intermediarios son objeto de regulación por parte de dichos estados<sup>77</sup>. En este caso no sería necesario ampliar el catálogo de derechos sino exigir a

<sup>74</sup> CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 58; GRIFFIN, James, *On Human Rights*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 101-103.

<sup>76</sup> BEITZ, Charles R., *The Idea of...*, *op. cit.*, p. 109; JOSEPH, Sara, «Scope of Application», en Daniel Moeckli, *et al.* (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 150-170.

<sup>77</sup> CHEUNG, Anne y WEBER, Rolf H., «Internet Governance and the Responsibility of Internet Service Providers», *Wisconsin International Law Journal*, 26-2 (2008), pp. 403-477; RONA, Gabor y AARONS, Lauren, «State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace», *Journal of National Security Law and Policy*, 8-3 (2016), pp. 503-530.

los estados que cumplan con su función de protección y actúen contra las violaciones de los intermediarios. Sin embargo, con esta solución se limitaría el rol de los intermediarios, pues solo deberían abstenerse de violar los derechos humanos, sin exigírseles las obligaciones de proteger a los usuarios frente a violaciones de terceros ni la de promover los derechos humanos en sus servicios<sup>78</sup>.

La supuesta desterritorialización también se beneficiaría de la reformulación señalada. La inclusión de actores no estatales como sujetos de obligaciones cuestiona la validez del criterio de territorialidad. La atribución de obligaciones a actores no estatales exige incorporar nuevos criterios de identificación de los portadores de obligaciones, como pudieran ser el criterio del ejercicio de poder institucionalizado, el aseguramiento de una protección efectiva o el criterio relacional<sup>79</sup>. Todos estos criterios han sido explorados en la literatura sobre extraterritorialidad en general y algunos incluso podrían relacionarse directamente con la asignación de obligaciones a actores no estatales<sup>80</sup>. Partiendo de una concepción personal de la idea de jurisdicción como principio de atribución de obligaciones en materia de derechos humanos, MILANOVIC ha defendido que, en lo que respecta al control efectivo sobre un individuo, «los métodos virtuales pueden conseguir exactamente lo mismo que los físicos»<sup>81</sup>. Por ello, en ciertos casos, el control a través de métodos virtuales sería suficiente para atribuir obligaciones en materia de derechos humanos<sup>82</sup>.

La consideración de actores no estatales, especialmente los intermediarios, como portadores primarios de obligaciones en materia de derechos humanos sería solamente un primer paso para resolver los problemas que plantean la descentralización y la

<sup>78</sup> El Reglamento de Servicios Digitales (RSD) destaca la responsabilidad de los servicios de intermediación a la hora de proteger a los usuarios frente a violaciones de sus derechos humanos. El considerando 47 exige que los intermediarios tengan en cuenta las normas internacionales sobre derechos humanos. En el caso de las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, el considerando 79 se refiere específicamente a la responsabilidad de evaluar los riesgos derivados de «posibles usos indebidos por parte de los destinatarios», con miras a exigir los cambios del servicio necesarios para minimizar dichos riesgos. En este caso, se requiere a ciertos intermediarios que protejan a los usuarios frente a potenciales violaciones cometidas por terceros, aunque tal régimen no esté exclusivamente relacionado con asuntos relativos a derechos humanos.

<sup>79</sup> VANDENHOLE, Wouter y VAN GENUGTEN, Willem, «Introduction: an emerging multi-duty-bearer...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>80</sup> *Vid.*, e. g., PAVLAKOS, George, «Transnational legal responsibility...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>81</sup> MILANOVIC, Marko, «Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age», *Harvard International Law Journal*, 56-1 (2015), pp. 81-146.

<sup>82</sup> RONA, Gabor y AARONS, Lauren, «State Responsibility to...», *op. cit.*, p. 508. Tanto MILANOVIC como RONA y AARONS se han centrado en la atribución de responsabilidad extraterritorial a los estados derivadas de espionaje y otras operaciones en el ámbito digital. Sin embargo, si la defensa realizada de la necesidad de atribuir responsabilidad a actores no estatales, como los intermediarios, se sostiene, el criterio del control efectivo también podría servir como punto de partida para la identificación del actor no estatal responsable por las violaciones de derechos humanos.

desterritorialización. Una de las principales características del ciberespacio y, probablemente, de las sociedades actuales, es el aumento de la complejidad de las relaciones sociales. Para que dos individuos interactúen en el ciberespacio resulta necesario el concurso de numerosos intermediarios que podrán influir, con diferentes intensidades, en las condiciones en las que se lleva a cabo dicha interacción. Por ejemplo, para participar en un chat de Twitch, una plataforma para la retransmisión de vídeo en vivo, se necesita la participación de un proveedor de acceso a internet, un proveedor de servicios de alojamiento web, un navegador web, la propia plataforma online de Twitch, uno o varios moderadores del chat, etc. Este escenario complejo dificulta la identificación del responsable de una violación de derechos humanos. Esta dificultad es la que debiera centrar los esfuerzos de una teoría de los derechos humanos en el ciberespacio<sup>83</sup>.

El paradigma de los derechos digitales defiende la necesidad de reconocer un nuevo conjunto de derechos humanos, justificada por caracteres excepcionales del ciberespacio. Sin embargo, la descentralización y la desterritorialización no son fenómenos exclusivos del ciberespacio. Ambas realidades están íntimamente relacionadas con la globalización y se hacen sentir en la práctica totalidad de los fenómenos sociales contemporáneos<sup>84</sup>. La cuestión de los derechos humanos, en su totalidad, se ha visto afectada por este proceso de globalización<sup>85</sup>. La excepcionalidad del ciberespacio en lo que respecta a la desterritorialización fue cuestionada ya hace décadas. En la disputa con el ciberanarquismo, el principal argumento de GOLDSMITH ha sido precisamente que este sobreestima las diferencias entre las transacciones en el ciberespacio y el resto de las transacciones transnacionales<sup>86</sup>. Por consiguiente, la desterritorialización no es un fenómeno exclusivo del ciberespacio y sus efectos sobre los derechos humanos se extienden más allá de internet. Lo mismo sucede con la descentralización. La preocupación por la cuestión de las obligaciones de los actores no estatales en materia de derechos humanos

<sup>83</sup> Esta es una tarea que, de algún modo, la Unión Europea afrontó ya en la Directiva de Servicios de la Sociedad de la Información y que actualmente se recoge en el RSD.

<sup>84</sup> STEGER, Manfred B., *Globalization: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2017; RITZER, George y DEAN, Paul, *Globalization: A Basic Text*, 3.<sup>a</sup> ed., Malden, Wiley-Blackwell, 2021. La negación de la excepcionalidad de los fenómenos de la descentralización y la desterritorialización se basa aquí en su presencia en otros ámbitos, acrecentada por fenómenos contemporáneos. Cabría argumentar que, al menos, el problema de la descentralización tiene un largo recorrido histórico, derivado de la «santidad de la esfera privada» y las limitaciones que ha impuesto a los derechos humanos; *vid.*, CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of...*, *op. cit.*, p. 1. Además, la noción de universalidad de los derechos humanos, como se ha apuntado, también serviría para cuestionar desde un punto de vista conceptual la «centralización» en materia de derechos humanos.

<sup>85</sup> BRYSK, Alison, *Globalization and Human Rights*, Berkeley, University of California Press, 2002.

<sup>86</sup> GOLDSMITH, Jack, «Against Cyberanarchy», *The University of Chicago Law Review*, 65-4 (1998), pp. 1199-1250.

es creciente y ha sido ampliamente estudiada<sup>87</sup>. Esta categoría de actores no estatales incluye a las organizaciones internacionales, las corporaciones o los grupos armados. Fenómenos ajenos al ciberespacio ponen en duda la identificación del estado como el único portador de deberes en materia de derechos humanos. Resulta pertinente afirmar entonces que la protección de los derechos humanos en el ciberespacio se refiere sobre todo a «cuestiones persistentes» en materia de derechos humanos exacerbados por ciertos atributos del ciberespacio<sup>88</sup>.

La manifestación de fenómenos de descentralización y desterritorialización más allá del ciberespacio pone en duda el excepcionalismo tecnológico<sup>89</sup>. No estamos ante transformaciones exclusivas del ciberespacio ni especialmente relacionadas con este, aunque se manifiesten de forma acusada en las relaciones en línea. En lugar de tratar de separar conceptualmente el ciberespacio del «espacio *offline*» resulta más adecuado concebir ambos como manifestaciones de una misma realidad, sujetas a unas mismas tendencias. Todo ello pese a que puedan existir ciertas peculiaridades del ciberespacio que deban tenerse en cuenta. En esta línea, descentralización y desterritorialización no son excepciones del ciberespacio que exijan el reconocimiento de derechos digitales, sino caracteres genéricos de las sociedades contemporáneas que afectan a los derechos preexistentes y, sobre todo, a la concepción dominante de los derechos humanos.

## 5. HACIA UNA REFORMULACIÓN DE LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En su defensa del excepcionalismo, Post señala que la identidad y la diferencia entre el ciberespacio y el espacio *offline* «depende completamente de las cuestiones que se estén preguntando»<sup>90</sup>. Lo que se ha tratado de defender es que, si la pregunta se refiere al alcance de los derechos humanos y la necesidad de reconocer nuevos derechos digitales, el ciberespacio no es tan diferente del espacio *offline* y las diferencias existentes no son suficientes para justificar la necesidad de reconocer un catálogo de derechos digitales.

Si la descentralización y la desterritorialización afectan más a la concepción de los derechos humanos que a su catálogo, la estrategia para fortalecer la protección de los seres humanos en el ciberespacio debe variar. En lugar de promover la publicación incesante de catálogos o declaraciones de derechos digitales o de reclamar la necesidad

<sup>87</sup> ALSTON, Philip, *Non-state Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005; CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of...*, *op. cit.*; CLAPHAM, Andrew, «Non-State Actors», *op. cit.*, *passim*.

<sup>88</sup> RONA, Gabor y AARONS, Lauren, «State Responsibility to...», *op. cit.*, p. 528.

<sup>89</sup> En un trabajo reciente, Shany parece reconocer esto, al relacionar las transformaciones en materia de derechos digitales con las transformaciones contemporáneas del derecho internacional de los derechos humanos; *vid.*, SHANY, Yuval, «Digital Rights and the Outer...», *op. cit.*, pp. 466-467.

<sup>90</sup> POST, David G., «Against “against cyberanarchy”», *op. cit.*, p. 1374.

de incorporar una nueva generación de derechos digitales a los catálogos preexistentes, se hace necesario volver a la teoría de los derechos humanos y, especialmente, a la cuestión de los sujetos de las obligaciones correlativas. Este cambio de enfoque traería consigo varios efectos positivos, más allá de que aseguraría un tratamiento adecuado de la protección de los seres humanos en el ciberespacio. Primero, los estudios sobre los derechos digitales podrían beneficiarse más de la literatura preexistente en lo relativo a la extraterritorialidad de los derechos humanos y, sobre todo, en lo relativo al surgimiento de actores no estatales como sujetos de obligaciones en materia de derechos humanos. Segundo, la investigación acerca de la extraterritorialidad y los actores no estatales también podría fortalecerse si se incorporase la perspectiva del ciberespacio a su objeto de investigación. Por ejemplo, los intermediarios podrían sumarse a la lista de actores no estatales con relevancia para la cuestión de los derechos humanos. El control efectivo a través de medios digitales podría identificarse como una instancia del ejercicio de poder estatal de forma extraterritorial. Por último, quizá el beneficio más importante sería la apertura de una reflexión relativa a la necesaria reconceptualización de los derechos humanos. Si la descentralización y la desterritorialización son fenómenos generales y tales fenómenos requieren una reinterpretación de la concepción de los derechos humanos, esa reinterpretación sería beneficiosa no solamente para la protección de los individuos en el ciberespacio, sino para múltiples escenarios en los que las violaciones extraterritoriales de derechos o las violaciones de derechos producidas por actores no estatales no están siendo debidamente atajadas.

Un cambio en la concepción de los derechos humanos que cuestione la identificación de los actores estatales como sujetos de obligaciones casi exclusivos podría ser beneficioso en la práctica y teóricamente acertado. Por contra, continuar por la senda de la extensión del catálogo distrae la atención de aquellas transformaciones de la concepción de los derechos humanos que fortalecerían la protección de las personas en el ciberespacio y, colateralmente, fuera de él. Esta interpretación del problema de los derechos digitales no es novedosa ni tampoco ajena al paradigma de los derechos digitales. SUSI defiende una «teoría de la no-coherencia» para hablar de un cambio de paradigma derivado del grado de distorsión que el ciberespacio genera sobre los derechos humanos clásicos<sup>91</sup>. Bajo la teoría de la no-coherencia la transformación de los derechos humanos en el ciberespacio es de tal calibre que no bastaría la incorporación de nuevos derechos digitales, sino que sería necesario repensar por completo la teoría de los derechos humanos. La propuesta de SUSI es más radical que la aquí defendida y está basada en una consideración excepcionalista del ciberespacio. Lo que asemeja esta propuesta a la defendida en este trabajo es la conciencia de la necesidad de reformular

<sup>91</sup> SUSI, Mart, «Human rights in the digital domain—the idea of non-coherence theory», en Mart Susi (ed.), *Human Rights, Digital Society and the Law: A Research Companion*, Londres, Routledge, 2019, pp. 3-11.

la concepción dominante de los derechos humanos. A su vez, algunos de los autores citados en este trabajo también reconocen la necesidad de identificar nuevos portadores de deberes en el ciberespacio<sup>92</sup>. En estos casos, la peculiaridad de la propuesta aquí defendida está en negar que, además de los cambios en la concepción de los derechos humanos, exista un fundamento genérico que justifique el reconocimiento de nuevos derechos humanos digitales. Además, la reconceptualización propuesta no se aplicaría exclusivamente al ciberespacio, sino que afectaría al concepto de derechos humanos en general.

En definitiva, una traslación del centro de atención del catálogo a la concepción de los derechos humanos sería beneficiosa tanto para la protección de los seres humanos en el ciberespacio como para la teoría de los derechos humanos en general.

<sup>92</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Formación y evolución...*, *op. cit.*, p. 116; DROR-SHPOLIANSKY, Dafna y SHANY, Yuval, «It's the End of the (Offline)...», *op. cit.*, p. 1269. En el reciente trabajo ya citado, Shany parece asumir una posición similar a la que se defiende en este trabajo; *vid.*, SHANY, Yuval, «Digital Rights and the Outer...», *op. cit.*, *passim*. Pese a todo, él insiste en la necesidad de reconocer nuevos derechos e incluso en la idea de «nuevas personalidades jurídicas».



---

---

## CAPÍTULO 15

# **EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS. EL CASO DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS CON GAMETOS DONADOS<sup>1</sup>**

Ana-Paz Garibo<sup>2</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo trato de articular un derecho fundamental a conocer los orígenes biológicos reconocido a todas las personas, por tanto, también para aquellas personas que fueron concebidas mediante el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida con gametos de donante.

En la actualidad, este derecho se encuentra expresamente reconocido a los adoptados legalmente y, en nuestro ordenamiento se infiere para la generalidad de las personas del artículo 39 de la Constitución. Sin embargo, la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida, en su artículo 5.5 y concomitantes, veta expresamente este derecho a los concebidos mediante estas técnicas con intervención de gametos de donante.

Al mismo tiempo, en derecho comparado se observa cómo ha habido una transición desde la regulación del anonimato del donante al levantamiento de este anonimato. Por otra parte, tanto el Consejo de Europa como el Comité de Bioética de España se han manifestado ya en favor de este derecho a conocer los orígenes biológicos por parte de las personas concebidas con donación de gametos. Urge, pues, una modificación en la legislación patria.

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del Proyecto Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033).

<sup>2</sup> Profesora Contratada Doctora, Departamento de Filosofía del Derecho y Política, Universidad de Valencia.

## 2. LA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y EL ANONIMATO DEL DONANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece con carácter general el régimen de anonimato del donante.

En efecto, el primer párrafo de su artículo 5.5 es claro al decir: «La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan».

Ahora bien, como ha señalado repetidamente la doctrina, este anonimato es relativo o limitado<sup>3</sup>, pues, como dispone el artículo mencionado en su párrafo segundo, «Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones».

Además de poder acceder a la información general sobre los donantes, también prevé la ley la revelación de la identidad del donante en los casos taxativamente contemplados en el párrafo tercero de su artículo 5.5: «Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes».

El artículo 8.3 de la ley impide que, en los casos excepcionales en los que se revele la identidad del donante, dicha revelación implique la determinación legal de la filiación ni en las relaciones personales ni en las patrimoniales. En consecuencia, la revelación no puede tener consecuencias jurídicas.

Además, el artículo 26.2. b) 5.<sup>a</sup> de la ley tipifica como infracción grave «la ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidos en esta ley» imponiendo el artículo 27 una sanción que oscila entre los 1.001 y los 10.000 euros.

Por otra parte, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil del nacido mediante estas técnicas puede reflejar datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación (Art. 7.2). Ello dificulta el conocimiento de su modo de concepción a los hijos nacidos con donación de gametos, pues si los padres legales no revelan su

<sup>3</sup> CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar, «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», *Derecho Privado y Constitución*, 13 (2019), p. 136. Ver también el Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos, Comité de Bioética de España, 15 de enero de 2020, p. 21. Disponible en Informe del CBE sobre el derecho de los hijos nacidos de las TRHA.pdf (comitedebioetica.es) (Consulta: 24/01/2022).

origen a los hijos, estos difícilmente pueden acceder a esa información. En el caso de madres solas o parejas del mismo sexo, la evidencia natural puede suscitar el interés del hijo en conocer. Pero en el caso de las parejas heterosexuales, si no dan información a sus hijos, ellos difícilmente pueden llegar a saber. Además, varios estudios realizados demuestran que hay una mayor reticencia a informar a los hijos por parte de las parejas heterosexuales. La mayoría de las veces los padres no revelan a sus hijos que fueron concebidos con gametos de donante porque no lo consideran necesario. Piensan que es algo íntimo y privado y temen el rechazo no solo de los propios hijos sino también del resto de la familia. Aunque alegan que el motivo del secreto es el bienestar de los hijos, en realidad se protegen a sí mismos, pues la infertilidad todavía tiene un gran estigma social<sup>4</sup>.

Creo que es interesante detenerse aquí un poco, pues evidencia que el derecho a conocer los orígenes es un derecho complejo que requeriría en primer lugar que al hijo se le revele su modo de concepción, y en el caso de los adoptados, que se les revele el hecho de la adopción.

El régimen del anonimato relativo del donante vigente en nuestro ordenamiento jurídico ha recibido además el espaldarazo del Tribunal Constitucional. Dicho régimen ya fue establecido en la precedente Ley 35/1988 de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida en casi idénticos términos.

Pues bien, la Ley 35/1988 fue recurrida de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que resolvió el recurso mediante Sentencia 116/1999, de 17 de junio, declarando la constitucionalidad del régimen de anonimato.

Hay que señalar que, mucho antes de que el Constitucional se pronunciara, un sector destacado de la doctrina se había manifestado en sentido contrario al que con posterioridad se manifestaría este Tribunal al considerar inconstitucional el artículo 5.5 de la LTRHA y sus concordantes<sup>5</sup>.

### 3. LA CRISIS DEL PARADIGMA DEL ANONIMATO

La regulación vigente en nuestro país sobre el anonimato del donante en las TRHA está en la actualidad siendo puesta en tela de juicio por la confluencia de varios factores:

<sup>4</sup> READINGS, Jennifer, *et al.*, «Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy», *Reproductive BioMedicine Online*, 22-6 (2011). Disponible en *Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy* (nih.gov) (Consulta:2/03//2022). Ver también IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, «La donación anónima de óvulos en Europa. Los problemas sobre el discurso de “donar vida”» *Revista de Antropología social*, 27-2 (2018), p. 254.

<sup>5</sup> Ver por todos PANTALEÓN, Fernando, «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15 (1993), pp. 137 y ss.

### 3.1. La diferencia de trato con respecto a los hijos adoptados

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, así como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de igual nombre que la anterior, han venido a alterar el régimen general del anonimato de los progenitores en el ámbito de la adopción.

Dicha modificación se ha producido al amparo de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, según los cuales los niños tienen derecho a conocer a sus progenitores «en la medida de lo posible» y a ser cuidados por los mismos.

Por otra parte, la modificación opera en consonancia con el principio del interés superior del menor que la Convención consagra como uno de sus pilares fundamentales.

Aunque en relación con la adopción no había un precepto como el artículo 5.5 de la LTRHA, lo cierto es que existían dificultades para que los hijos adoptados pudieran acceder a la identidad de sus progenitores.

Tras la reforma realizada por la Ley 26/2015, el artículo 180.5 del Código Civil dispone que «Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos».

Téngase en cuenta que este derecho se extiende también a los menores acogidos.

Cabe deducir además que este derecho se ha establecido sin sujeción a irretroactividad, de modo que, tanto los adoptados con posterioridad a la reforma de la ley como los adoptados con anterioridad podrán, si así lo desean, ejercer este derecho<sup>6</sup>.

Es obvio que la reforma operada en la LO 1/1996 de protección del menor y en el Código Civil con respecto a los hijos adoptados no se refiere a los nacidos mediante donación de gametos, y entre ambas situaciones desde luego existen diferencias dignas de ser tenidas en consideración. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto el Comité de Bioética de España, «si la reforma del anonimato en la adopción obedece necesariamente a las exigencias del principio del interés superior del menor y a las propias previsiones contenidas en los ya citados artículos 7 y 8 de la Convención, es harto difícil no trasladar la misma solución y sostener con congruencia jurídica que los hijos adoptados sí puedan ejercer su derecho a la identidad y, por tanto, a conocer su origen biológico, mientras que los nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida no»<sup>7</sup>. Y añade que desde la perspectiva del hijo parece muy difícil aceptar un régimen diferente, ya que los principios tenidos en cuenta para este cambio de régimen con respecto de los hijos adoptados deberían tener la misma eficacia respecto de los nacidos mediante TRHA. Debe ser el hijo quien decida si quiere o no conocer a sus progenitores.

<sup>6</sup> Informe del Comité de Bioética de España, *op. cit.*, p. 27.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

### 3.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ciertamente, no existe ningún pronunciamiento del TEDH que reconozca el derecho de los concebidos mediante donación de gametos a conocer sus orígenes biológicos. Pero sí ha habido sentencias que reconocen este derecho respecto de personas adoptadas o tuteladas por una administración pública. Son los casos de la STEDH de 7 de julio de 1989 dictada en el caso *Gaskin v. Reino Unido*; y la STEDH de 13 de febrero de 2003 que resolvió el caso *Odievre v. Francia*.

También se ha reconocido este derecho con el objeto de fundamentar las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial, incluso en los casos en los que el plazo temporal fijado por las legislaciones internas hubiera transcurrido. Mencionamos en este caso la STEDH de 7 de febrero de 2002 recaída en el caso *Mikulic v. Croacia*, así como la STEDH de 13 de julio de 2006 en el caso *Jäggi v. Suiza*, y STEDH de 6 de julio de 2010 que resolvió el caso *Blacklund v. Finlandia*.

La jurisprudencia establecida por el Tribunal de Estrasburgo entiende que el derecho a conocer los orígenes biológicos es un derecho esencial para el desarrollo del derecho a la propia identidad y forma parte del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Cabría hacer el mismo razonamiento que hemos hecho antes. Así, aunque no hay ninguna sentencia del TEDH relativa a los concebidos con gametos de donante, no tendría sentido que el Tribunal reconozca el derecho a conocer sus orígenes biológicos a los adoptados y a los concebidos con donación de gametos no.

### 3.3. La evolución de la normativa sobre el anonimato o la identificación del donante en derecho comparado

En las últimas décadas, sobre todo desde el inicio del nuevo milenio, se observa una evolución en derecho comparado que va desde el sistema de donación anónima hacia un sistema de mayor transparencia que permita la identificación de los donantes de gametos. Esta evolución se ha producido sobre todo en Europa y Oceanía<sup>8</sup>. Un común denominador entre estas legislaciones que permiten la identificación de los donantes de gametos es la disociación entre el conocimiento de los orígenes genéticos por una parte y el establecimiento de la relación jurídica paterno filial por otra<sup>9</sup>. Ese es precisamente el sentido del artículo 8.3 de la LTRHA, como ya hemos visto.

En el presente conviven, pues, tres sistemas en torno a la cuestión de la identificación o no del donante de gametos: por una parte, hay ordenamientos que mantienen

<sup>8</sup> ALKORTA IDIAKEZ, Itziar y FARNÓS AMORÓS, Esther, «Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Dificil Equilibrio», *Oñati Socio-legal Series*, 7-1 (2017), p. 158.

<sup>9</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, «Donor Anonymity, or the right to know one's origins?», *Catalan Social Sciences Review*, 5:1-10 (2015), p. 4.

el régimen de anonimato; otros han optado por levantar dicho anonimato y permitir la identificación de los donantes de gametos; y por último hay ordenamientos que han optado por una doble vía o sistema de *double track*.

Entre los países del primer grupo, como ya sabemos, se encuentra el nuestro. Ya hemos analizado su regulación.

En Italia la *legge 19 febbraio 2004 n. 40* prohíbe la fecundación heteróloga en su artículo 4.3. Pero la sentencia núm. 162 del Tribunal Constitucional Italiano de 9 de abril de 2014 declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto. Ahora bien, aunque ya se puede recurrir a la donación de gametos, en este país se sigue el régimen del anonimato. Como señala GÓMEZ BENGOCHEA<sup>10</sup>, en este país hay que tener en cuenta que continúa vigente el parto anónimo.

También la donación de gametos es anónima en Portugal (Ley sobre reproducción médica asistida, Ley 32/2006, de 26 de julio), y en otros países como Grecia, Lituania, Estonia, Eslovenia, República Checa y algunos Estados de los Estados Unidos.

Entre los países del segundo grupo, Suecia fue pionera en reconocer a los hijos el derecho a conocer la identidad del donante cuando alcanzaran una «madurez suficiente» en sus tempranas leyes de inseminación artificial y fecundación in vitro (*Act on Insemination*, núm. 1140, de 1984, y *In vitro fertilization Act*, núm. 711 de 1988). En la regulación sueca se entiende que tienen «madurez suficiente» los jóvenes de edad cercana a la mayoría de edad (que se alcanza a los 18 años) según la interpretación en las Instrucciones formales del Ministerio de Sanidad y Bienestar de 1987. Es de destacar que, en Suecia, en realidad no se ha producido una evolución hacia la identificación del donante, pues esta ha sido posible desde la primera ley sobre reproducción humana asistida.

En Austria se reconoce este derecho a partir de los 14 años en su Ley sobre medicina procreativa de 14 de mayo de 1992. Por su parte la Constitución de Suiza de 1999 establece el derecho a conocer la propia ascendencia en su artículo 119, a cuyo tenor «*Toute personne a accès aux données relatives à son ascendance*».

El mismo régimen de identificación del donante en las TRHA ha adoptado Holanda, que permite al hijo el ejercicio del derecho a acceder a la identidad del donante a partir de los 16 años en *The Artificial Insemination (Donor Information) Act* de 25 de abril de 2002, en vigor desde 2004. La modificación de la legislación holandesa en la materia fue precedida de un amplio debate público que duró unos quince años. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2004, regía un sistema de doble vía que permitía a los usuarios de las TRHA así como a los donantes elegir entre el régimen anónimo o no anónimo de la donación. Esto provocó una disminución de los donantes anónimos, los más demandados, por lo cual se concibieron menos niños y casi la mitad de bancos

<sup>10</sup> *Idem*.

de semen tuvieron que cerrar. Pero tras la entrada en vigor de la nueva ley, se estabilizó el número de donantes y cambió su perfil. Para custodiar la información sobre donantes y nacidos se ha creado un registro público especial, dependiente del Ministerio de Sanidad al margen del Registro Civil<sup>11</sup>.

En el Reino Unido, también en 2004 se modificó la *Human Fertilization and Embriology Act*, de modo que, a partir del 1 de enero de 2005, los concebidos con gametos o embriones donados pueden solicitar la información identificativa de los donantes una vez alcanzada la mayoría de edad. Esta ley establece como información identificativa del donante su nombre y apellido, fecha y lugar de nacimiento, apariencia y última dirección postal conocida. Como datos no identificativos hace referencia a datos físicos, fecha y país de nacimiento, estado civil, grupo étnico, si fue adoptado y tiene hijos, religión, ocupación, intereses, habilidades y razones por las que donó. En el Reino Unido existe una asociación de apoyo mutuo entre familias con hijos concebidos con gametos donados, la *Donor Conception Network*, la cual presta servicios de asesoramiento a las familias que desean revelar a sus hijos su modo de concepción y la identidad del donante<sup>12</sup>.

En Alemania el sistema originario era el del anonimato del donante. Sin embargo, la doctrina de su Tribunal Constitucional pronto permitió el acceso a la identidad del donante como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en Sentencia de 31 de enero de 1989. Entendió el Constitucional alemán que la promesa de anonimato hecha por el médico al donante y a la madre es nula por ser un contrato en perjuicio de terceros<sup>13</sup>. Hay que añadir que una ley alemana de 17 de julio de 2017 consagra el derecho a conocer los orígenes biológicos para las personas concebidas mediante donación de esperma (la donación de óvulos no está permitida). La ley alemana establece además la creación de un registro centralizado para guardar la información relativa al modo de concepción. Los hijos a partir de los 16 años pueden solicitar conocer la identidad del donante.

Siguen este mismo sistema de permitir la identificación del donante de gametos: Noruega, en su *Act relating to the application of biotechnology in human medicine* de 5 de diciembre de 2003, en vigor desde el 1 de enero de 2005; y Finlandia según su *Lag om assistered befruktning*, de 22 de diciembre de 2006, en vigor desde el 1 de septiembre de 2007<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> ALKORTA IDIAKEZ, Itziar y FARNÓS AMORÓS, Esther, «Anonimato...», *op. cit.*, pp. 157, 159, 161 y 166.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 161 y 162.

<sup>13</sup> GARRIGA GORINA, Margarita, «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Derecho Privado y Constitución*, 21, (2007), p. 199.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 198.

Francia sería uno de los últimos países en adherirse al sistema de identificación del donante. Hasta el año 2021 seguía vigente el artículo 311-20 de su Código Civil con la regla del anonimato. Un informe oficial reportado por THERY y LEROYER entendió, sin embargo, que el Registro Civil debería permitir al hijo conocer, alcanzada la mayoría de edad, su forma de concepción y, si lo desea, debe poder solicitar conocer a los donantes<sup>15</sup>. Recientemente la nueva ley de Bioética, *LOI n.º 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*<sup>16</sup>, permite ya a los nacidos mediante donación de gametos acceder, una vez alcanzada la mayoría de edad, a los datos del donante así como a su identificación.

Fuera de Europa, ha sido sobre todo en Oceanía donde se ha seguido esta evolución hacia la identificación de los donantes de gametos. Podemos señalar al respecto las siguientes legislaciones: *Human Assisted Reproductive Technology Act* de 2004 en Nueva Zelanda; *Infertility Treatment Act* de 1995 en el Estado de Victoria en Australia; *Human Reproductive Technology Act* de 1991, modificada en 2004 en el Estado de Australia Occidental. Ha señalado GARRIGA<sup>17</sup> que las legislaciones de estos tres últimos Estados tienen la peculiaridad de autorizar al donante a identificar al hijo concebido con sus gametos así como a la familia receptora, para lo cual se requiere el consentimiento de todos ellos. Esta medida es polémica porque en muchos casos, es al recibir la comunicación de la autoridad correspondiente que tramita la solicitud del donante cuando el hijo conoce su modo de concepción.

Por último, algunos ordenamientos han optado por un sistema de doble vía o *double track*. Este sistema permite al donante elegir bien la modalidad de anonimato o la posibilidad de ser identificado. Por su parte los usuarios de TRHA pueden elegir entre uno u otro tipo de donante.

Es este el sentido del artículo 18 de la *Regulation n.º 568/1997 on Artificial Fertilization* de Islandia. Otras legislaciones condicionan el acceso a la identidad de los donantes a su consentimiento escrito. Este es el modelo canadiense (*Assisted Human Reproduction Act 2004*, art. 15.4). El sistema de la doble vía funciona también en la

<sup>15</sup> THERY, Irène, y LEROYER, Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*. Ministère des Affaires Sociales et de al Santé, Ministère Délégué Chargé de la Famille, Paris, Odile Jacob, 2014, pp. 226 y ss.

<sup>16</sup> Esta Ley en su artículo 5 establece: «Art. L. 2143-2.-Toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3. Les personnes qui souhaitent procéder à un don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil consentent expressément et au préalable à la communication de ces données et de leur identité, dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article. En cas de refus, ces personnes ne peuvent procéder à ce don ou proposer cet accueil. Le décès du tiers donneur est sans incidence sur la communication de ces données et de son identité. Ces données peuvent être actualisées par le donneur». Disponible en: LOI n.º 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (1) - Légifrance (legifrance.gouv.fr)

<sup>17</sup> GARRIGA GORINA, Margarita, «El conocimiento...», *op. cit.* p. 199.



práctica en los Estados Unidos<sup>18</sup>. En este país la mayor parte de los Estados no han regulado esta materia y la decisión sobre el carácter anónimo o no de la donación de gametos depende de las preferencias de los usuarios y de los centros médicos.

### 3.4. La Recomendación 2156 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

Esta recomendación lleva por título: *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children* y ha establecido, entre otros el siguiente principio: «Se debería levantar el anonimato en las futuras donaciones de gametos y se deberían prohibir las donaciones de esperma y ovocitos anónimas, lo que significa que debería revelarse al hijo así nacido la identidad del donante hacia los 16 o 18 años de edad».

### 3.5. La posición de los Comités de Bioética en nuestro país

Primero fue el Comité de Bioética de Catalunya el que elaboró un documento aprobado en su 97.<sup>a</sup> Reunión plenaria celebrada el 24 de febrero de 2016 y que lleva por título «El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona». Más tarde, apareció el «Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos» adoptado por el Plenario celebrado el 15 de enero de 2020.

## 4. HACIA LA ARTICULACIÓN DE UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL: EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

La filiación adoptiva y la que resulta de las TRHA, en las que reproducción y sexualidad aparecen disociadas, al contrario de lo que ocurre en la filiación biológica, requieren que sea la voluntad de los padres el criterio decisivo para la atribución de la filiación. Sin embargo, la verdad biológica tiene un peso importante como parte de un derecho a la propia identidad o al libre desarrollo de la personalidad<sup>19</sup>. Ello nos permite distinguir entre el derecho a la filiación, esto es, a tener el estado de hijo, necesario para la protección de éstos, y un derecho a conocer los orígenes biológicos del que no tiene porqué derivar del estado de filiación<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>19</sup> QUICIOS MOLINA, M. Susana, «Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación», *Derecho privado y Constitución*, 29 (2015), p. 270.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga, «Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34 (2016), p. 306.

Este derecho a conocer los orígenes biológicos ha ido adquiriendo su propio perfil, ligado a otros derechos fundamentales de la persona como el derecho a la igualdad; el derecho a la intimidad en su vertiente positiva (como posibilidad de controlar la información acerca de uno mismo)<sup>21</sup>; la dignidad de la persona; y el derecho a la identidad en el marco del derecho al desarrollo de la propia personalidad.

Por otra parte, hemos visto que el TEDH, en el contexto de demandas de reclamación de la paternidad, ha reconocido que el conocimiento de los orígenes biológicos es una forma de hacer efectivo el derecho a la propia identidad integrado en el artículo 8 del CEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar, al entender que la identidad de los padres biológicos forma parte de la propia identidad personal.

En relación con el derecho a la identidad, los componentes genéticos no son ciertamente los únicos que configuran la identidad personal de los individuos, pero desde luego contribuyen a ello de manera decisiva, pues permiten individualizar al ser humano y distinguirlo de los demás, y estos componentes genéticos son elementos permanentes e inalterables que afectan tanto a la persona como a su descendencia y pueden tener una influencia decisiva en la salud<sup>22</sup>.

En nuestro ordenamiento no existen ya limitaciones para conocer la identidad de los progenitores, ni en el caso de la filiación por naturaleza, ni en el de la filiación adoptiva ¿Qué razón hay para que no sea así en el caso de los nacidos por medio de TRHA con donación de gametos?

Hay ciertamente argumentos de peso a favor del anonimato del donante, tales como que este anonimato facilita el uso de las técnicas, el derecho a la intimidad de los donantes y su ausencia de voluntad procreadora, así como el derecho a la intimidad personal y familiar de los padres legales, la estabilidad familiar, o la evitación de daños afectivos a los hijos. Habría que preguntarse si ello justifica que la regulación de las TRHA se centre exclusivamente en los derechos de padres y donantes dejando de lado la situación de los hijos habidos, que son también titulares de derechos, derechos tan importantes como el derecho a la dignidad e integridad moral, la identidad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y la salud.

El conocimiento de los orígenes biológicos tiene trascendencia en la conformación de la identidad, pero también en la salud emocional, psíquica y física de las personas cuya filiación legal y biológica aparecen disociadas<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 248-249.

<sup>22</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, Barcelona, Boch, 2009, pp. 33-34.

<sup>23</sup> RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, «El derecho a conocer los orígenes biológicos en la reproducción asistida», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10 bis (2019), p. 591.

En derecho comparado se observa cómo el foco de atención se ha ido desplazando desde los padres y donantes hacia los hijos habidos mediante las TRHA con donación de gametos y ya se reconoce un derecho a conocer los orígenes que permite satisfacer los derechos que acabamos de mencionar. Así pues, la evolución legislativa indica que el interés de quien fue concebido con gametos de donante es un bien jurídico superior al interés de los padres de mantener el secreto de la forma de concepción y al derecho a la intimidad del donante.

Este derecho a conocer los orígenes biológicos sería un derecho complejo que comenzaría por el derecho a saber la disociación entre la filiación legal y la biológica. La cuestión es que ello implicaría correlativamente el deber de informar a los hijos por parte de los padres legales acerca de la adopción o del modo de concepción.

Una vez conocidos los datos sobre su generación o nacimiento, el siguiente paso de este complejo proceso depende de la voluntad del hijo: decidir si quiere obtener datos del donante.

El último paso de este derecho, dependiente también de la voluntad del hijo, consistiría en entrar en contacto con el donante. También comprendería este derecho la posibilidad de contactar y conocer a los posibles medio hermanos, fruto de otras donaciones realizadas por el mismo donante que participó en su concepción. Pero en este último caso habría que contar también con la voluntad de los posibles medio hermanos.

Para hacer efectivo este derecho y poder garantizar su ejercicio sería necesario, obviamente, emprender una profunda reforma legislativa, que abarcara tanto la modificación del artículo 5.5 de la LTRHA como la de todos sus concomitantes.

## 5. CONCLUSIONES

La legislación española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece un régimen de anonimato relativo de los donantes de los gametos necesarios para la realización de estas técnicas. En concordancia con este paradigma, no puede reflejar el Registro Civil ningún dato sobre el nacido del que se pueda inferir el carácter de su generación y, por otra parte, la ruptura de la confidencialidad de los datos del donante es considerada como una infracción grave de la ley. Solo en supuestos excepcionales de riesgo para la vida o salud del nacido mediante estas técnicas puede llegar el mismo a conocer datos no identificativos o identificativos del donante, sin que dicha revelación pueda suponer en ningún caso la determinación legal de la filiación. Este régimen del anonimato del donante cuenta con el respaldo de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Mientras la legislación española sobre el anonimato del donante permanece inalterada, una serie de factores que han ido desarrollándose con posterioridad a la entrada en vigor de la primera LTRHA en 1988 han hecho entrar en crisis el paradigma sostenido por dicha legislación. Entre estos factores hay que destacar las modificaciones sufridas por el régimen nacional de adopción en 2015 que vienen a reconocer a los hijos

adoptados un claro derecho a conocer sus orígenes biológicos. El reconocimiento sin ambages de este derecho a los hijos adoptados contrasta con la imposibilidad impuesta a los hijos nacidos mediante el uso de las TRHA con utilización de gametos donados de conocer sus orígenes genéticos. Tal diferencia supone un trato desigual y discriminatorio que no puede justificarse por las distintas circunstancias que rodean a unos y otros.

Por otra parte, en derecho comparado se observa cómo se está produciendo desde hace un par de décadas un movimiento desde la regulación del anonimato del donante hacia la revelación de la identidad del mismo. La cuestión ha sido estudiada en profundidad por el Consejo de Europa y en España por el Comité Catalán de Bioética y el Comité de Bioética de España. Todas estas instituciones se muestran partidarias de reconocer a los hijos habidos mediante técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos un derecho a conocer sus orígenes biológicos.

Entiendo que la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida debería ser objeto de una modificación en el mismo sentido de las modificaciones de su entorno jurídico y admitir el desvelamiento de la identidad de los donantes de gametos a los hijos habidos con su utilización. Ello haría posible la articulación de un derecho fundamental a conocer los orígenes biológicos ligado a la dignidad de la persona y sus derechos a la igualdad y a la identidad en el marco del derecho al desarrollo de la propia personalidad.

---

PARTE IV

**LA REVISIÓN DE LOS CONFINES  
Y DEL SENTIDO DEL DERECHO A LA VIDA**



**¿ES EL ABORTO UN NUEVO DERECHO?<sup>1</sup>**

Vicente Bellver Capella<sup>2</sup>

**1. ADVERTENCIA PRELIMINAR**

Antes de empezar debo reconocer que el mero hecho de proponer esta pregunta, presumiendo que no hay una sola respuesta inmediata y evidente, me resulta embarazoso. En España, Europa y, en general, lo que llamamos occidente cuestionar hoy en día que el aborto sea un derecho es tenido como mínimo de mal gusto y, para muchos, sencillamente intolerable. Está extensamente asumido que uno de los pilares del feminismo es el derecho al aborto. En consecuencia, dudar de que exista tal derecho (y, no digamos, contemplar *prima facie* el aborto voluntario como la eliminación de una vida humana que merece, más bien, la protección del Derecho) es atacar la legitimidad del movimiento feminista. En la medida en que comparto las exigencias fundamentales del feminismo, y la urgencia por llevarlas a cabo, me incomoda ser etiquetado de antifeminista por poner en duda que exista propiamente un derecho al aborto. Pareciera que detrás de esta posición solo cabría encontrar a un varón cargado de prejuicios religiosos, afanes fundamentalistas mal disimulados y desprecio a la mujer en el ejercicio de su autonomía. En mi opinión, alineada con la de un sector minoritario del feminismo que apenas tiene eco en la opinión pública, la lucha por la igualdad efectiva de los derechos de la mujer no solo no pasa por poner el aborto como piedra angular del feminismo sino por una firme y simultánea defensa de la maternidad y la vida humana por nacer. No es el momento de ocuparse de esta cuestión, pero sí de recordar que el feminismo es un movimiento plural en el que caben posturas diversas sobre asuntos fundamentales, como este del aborto.

En otros lugares, he señalado la dificultad que entraña conciliar la protección jurídica del *nasciturus* y la libertad de la mujer ante el aborto, y he ofrecido propuestas

<sup>1</sup> Este trabajo contó con la financiación del proyecto PID2019-111115GB-I00 «Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política».

<sup>2</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho y Política. Universitat de València.

dirigidas a la salvaguarda de ambos bienes<sup>3</sup>. En mi opinión, resolver definitivamente este conflicto privando de cualquier valor y protección al ser humano por nacer no parece que sea una solución justa, y tampoco creo que contribuya al fortalecimiento del feminismo a largo plazo. Pero, como digo, no es de feminismo y conflicto entre bienes dignos de protección de lo que tratan las siguientes páginas sino de algo mucho más concreto: si podemos hablar o no de que exista un nuevo derecho al aborto. Afrontaré esta cuestión principalmente desde el derecho internacional de los derechos humanos, aunque añadiré algunas consideraciones más propias de la filosofía jurídica. Ya adelanto que las dos respuestas más comunes y contrapuestas sobre este asunto son: el aborto es un derecho en cuanto que es una concreción del derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer; y el aborto no es un derecho sino una acción despenalizada en determinados supuestos en los que la protección jurídica de la vida del *nasciturus* cede ante la libertad de la mujer. Pero antes de revisar el derecho internacional de los derechos humanos en este punto, conviene hacer una reflexión acerca del lenguaje de los derechos humanos en el tiempo presente, y la dificultad para acordar una interpretación sobre los mismos.

## 2. SOBRE EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIVERSIDAD DE INTERPRETACIONES SOBRE EL DERECHO A LA VIDA

Es indudable que el «lenguaje de los derechos» tiene una vigorosa presencia no sólo en los círculos académicos, los organismos internacionales o las organizaciones humanitarias, sino también en el conjunto de la opinión pública. ¿Quién no ha participado en una animada conversación a propósito de los avances biotecnológicos, las personas trans, los inmigrantes, el acceso a los recursos hídricos o la protección de ciertas especies animales, y, al hacerlo, ha escuchado a los otros y ha recurrido él mismo al concepto de derechos humanos? En buena medida, la justicia cívica se formula hoy en día en términos de derechos humanos. El hecho de que la referencia a los derechos humanos sea ineludible en esos debates pone de manifiesto la fuerza con la que han sido abrazados por los ciudadanos de todo el mundo, que los han asumido como la principal herramienta para lograr sociedades justas. En buena medida puede presentarse como un triunfo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948, cuyo 75 aniversario celebramos este año.

El problema está en que ese lenguaje de los derechos, lejos de facilitar el entendimiento, frecuentemente se convierte en un arma de enfrentamiento, con la que blindamos la propia posición y desacreditamos las contrarias. Así se pone de manifiesto de forma paradigmática con un derecho tan básico e incuestionado como es el derecho a

<sup>3</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente, «Por un debate constructivo sobre el aborto», *Claves de Razón Práctica*, n. 233 (2014), pp. 56-65.



la vida. Pero antes de ilustrar cómo la invocación a un mismo derecho sirve a la vez para defender demandas contrarias entre sí, voy a presentar una rudimentaria aplicación del análisis DAFO (debilidades, amenazas, fortalezas, oportunidades) al discurso de los derechos.

Una debilidad patente del discurso de los derechos es su hipertrofia. Como las exigencias que se presentan bajo la bandera de la DUDH adquieren una especial fuerza persuasiva ante la opinión pública, el discurso de los derechos tiende a hipertrofiarse. En la actualidad, las demandas de justicia más variopintas suelen presentarse bajo el ropaje de los derechos humanos. Esta estrategia se plantea de dos modos: bien proponiendo nuevos derechos, bien reconfigurando el contenido de los ya existentes para albergar demandas que hasta entonces en absoluto se habían contemplado.

La hipertrofia del discurso de los derechos trae consigo una amenaza grave: convertir en incoherente el discurso de los derechos. Si los derechos humanos se convierten en categorías vacías que pueden cargarse con las demandas más variopintas; si pueden fundamentarse en las teorías más contrarias entre sí; o si son una lista con un ilimitado potencial de crecimiento, es inevitable que acaben perdiendo su eficacia e incluso su legitimidad. Al afanarse por abarcar cualquier reclamación y sustentarse sobre cualquier fundamento, los derechos dejan de ser garantías que protegen los bienes fundamentales para el desarrollo del ser humano. Quedan reducidos a instrumento de descalificación de quien no piensa como yo.

La gran fortaleza del discurso de los derechos, y de la DUDH en particular, está en la autoridad moral universal que se le reconoce. Aunque continuamente se levanten críticas y propuestas de reforma, es difícil imaginar un texto jurídico que cuente con mayor legitimidad en la actualidad y que ejerza tanto influjo —formal o real— en las legislaciones de los estados de todo el orbe. Conviene señalar que se trata de un texto breve, de unas pocas páginas, aprobado por algo más de medio centenar de países (en 1948 buena parte de los estados que hoy forman parte de la comunidad internacional estaban sometidos al régimen colonial) y que, ni entonces ni ahora, cuenta con una fuerza coactiva para hacerse valer. Sin embargo, desde su aprobación, pocos estados la han dejado de lado a la hora de elaborar su Constitución.

Esa fortaleza trae consigo una enorme oportunidad: el discurso de los derechos, sintetizado en la DUDH, puede llegar a ser el fundamento sobre el que se construya un orden de justicia universal. Las declaraciones y convenciones sobre derechos humanos aprobadas desde 1948 no tienen más objetivo que concretar las exigencias y acrecentar las garantías de los derechos contemplados en ella con respecto a determinadas actividades (desde la biomedicina hasta las tecnologías de la información y la comunicación) o con relación a determinados grupos humanos (mujeres, niños, mayores, discapacitados, pueblos indígenas, minorías, etc.). No es exagerado decir que la mayor parte de la actividad normativa en el ámbito internacional en materia de derechos humanos consiste en desarrollar la DUDH. Es ella el germen de un orden de justicia universal. Ahora bien, para serlo en plenitud, deberá superar no solo el desprecio de quienes no

creen en ellos, sino la hipertrofia a la que ya he hecho referencia, que trae consigo graves pérdidas de eficacia y legitimidad.

Los problemas apuntados con relación al discurso de los derechos se manifiestan con especial claridad en el derecho a la vida, que tanto tiene que ver con el tema que estamos abordando. La configuración de su contenido y alcance estará completamente condicionada por la concepción acerca del ser humano de la que se parta. Aunque evidentemente hay muchas, voy a detenerme en dos principales. Una es aquella que vincula la dignidad de la persona a su autonomía y, en consecuencia, rechaza limitar el ejercicio de la autonomía personal para proteger aquella vida humana que carezca de la más mínima capacidad de autonomía. En la medida en que considera que la dignidad se identifica con la capacidad del individuo de actuar autónomamente, podemos hablar de una concepción autonomista de la persona. La otra vincula la dignidad al simple existir como ser humano, aunque se carezca de cualquier atributo de los que se suelen calificar como propios de los seres humanos: fundamentalmente la capacidad de razonar y decidir como sujeto autónomo. Por eso, la denomino concepción existencialista de la persona. Desde esta perspectiva se rechaza que, en nombre de la autonomía individual, se pueda atentar directamente contra la vida ajena, por mucho que carezca de las capacidades propias de los seres humanos.

Estas dos concepciones acerca del ser humano no sólo dan pie a diversas interpretaciones del derecho a la vida, sino también de otros derechos que pueden entrar en colisión con éste, y a proponer distintas respuestas para esos conflictos. Básicamente, los problemas relacionados con el derecho a la vida se plantean bien al inicio o bien al final de la vida. Es lógico que sea así. Para la primera de las concepciones, como lo definitivo es la autonomía individual, ha de ser la autonomía la que establezca tanto el inicio como el final de la protección a la vida humana. Para la segunda, por el contrario, ni el inicio ni el final de la protección de la vida humana pueden ser determinados por la autonomía del individuo, pues la dignidad está vinculada a la mera existencia. Veamos cómo se concibe el derecho a la vida en sus inicios tanto desde la perspectiva autonomista como existencial.

### **2.1. El derecho a la vida: la perspectiva autonomista**

Con respecto al inicio, la posición es clara: en tanto no estemos ante una vida humana viable fuera del útero de la mujer, la protección de esa vida no puede ser absoluta. Aquí existen, a su vez, dos posiciones diferenciadas. La radical considera que, mientras no estemos ante un ser con capacidad de manifestar (aunque sea incipientemente) su autonomía (o su capacidad de sentir dolor), el valor y la protección de esa vida dependerán exclusivamente de la persona que la haya concebido. Esas vidas no autónomas no gozan de más dignidad que la atribuida por el ser autónomo que la haya

concebido (la madre)<sup>4</sup>. La posición moderada, en cambio, defiende que la protección de la vida humana debe existir tan pronto como aparezca esa vida, sin perjuicio de la gradualidad en la protección. En todo caso, el nivel de protección no viene enteramente determinado por la persona de la que depende esa vida embrionaria o fetal. La protección de esa vida será gradual en función de las circunstancias en las que se encuentre y de los conflictos a los que se vea sometida. Sólo cuando sea viable fuera del útero, la vida humana merecerá la completa protección. Así, por ejemplo, algunos autores defensores de este segundo planteamiento sostienen que la protección de la vida irá creciendo gradualmente en función de las distintas etapas de su desarrollo: embrión preimplantatorio (en aquellos casos en los que haya sido producido *in vitro*), embrión implantado, embrión que ha superado las primeras dos semanas de su desarrollo, feto, y feto viable fuera del útero.

A partir de estos presupuestos, la interpretación del derecho a la vida se propone en los siguientes términos.

Desde la posición radical, se niega que se pueda hablar del derecho a la vida antes del nacimiento (Richard Dworkin), e incluso en las primeras semanas siguientes (Peter Singer, Tristram Engelhardt). Se afirma, en cambio, la preferencia del derecho a la libertad de investigación de quienes quieran experimentar con embriones, y a la libertad y salud reproductiva de las mujeres y, en general, de los progenitores. En consecuencia, se defenderá la legitimidad de las siguientes prácticas que han sido objeto de controversia bioética en los últimos años: la investigación con embriones (incluida su creación, y su creación por clonación) con el fin de avanzar en el conocimiento científico para que, en el futuro, se puedan obtener terapias; la selección de embriones bien para que no nazcan con problemas genéticos o bien para que sean genéticamente compatibles con un hermano ya nacido al que puedan procurarle las células que necesita para sanar de una enfermedad congénita; el aborto en sus diversas modalidades (farmacológico, quirúrgico) y tiempos; el acceso a las técnicas de reproducción asistida más allá del contexto estrictamente médico (cuando existe un problema de infertilidad en la pareja); e incluso otras prácticas más extremas como la intervención genética en la línea germinal para obtener un descendiente con las características genéticas que considere más idóneas, la clonación reproductiva, el aborto con nacimiento parcial, o incluso el infanticidio en las primeras semanas de vida del neonato.

Como los defensores de esta posición no reconocen en la vida humana anterior al nacimiento ni a un sujeto de derechos ni un bien que merezca la protección del Derecho, no advierten conflicto entre el derecho a la vida y los derechos mencionados (la libertad de investigación y los derechos a la libertad y a la salud reproductiva). Más aún, rechazan de plano cualquier posición que trate de limitar esas libertades, acusándolas de

<sup>4</sup> SERNA, Pedro, «El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo», en Pedro Serna (ed.), *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 39 ss.

metafísicas (en el sentido de estar pretendidamente fundadas en razones que son espurias, pues en realidad sólo sirven para maquillar imposiciones de carácter religioso). Ese rechazo tiene, además, un carácter radical: no tiene sentido dialogar, sostienen, con quien pretende obligar a los demás a que asuman como delito (el aborto) lo que no es más que un pecado para él.

Desde la posición moderada, las propuestas resultan más complejas porque se entiende que, en todas las acciones que acabo de referir, existe (o aparenta existir) un conflicto de derechos que es necesario resolver a favor de alguno de ellos. Por un lado, aunque se niegue que exista el derecho a la vida antes del nacimiento, se acepta que esa vida merece la protección del Derecho. Por otro lado, aunque se proclamen los derechos a la libertad de investigación, y a la libertad y salud reproductivas, se acepta que no tienen un alcance ilimitado, sino que están condicionados por su propio contenido y por el contexto en que tienen que ser aplicados. Para resolver el conflicto entre derechos (o entre derechos y bienes jurídicos) la posición moderada propone el recurso a la ponderación. Pero los resultados que arroja esa ponderación variarán en función de los criterios que se tengan en cuenta, sobre los que existe, a su vez, diversidad de posturas. Así encontramos distintas propuestas para regular el aborto: desde la despenalización para determinadas indicaciones hasta la proclamación del derecho al aborto durante un número mayor o menor de semanas de embarazo. Todo dependerá del nivel de protección que se considere que se debe otorgar a la vida antenatal frente al derecho a la libertad reproductiva de la mujer, con el que entraría en colisión. Otro ejemplo: desde esta posición encontramos tanto propuestas más estrictas como otras más amplias con relación a la investigación con embriones, dependiendo del valor (y consecuentemente protección) que se decida otorgar al embrión frente a su uso en la investigación. En todo caso, lo que identifica a esta posición es la aceptación de un conflicto de partida, para cuya adecuada resolución es necesario hacer un juicio de ponderación.

La posición moderada coincide con la radical en acusar a los partidarios del derecho a la vida antenatal de fundamentalistas por tratar de imponer al conjunto de los ciudadanos su visión religiosa acerca de la vida humana. En consecuencia, ambas comparten el planteamiento de que aquellas legislaciones que proclaman y protegen el derecho a la vida del no nacido constituyen un atentado a la libertad religiosa y de conciencia del conjunto de los ciudadanos, por imponerles un comportamiento basándose en una creencia. Es como si la legislación del Estado prohibiese a todos los ciudadanos comer carne de cerdo al amparo de un precepto religioso.

La posición moderada trata de presentarse como una opción no sólo intermedia, que busca el consenso entre los extremos de la autonomista radical y la existencialista (a la que hago referencia enseguida), sino como la única que contempla la realidad en toda su complejidad. En todo caso, se advierte que esta posición tiende a aproximarse a la radical aunque trate de afanarse por marcar las distancias. Primero, porque la posición radical, aunque por coherencia en el razonamiento esté dispuesta a llegar más lejos, tampoco se empeña en llegar más lejos de lo que demanda la sociedad en cada

momento. Segundo, porque la posición moderada rehace su propuesta de resolución de conflictos cada vez que se encuentra con una buena razón para ello. Y así sucede que una fuerte demanda social se acaba convirtiendo en una razón para proponer un cambio. Y tercero, y quizá lo más importante, porque tanto la posición moderada como la radical comparten un fuerte recelo hacia aquella otra que se percibe como una grave amenaza para la libertad de conciencia porque, en lugar de apelar a la razón, se guía por la religión aunque trate de camuflarlo con desinformación y argumentos falaces.

## 2.2. El derecho a la vida: la perspectiva existencialista

Con respecto al inicio de la vida también aquí encontramos una posición clara: desde el momento en que existe una vida humana con capacidad para desarrollarse por sí misma hasta dar lugar a un ser humano adulto, se encuentra una persona y, por tanto, un sujeto del derecho a la vida. Se acepta que, dependiendo de las etapas del desarrollo de la vida antenatal y de las circunstancias en las que se encuentre a lo largo de su gestación, se module la respuesta del Derecho ante las agresiones de que sea objeto esa vida. No se propone una protección absoluta de la vida humana, cosa que sería imposible de garantizar, además de un sinsentido porque ninguna vida humana puede (ni debe) disfrutar de una protección absoluta. Se defiende el carácter inviolable del derecho a la vida y que ese derecho comparece desde el momento en que surge un nuevo ser humano tras la concepción. Así como el castigo por acabar con la vida de un ser humano adulto puede merecer una u otra pena dependiendo de muy diversas circunstancias, igualmente se plantea con la vida antenatal. De hecho, en las últimas décadas se ha insistido desde esta posición en que la mujer que aborta no debe ser penalizada por ello y que se deben buscar otras medidas más justas y eficaces para la protección efectiva de la vida humana por nacer<sup>5</sup>.

Aunque el punto de partida sea el reconocimiento de que la vida del ser humano comienza con la concepción, que la persona existe desde ese mismo momento (es decir, que todo ser humano es persona) y que el derecho a la vida que corresponde a toda persona es inviolable, podemos encontrar diversas propuestas a la hora de concretar la legislación relativa a la protección de la vida humana. Es lógico que así sea porque el reconocimiento de que la protección de la vida humana es un absoluto moral no significa necesariamente que todo atentado contra la vida humana merezca una misma sanción jurídica. Igual valor tiene toda vida humana y, sin embargo, se acepta de forma general que el castigo por aborto sea notablemente inferior al castigo por homicidio y éste inferior al asesinato. El ejemplo más extremo de lo dicho —que, a entender de

<sup>5</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada*, 2014, <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/> [22-12-2022]

algunos, ya no sería una muestra de la necesaria ductilidad de los juicios y los castigos sino la expresión de una incoherencia jurídica— es el caso del Derecho alemán, donde se reconoce el derecho a la vida del no nacido pero no se castiga el aborto en las primeras semanas del embarazo.

Al igual que la posición autonomista ataca aquellas legislaciones que protegen la vida humana desde la concepción por imponer a la sociedad una creencia religiosa, la posición existencialista critica a la autonomista por tratar de imponer al conjunto de los ciudadanos su moral particular: aquella que, basándose en la creencia de que la vida humana antenatal en sus primeros estadios únicamente tiene el valor que la gestante le otorgue, exige eliminar cualquier protección jurídica de ese estadio de la vida humana.

### 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA PRESERVAR LA FUERZA LEGITIMADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Jacques Maritain, uno de los intelectuales que participó en la elaboración de la DUDH, dejó escrito que el acuerdo alcanzado entre sus autores sólo podría mantenerse mientras no se les preguntara por qué. Si se hacía esa pregunta inmediatamente afloraría el más completo desacuerdo. No obstante, defendió la posibilidad y conveniencia de fundamentar los derechos con tal de que no se pretendiese hacerlo sobre bases teóricas o ideológicas sino, más bien, prácticas:

«el acuerdo de las mentes puede ... lograrse de manera espontánea, no por un pensamiento especulativo común, sino por un común pensamiento práctico; no por la afirmación de una misma concepción del mundo, del hombre y del conocimiento, sino por la afirmación de un mismo conjunto de convicciones que dirijan la acción. Esto es poco, sin duda; es el último reducto del acuerdo de las mentes. Sin embargo, es lo bastante como para emprender una gran obra, y sería ya mucho el tomar conciencia de este conjunto de convicciones prácticas comunes»<sup>6</sup>.

Años después, Norberto Bobbio, afirmaba que una vez aprobada la DUDH ya no tenía sentido seguir hablando sobre el fundamento de los derechos humanos, sino que había que centrar los esfuerzos en garantizarlos de forma eficaz: «El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político»<sup>7</sup>.

El transcurso del tiempo nos confirma que Maritain tenía razón mientras que Bobbio, más bien, se equivocó. En el momento en que se empieza a indagar en el fundamento de los derechos comienza a resquebrajarse la solidez del concepto mismo de los derechos humanos. Y, por más que Bobbio lo estimara posible, no podemos dejar de preguntarnos por el fundamento y ocuparnos sólo de las garantías porque el alcance

<sup>6</sup> MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Madrid, Encuentro, 2023, pp. 83-84.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 15.

de cada derecho depende, en buena medida, del fundamento del que se parta. Por ello, bien está explorar la vía de las convicciones prácticas comunes, propuesta por Maritain, para alcanzar un acuerdo básico sobre la fundamentación que permita identificar unos contenidos y garantías mínimos para cada derecho humano.

¿Se puede conseguir que la apelación a los derechos humanos, y al derecho a la vida del que venimos hablando, no se convierta en un arma arrojada con la que sembrar división sino en el instrumento jurídico más poderoso para salvaguardar la dignidad y la libertad humana? Siguiendo la línea propuesta por Maritain, ofrezco algunas propuestas dirigidas a quienes, aunque defiendan posiciones opuestas con relación al fundamento de los derechos, comparten la idea de que una sociedad justa exige el reconocimiento de los derechos humanos. Simplemente las esbozo:

1. Reforzar la legitimidad y fuerza de los derechos humanos. Si, en verdad, estamos convencidos de que los derechos humanos son un concepto valioso, una de las grandes aportaciones de Occidente a la historia de la humanidad, es fundamental reforzar su legitimidad y su fuerza. Para lograrlo, algunas acciones eficaces serían:
  - Respetar escrupulosamente el marco vigente de los derechos humanos. Desde la Declaración de 1948, y aun antes, las organizaciones internacionales han ido aprobando un buen número de declaraciones y convenios en materia de derechos humanos con amplios consensos. Algunos de esos instrumentos jurídicos cuentan con garantías de diverso tipo y/o mecanismos de participación ciudadana. Más allá de que uno comparta en mayor o menor medida el contenido de todos estos instrumentos, es fundamental manifestar respeto por ellos. En el ámbito de los estados, ese respeto se manifestará bien en el sometimiento real (y no puramente formal) a tales normas, bien en la manifestación de razones consistentes y universalizables para eludir ese sometimiento cuando se mantengan discrepancias respecto a ellas. Manifestaciones como las que ofrezco más adelante, vertidas por el Parlamento Europeo en algunas de sus últimas resoluciones relacionadas con el aborto, no contribuyen a ello.
  - Subrayar lo que se comparte por encima de las diferencias. A pesar de las diferentes concepciones existentes a la hora de sustentar los derechos humanos, no es exagerado decir que entre todas ellas existen muchos más puntos de acuerdo que desacuerdos. Es cierto que, en ocasiones, el desacuerdo puede ser radical y afectar a la concepción global del derecho humano en concreto. Por ejemplo, media un abismo entre la concepción que considera que el derecho a la vida consiste en proteger la vida de todo ser humano desde el útero frente a cualquier agresión; y aquella otra para la que el derecho a la vida incluye la práctica de un aborto seguro en el marco del derecho a la autonomía reproductiva. Pero, en cuestión de derechos, lo común suele ser mayor que lo que separa. Así, por ejemplo, si bien en el derecho a la vida encontramos profundas diferencias acerca de la protección debida a la vida humana antes del nacimiento, pocos

dudan de que la vida de todos los seres humanos tiene el mismo valor desde el nacimiento. En estos casos, si los contendientes acerca del contenido y alcance de un derecho particular subrayan la amplitud del terreno compartido, el debate sobre los puntos de discrepancia será menos tenso y más fecundo.

- Evitar la retórica incendiaria de los derechos. Señalaba al comienzo del trabajo que las demandas envueltas en el lenguaje de los derechos suelen tener un impacto mayor en la opinión pública que las que no se vinculan a los derechos humanos. Como todos asociamos (me refiero concretamente a los ciudadanos de los Estados democráticos) el concepto de los derechos humanos con la salvaguardia de la dignidad de la persona y de sus bienes esenciales, es decir, con aquello que de ninguna mayoría puede arrebatarnos, es lógico que nos neguemos a negociar y someter a acuerdo las proclamas defendidas en nombre de los derechos. El problema está en que, muchas veces, no hay razones suficientes para vincular esas proclamas a genuinos derechos. Pero es que, incluso cuando las hay, es conveniente modular el discurso para no incurrir en una retórica incendiaria que dificulte el debate y erosione el concepto de derechos humanos.
2. Conducir las controversias al ámbito en el que verdaderamente se producen. De los casos anteriormente analizados se observa que las discrepancias más graves a la hora de interpretar los derechos no proceden del enunciado mismo del derecho, sino en las diferentes concepciones acerca de la realidad sobre las que se sustenta ese enunciado. Por ejemplo, que unos defiendan la licitud de la investigación con embriones humanos y otros la consideren contraria al derecho a la vida puede no deberse a diferentes concepciones acerca de ese derecho sino a las diferencias acerca de cuándo nos encontramos ante un ser humano. En esos casos, sería conveniente aceptar que las partes enfrentadas comparten su concepción sobre el derecho a la vida y discrepan sobre la cuestión acerca de cuándo existe el ser humano, de índole fundamentalmente filosófica. Si residenciamos correctamente los problemas, muchas de las controversias envueltas en el lenguaje de los derechos humanos transcurrirán por otros cauces más idóneos para su abordaje. De esta manera se logrará, además, que el concepto de los derechos humanos no se debilite, por no estar presente en más controversias que las que propiamente le correspondan.
  3. Buscar puntos de acuerdo y jugar limpio. Ya he señalado que, entre los que defendemos el discurso de los derechos humanos, es más lo que compartimos que lo que nos separa. Pero no se puede negar que existen diferencias profundas, en apariencia insalvables, que amenazan el progreso de los derechos humanos. Tomarse en serio los derechos exige combatir esas amenazas. Y una forma eficaz de lograrlo es buscando puntos de acuerdo y jugando limpio. Las controversias se suelen suscitar en territorios de frontera que, a veces, con el tiempo, se van clarificando. Por ejemplo, es posible que en el futuro se esclarezca definitivamente si lo contrario



a los derechos humanos es el aborto o su prohibición. Pero, hasta entonces, ¿tiene sentido plantear el debate principalmente en el ámbito de los derechos humanos? ¿Es conveniente hacerlo? Probablemente la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa porque el concepto de derechos humanos fue creado para conquistar áreas de justicia y tendría poco sentido dejar de hacerlo en aquellos campos que, aunque sean controvertidos, se entiende que existe en juego una exigencia básica de justicia. Ahora bien, no es tan clara la respuesta a la segunda pregunta. Si recurrimos al lenguaje de los derechos, como vengo diciendo, estaremos empleando un arma eficaz de persuasión. Pero se puede volver contra los propios derechos si el resultado es una mayor controversia como consecuencia del choque de interpretaciones de los derechos. Para evitar, o al menos reducir, el efecto perverso del discurso de los derechos, pueden resultar eficaces las siguientes medidas:

- La búsqueda de acuerdos amplios, aunque en ellos ninguna de las partes enfrentadas se vea enteramente reflejada. No se trata de hacer dejación de los principios, sino de facilitar el encuentro y el diálogo entre las partes contendientes, de modo que se mantenga abierta la puerta a la mutua «contaminación» y a los cambios de posiciones basados en razones.
- Para lograr lo anterior, es necesario el reconocimiento del rival como alguien que merece respeto y que, aunque defienda una posición errónea, tiene un punto de vista que puede mejorar el propio y que debe ser escuchado.
- Sólo cuando se juega limpio pueden escucharse los puntos de vista rivales. Jugar limpio exige no desacreditar al rival como interlocutor, no impedir su acceso al debate público y no cerrar los oídos para escuchar las razones en las que basa sus posiciones. No dudo del carácter utópico de estas propuestas, pero entiendo que sólo en la medida en que se avance en esa dirección, no pervirtiendo el discurso de los derechos, se irán afianzando los derechos humanos en los estados y en el mundo. La alternativa es la paralización y aun el retroceso de la gran empresa que principió hace setenta y cinco años con la DUDH.

#### 4. ¿QUÉ DICE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE EL ABORTO?

Ante la pregunta acerca de si existe o no un derecho humano al aborto podríamos responder, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos vigente, que sí y no a la vez. Y eso tanto si atendemos a la esfera universal como a la europea o americana. En primer lugar, haré una somera mención al plano universal y, a continuación, al europeo y al americano.

##### 4.1. El aborto en el sistema de Naciones Unidas

Si nos atenemos a los principales instrumentos universales de derechos humanos, así como a la más importante y específica declaración sobre el aborto, adoptada en el marco de Naciones Unidas, que es el *Programa de Acción de la Conferencia*

*Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, aprobado en El Cairo en 1994, la respuesta sería no.

La única mención en las normas internacionales de derechos humanos al aborto está, curiosamente, en el *Protocolo de la Unión Africana a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con relación a los Derechos de las Mujeres en África*, más conocido como el *Protocolo de Maputo*, adoptado en 2003 y en vigor desde 2005. En él se dice que «Los estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para: c) proteger los derechos reproductivos de la mujer autorizando el aborto médico en casos de agresión sexual, violación, incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la madre o la vida de la madre o del feto» (art. 14.2). Se trata de un texto que consagra un sistema de indicaciones a la hora de despenalizar el aborto, lo que en ningún caso supone la proclamación de un derecho al aborto<sup>8</sup>.

También al tratar del aborto conviene hacer referencia a la Convención de Derechos del Niño de 1989. Aunque no hace referencia explícita alguna al aborto, la Convención operó un cambio sustancial con respecto a la Declaración de Derechos del Niño de 1959 al referirse a los cuidados prenatales, que repercutió indirectamente en esta materia. El Principio 4 de la Declaración dice: «El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal». La Declaración afirma que el niño tiene derecho a cuidados prenatales. En la Convención, sin embargo, se elimina la referencia al derecho del niño a los cuidados prenatales y se dice que los estados deben: «d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres» (art. 24). La Convención deja de considerar al niño por nacer como merecedor por sí mismo de los cuidados prenatales, y los vincula solo a las necesidades de las madres. En todo caso, el cambio introducido en la Convención no supone la proclamación de un derecho al aborto, aunque despeje un obstáculo para poder hacerlo en el futuro.

En cuanto a las declaraciones de especial significación en el marco de Naciones Unidas, debemos detenernos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 celebrada en El Cairo. En ella se consagran a escala planetaria los

<sup>8</sup> Una fuente nada sospechosa de poner pegasa a la proclamación del derecho al aborto, como es el Guttmacher Institute, ha reconocido que, en 2019, el 92% de las mujeres en edad reproductiva de África sub-sahariana vivía en 43 países con leyes altamente o moderadamente restrictivas en materia de aborto, al prohibirlo por completo o restringirlo a los casos en que la vida o la salud de la mujer están en peligro. En ese contexto, el Protocolo de Maputo es «el único instrumento de derechos humanos con lenguaje prescriptivo sobre los criterios de aborto»; BANKOLE, Akinrinola *et al.*, *From Unsafe to Safe Abortion in Sub-Saharan Africa: Slow but Steady Progress*, Nueva York, Guttmacher Institute, 2020, <https://www.guttmacher.org/report/from-unsafe-to-safe-abortion-in-sub-Saharan-africa> [25-03-2022]. Los autores del informe reconocen implícitamente que no existe un derecho al aborto sino únicamente una despenalización parcial.

derechos sexuales y reproductivos. Pues bien, si vamos al Programa de Acción aprobado entonces, que recoge con detalle lo que se entiende por tales derechos, encontramos lo siguiente sobre el aborto:

«8.25 En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos»<sup>9</sup>.

Del texto se desprenden con toda claridad los siguientes mensajes. Primero, el aborto no se debe promover como método de planificación familiar. Cabe presumir que esta prescripción se sustenta en dos razones: que todo aborto voluntario supone acabar con un bien (la vida por nacer) y que esta práctica expone a la mujer a un riesgo para su salud que podría haberse prevenido con una adecuada planificación familiar. Segundo, se reconoce que el problema de los abortos realizados en condiciones inadecuadas es un problema de salud pública y que ese problema se debe afrontar con más y mejor planificación familiar para evitar los embarazos no deseados. Tercero, la regulación del aborto es competencia exclusiva de los estados, y concretamente de la decisión de los ciudadanos, porque no existe un derecho al aborto que limite el ejercicio de la mayoría parlamentaria en un momento determinado. Cuarto, las mujeres con embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Esto supone que, cuando la mujer se plantee la opción de someterse a un aborto legal, deberá recibir información y asesoramiento adecuados. Entre otras informaciones, se le deberá explicar en qué consiste la práctica abortiva, los efectos que trae consigo y las alternativas existentes para el caso de que finalmente no opte por

<sup>9</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO, *Programa de Acción*, El Cairo, 1994, <https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994> [22-12-2022]

ella. Quinto, se debe prestar asesoramiento y asistencia adecuadas a las mujeres que tienen embarazos no deseados y a las que han abortado. Se trata de facilitar un acompañamiento que ayude a afrontar dos situaciones difíciles para cualquier mujer: tanto la de encontrarse con un embarazo no deseado como la de haber abortado.

El Programa de Acción ofrece orientaciones sobre el problema del aborto y los cuidados que debe recibir la mujer antes y después de su práctica pero, al mismo tiempo, rechaza la idea de que exista un derecho al aborto, al confiar la competencia sobre su regulación a la decisión de los ciudadanos en sus respectivos estados. Por tanto, la sentencia Dobbs del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 2022, que revoca la sentencia Roe vs. Wade de 1973, viene a coincidir con el criterio establecido en la Conferencia de El Cairo, en contra de lo que suelen sostener los defensores del derecho al aborto. Ambas instancias básicamente coinciden en afirmar que la regulación sobre el aborto es asunto que corresponde al pueblo y no una cuestión de derechos.

Ahora bien, si leemos la letra pequeña que se ha ido adhiriendo a las principales normas internacionales de derechos humanos a lo largo de las últimas décadas, en forma de observaciones generales, recomendaciones a los estados, informes sobre derechos humanos, directrices en materia de salud pública, etc., habrá que concluir que el aborto sí es un derecho. Entre la abundantísima literatura a la que acudir, selecciono dos textos especialmente relevantes porque tienen la finalidad de orientar a los estados en la aplicación de los convenios de derechos humanos. Me refiero a las observaciones generales a los convenios de derechos humanos.

Pues bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó en 2016 la *Observación general núm. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*<sup>10</sup>, que dedica una amplia atención a lo que denomina el derecho al aborto. En ella se dice:

«La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva» (n. 28).

<sup>10</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, CULTURALES Y SOCIALES, *Observación general núm. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/089/35/PDF/G1608935.pdf?OpenElement> [25-03-2022]

Más adelante, se afirma que «hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto» (n. 34). Por tanto, según el mencionado comité, las leyes que limitan en alguna medida el acceso al aborto constituyen un atentado contra la autonomía y la igualdad de trato a las mujeres: el aborto se transforma, así, en una especificación del derecho de las mujeres a su autonomía, a la igualdad de trato y a la protección de su salud.

Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no siempre mantuvo esta interpretación del derecho a la salud sexual y reproductiva. Tan solo unos años antes, en *la Observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*<sup>11</sup>, al referirse a los servicios de salud sexuales y genésicos, menciona expresamente «el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información» (n. 14). Y, más adelante, cuando habla concretamente de las exigencias para el ejercicio del derecho a la salud de la mujer,

«requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos» (n. 21).

En ningún momento se hace referencia alguna al aborto y, sin embargo, sí se incluyen especificaciones relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos. No es aventurado afirmar que entre la primera y la segunda observación general se produjo un cambio sustantivo sobre la consideración acerca del aborto.

En la medida en que la Observación general de 2016 desarrolla un aspecto concreto de lo abordado en la de 2000, justifica su adopción por la siguiente razón:

«En su observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Comité ya abordó en parte la cuestión de la salud sexual y reproductiva. No obstante, habida cuenta de que continuaban las graves violaciones de ese derecho, el Comité considera que la cuestión requiere una observación general separada».

<sup>11</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcc492,0.html> [22-12-2022]

En mi opinión, la justificación de esta nueva observación general sobre el mismo tema del derecho a la salud no está en el propósito de atajar las graves violaciones de este derecho que pudieran estar produciéndose en diversos países; más bien, estaría en el objetivo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de incorporar nuevo contenido dentro del derecho a la salud sexual y reproductiva, que no se contemplaba ni en la observación de 2000, ni en el Plan de Acción de 1994: el acceso al aborto como expresión de la autonomía reproductiva de la mujer.

En 2019, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó la *Observación general n. 36, sobre el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que trata del derecho a la vida*<sup>12</sup>. En ella se dice que

«las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores o sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7 del Pacto, ni suponer una discriminación contra ellas o una injerencia arbitraria en su vida privada. Los Estados partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada, especialmente si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable. Además, los Estados partes no pueden regular el embarazo o el aborto en todos los demás supuestos de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres y las niñas no tengan que recurrir a abortos peligrosos, y deberían revisar en consecuencia la legislación pertinente. Por ejemplo, no deberían adoptar medidas tales como la penalización del embarazo de las mujeres solteras, o la aplicación de sanciones penales a mujeres y niñas que se sometan a un aborto, ni a los proveedores de servicios médicos que las ayuden para ello, ya que, así, las mujeres y niñas se verían obligadas a recurrir a abortos en condiciones de riesgo» (n. 8).

Encontramos aquí referencias análogas a las del Protocolo de Maputo y otras consideraciones razonables; pero, junto a ellas, nuevas referencias que reducen desproporcionadamente el margen de discrecionalidad de los ciudadanos para regular esta materia y diluyen por completo la protección jurídica que corresponde a la vida humana antenatal.

Siendo las dos mencionadas las que abordan el tema del aborto de forma más extensa, no son las únicas. Se podría decir que el sentir general de los comités que vigilan por el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos comparten esta doctrina sobre el derecho al aborto en este momento, y la ponen de manifiesto siempre que se da la ocasión. Pondré un ejemplo. También en 2016, el Comité de Derechos del

<sup>12</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Observación general n. 36, sobre el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que trata del derecho a la vida*, <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e61813b4.pdf> [25-03-2022]

Niño aprobó la Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. Pues bien, en ella «el Comité insta a los Estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto» (n. 60). Es palmaria la distancia que existe entre la posición de este comité y la consagrada en la Declaración de Derechos del Niño, en la que se reconocía al *nasciturus* el derecho a los cuidados prenatales.

Aunque no sea una norma de derechos humanos, resulta muy interesante hacer mención del documento «Directrices sobre la atención para el aborto» aprobado por la Organización Mundial de la Salud en 2022, en la medida en que da por supuesto el estado de cosas contemplado por las dos observaciones generales de 2016 y 2019 que he comentado, confirmando así el consenso de las agencias de Naciones Unidas sobre el aborto. Las directrices no se limitan a decir cómo debe llevarse a cabo la atención integral para el aborto en aquellos supuestos en los que esté despenalizado. Exige, con toda rotundidad, la completa despenalización del aborto, y, en consecuencia, desaconseja la promulgación de leyes y otras reglamentaciones que restrinjan el aborto basándose en supuestos. A su vez, recomienda que el aborto esté accesible a demanda de la mujer, niña u otra persona embarazada<sup>13</sup>. Nos encontramos, pues, con unas directrices técnicas emanadas de la más alta autoridad internacional en materia de salud, que hacen suyo lo dispuesto en las observaciones generales y no lo que estrictamente contemplan los tratados sobre derechos humanos que comentan esas observaciones.

#### 4.2. El aborto en Europa y América

A nivel europeo, encontramos una situación semejante a la existente a escala universal. Si nos atenemos al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la respuesta a la pregunta de si existe un derecho al aborto, la respuesta es no. Son los estados, dentro del marco de apreciación que les reconoce la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los competentes para regular esta materia.

Sin embargo, en el mismo ámbito del Consejo de Europa, nos encontramos con que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha evolucionado desde una posición más ambigua, a una inequívoca proclamación del derecho al aborto. La resolución sobre

<sup>13</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Directrices sobre la atención para el aborto. Resumen ejecutivo*, 2022, p. 7, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/352351/9789240045767-spa.pdf> [22-12-2022]

«Acceso a un aborto sin riesgo y legal en Europa», de 16 de abril de 2008<sup>14</sup> se alinea, en principio, con lo acordado en el Plan de Acción de El Cairo al afirmar «*that abortion can in no circumstances be regarded as a family planning method. Abortion must, as far as possible, be avoided. All possible means compatible with women's rights must be used to reduce the number of both unwanted pregnancies and abortions*» (n. 1). A continuación, la resolución denuncia que, a pesar de que muchos estados europeos despenalizan el aborto en determinados supuestos, no disponen de los recursos para que esos abortos legales sean seguros, accesibles, asequibles y adecuados. También subraya que la prohibición del aborto no disminuye el número de abortos sino que hace que se lleven a cabo en la clandestinidad. Por todas estas consideraciones, la resolución invita a los estados a que despenalicen el aborto dentro de unos límites gestacionales razonables, a que garanticen las mujeres el ejercicio efectivo de su derecho a un aborto seguro y legal, y a permitir a las mujeres la libertad de elección, sin que ello suponga una promoción específica del aborto<sup>15</sup>.

En 2022 el Consejo de Europa dio un firme paso adelante en la senda hacia la consagración del derecho al aborto, al aprobar una resolución que condenaba el acoso *anti-choice*. La resolución «*Access to abortion in Europe: stopping anti-choice harassment*»<sup>16</sup> fue aprobada por el Comité sobre igualdad y no discriminación en nombre de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Las diferencias más significativas son las siguientes. Primero, deja de hablarse de aborto seguro y legal y se pasa a hablar de aborto libre y legal. Segundo, en lugar de denunciar las políticas de aquellos estados que no facilitan el acceso al aborto en los supuestos en los que han sido despenalizados, la resolución recrimina también a los estados que establecen límites en el acceso al aborto legal. Tercero, se introduce el término de cuidados relacionados con el aborto (*abortion care*), lo que contribuye a ocultar el objeto de la acción abortiva: acabar con la vida del feto *in utero*. Cuarto, limita el ejercicio de la libertad de manifestación y expresión de los grupos *anti-choice* empleando unos términos suficientemente ambiguos (*buffer-zones*, educación sexual comprensiva, etc.) como para justificar auténticas violaciones de esos derechos. Se podría decir que esa resolución adopta un marco

<sup>14</sup> PARLIAMENTARY ASSEMBLY. COUNCIL OF EUROPE, *Resolution 1607 (2008) about Access to safe and legal abortion in Europe*, 2008, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17638> [22-12-2022]

<sup>15</sup> «7.1. *decriminalise abortion within reasonable gestational limits, if they have not already done so; 7.2. guarantee women's effective exercise of their right to access to a safe and legal abortion; 7.3. allow women freedom of choice and offer the conditions of a free and enlightened choice without specifically promoting abortion*»; PARLIAMENTARY ASSEMBLY, COUNCIL OF EUROPE, *Resolution 1607 (2008), Access to safe and legal abortion in Europe*, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17638#> [22-12-2022]

<sup>16</sup> PARLIAMENTARY ASSEMBLY. COUNCIL OF EUROPE, *Resolution 2439 (2022) about Access to abortion in Europe: stopping anti-choice harassment*, 2022, <https://pace.coe.int/en/files/30069/html> [22-12-2022]



distinto al establecido en El Cairo y en la resolución de 2008. Ya no se contempla el aborto como un problema que se debe tratar de reducir, de la vida por nacer como un bien que el estado debe proteger, y del conflicto entre vida prenatal y libertad de la mujer que cada estado tiene margen de discrecionalidad para determinar cómo se debe resolver. Ahora se omite cualquier consideración sobre el aborto como problema para la mujer y la sociedad, así como sobre el valor de la vida humana prenatal. Se presume la prevalencia de la autonomía reproductiva de la mujer y se recela de cualquier medida que dificulte su ejercicio.

Si pasamos del ámbito del Consejo de Europa al de la Unión Europea, y tomamos en consideración lo que el Parlamento Europeo ha aprobado en relación con el aborto en los últimos años, la respuesta a la pregunta acerca de si existe un derecho al aborto debe ser sí. Veámoslo con algunos elocuentes ejemplos. El mes de julio de 2022<sup>17</sup> el Parlamento Europeo aprobó una resolución en la que, poniendo en cuestión la legitimidad del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, declaraba que, el retroceso en el derecho de acceso al aborto seguro y legal en aquel país era motivo de grave preocupación, que «la anulación de Roe contra Wade podría envalentonar al movimiento contra el aborto en la Unión Europea» y que, para frenarlo en seco, proponía incluir el derecho al aborto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto proponía que se incorporara un artículo 7 bis en la Carta con el siguiente contenido:

«Derecho al aborto: Toda persona tiene derecho a un aborto seguro y legal». Más allá de lo insólito que resulta que un Parlamento cuestione los pronunciamientos de la más alta instancia judicial de otro país democrático, choca que la sentencia *Dobbs* haya desencadenado estas urgencias parlamentarias en el entorno de la Unión Europea. No se trata, sin embargo, de un giro significativo en la posición que venía definiendo. Un año antes, el mismo Parlamento Europeo había aprobado el *Informe sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión*, en el marco de la salud de las mujeres, conocido como Informe Matic<sup>18</sup>. En él se cuestiona la legitimidad de los estados para regular esta materia en unos términos que no sean los del reconocimiento del derecho al aborto: «Considerando que las leyes sobre el aborto se basan en la legislación nacional; que, aun cuando existe legalmente la posibilidad del aborto, a menudo existe una serie de obstáculos jurídicos, cuasi jurídicos y oficiosos que restringen el acceso a este».

<sup>17</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 7 de julio de 2022, sobre la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de revocar el derecho al aborto en los Estados Unidos y la necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión (2022/2742(RSP))*, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0302\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0302_ES.pdf) [22-12-2022]

<sup>18</sup> PARLAMENTO EUROPEO. COMISIÓN DE DERECHOS DE LAS MUJERES E IGUALDAD DE GÉNERO, *Informe A9-0169/2021 sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (2020/2215(INI))*, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0169\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0169_ES.pdf) [22-12-2022]

Más recientemente, el Parlamento Europeo ha vuelto a manifestarse sobre el aborto en los mismos términos y con una llamativa dureza hacia aquellos estados miembros de la Unión en los que el acceso al aborto está limitado a unos supuestos determinados. En una resolución que tiene por objeto celebrar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul, se vincula la violencia contra la mujer con las legislaciones que restringen el acceso al aborto:

«4. Condena enérgicamente todas las formas de violencia de género contra las mujeres y las niñas y contra las personas LGBTIQ+; afirma rotundamente que la denegación de los servicios y derechos de salud sexual y reproductiva, incluido el derecho al aborto seguro y legal, es una forma de violencia contra las mujeres y las niñas; reitera que las mujeres y las niñas deben tener el control pleno de su cuerpo y su sexualidad; subraya que el TEDH ha dictaminado en varias ocasiones que las leyes sobre el aborto restrictivas y la falta de aplicación vulneran los derechos humanos de las mujeres; observa con profunda preocupación el hecho de que, en algunos Estados miembros, como Eslovaquia, Polonia y Hungría, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, especialmente el derecho a un aborto seguro y legal, estén constantemente amenazados, y lo condena; señala que se está erosionando lentamente el acceso al aborto en Italia, que el 22 de octubre de 2020, el Tribunal Constitucional ilegítimo de Polonia introdujo una prohibición de facto del aborto, que el aborto está prohibido en Malta y que el aborto médico al inicio del embarazo no es legal en Eslovaquia y no está disponible en Hungría; acoge con satisfacción las iniciativas de algunos Estados miembros, como Francia, de consagrar el derecho al aborto en la constitución con el fin de proteger este derecho fundamental; reitera su llamamiento para que se incluya el derecho al aborto seguro y legal en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; pide a todos los Estados miembros que garanticen el acceso universal para todos a toda la gama de servicios de salud sexual y reproductiva, incluida una educación sexual integral acorde con la edad, la planificación familiar, los métodos anticonceptivos modernos y el derecho al aborto seguro y legal»<sup>19</sup>.

Más allá de la insólita descalificación a un tribunal de garantías constitucionales de un estado miembro de la Unión Europea, y de las alusiones directas a países concretos en los que su regulación vigente sobre el aborto sería fuente de violencia contra la mujer, da por supuesta la existencia de un derecho al aborto a base de vincular el

<sup>19</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 15 de febrero de 2023, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (COM(2016)0109 – 2016/0062R(NLE))*, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0047\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0047_ES.html) [22-12-2022]

aborto seguro y legal con la plena autodeterminación de las mujeres sobre su cuerpo y su sexualidad. Como se viene diciendo desde el Plan de Acción de El Cairo, cuando el aborto está despenalizado, se debe garantizar un acceso seguro a su práctica: eso es el aborto seguro y legal. Pero resulta imposible sustentarlo sobre la autodeterminación de la mujer sobre su cuerpo porque entonces decae automáticamente cualquier limitación en el acceso al aborto que establezca un estado con el objeto de proteger la vida del *nasciturus*.

En América no existe la homogeneidad que ofrece Europa. De entrada, encontramos con que el tratado sobre derechos humanos más relevante en el ámbito americano, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, no deja margen para hablar de un derecho al aborto. En su art. 4 se afirma: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción». El hecho de que se reconozca el derecho a la vida del ser humano antes de nacer, en línea con lo que ha sido la tradición jurídica de buena parte de los estados del mundo hasta la segunda mitad del siglo xx conduce inevitablemente a contemplar el aborto en la perspectiva del conflicto entre derechos y no de la proclamación de un nuevo derecho.

Pero más allá de lo dispuesto en el Pacto de San José, se debe reconocer que Latinoamérica es una de las regiones del mundo en la que el debate sobre el aborto está en completa ebullición en los últimos años. Chile, después de rechazarlo una vez más en la cámara legislativa en 2021, se planteó consagrarlo como derecho en la fallida Constitución de 2022. El gobierno de Perú ha manifestado recientemente su deseo de reformar la ley vigente, que penaliza el aborto salvo en caso de peligro para la vida de la mujer. Ecuador también promovió una iniciativa despenalizadora que fue vetada por el propio presidente de la nación, Lenin Moreno. Pero la Corte Constitucional en ese país declaró en 2021 la inconstitucionalidad de penalizar el aborto en supuestos de violación. Argentina aprobó en 2020 una ley que autoriza el aborto en condiciones análogas a las dispuestas en España. Brasil, por su parte, mantuvo durante la presidencia de Bolsonaro una posición muy activa en la defensa de la vida tanto a nivel nacional como en los foros internacionales. En marzo de 2022, la Corte Constitucional de Colombia dictó una sentencia que liberalizaba el aborto hasta la semana 24, convirtiéndose en uno de los países con una regulación más permisiva del mundo. En dirección opuesta a la de este fallo, se manifestó entonces el gobierno colombiano adhiriéndose al Consenso de Ginebra. Conviene señalar que, tras las últimas elecciones presidenciales en aquel país, se ha retirado del Consenso, como también lo hizo Brasil con la vuelta al poder de Lula da Silva. Se trata de una Declaración, lanzada en octubre de 2021, y originalmente copatrocinada por Estados Unidos, Hungría, Egipto, Brasil, Indonesia y Uganda, que niega la existencia de un derecho al aborto y exige, por el contrario, una protección integral de la salud de la mujer y de la vida antenatal. A esta declaración se unieron inicialmente 32 países. Rusia se incorporó más tarde y apenas coincidió con Estados

Unidos, pues la administración Biden se apresuró a retirarse de este acuerdo que había promovido el anterior Secretario de Estado, Mike Pompeo.

El acontecimiento de mayor trascendencia sobre el aborto que ha tenido lugar en esta región del mundo ha sido, sin duda, la anulación por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de la sentencia *Roe vs. Wade* de 1973, en la que se consagraba el derecho constitucional al aborto de la mujer hasta la viabilidad del *nasciturus* fuera del útero.

La histórica sentencia *Dobbs* de 2022, que revoca la *Roe*, resuelve un recurso planteado ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos contra la suspensión de una ley que impedía el aborto en el estado de Misisipi a partir de la semana 15 de gestación, salvo en caso de emergencia médica o de que el feto tuviera una anomalía incompatible con la vida extrauterina. Los tribunales del estado suspendieron esa ley porque entendieron que era contraria a la doctrina *Roe*, que proclamaba el derecho de la mujer al aborto hasta la semana 24 de gestación. Hablamos de doctrina porque en la sentencia *Planned Parenthood vs. Casey* de 1992, el Tribunal Supremo se ratificó en la proclamación del derecho al aborto, si bien matizó el alcance temporal de ese derecho, que pasó de la semana 24 al momento en que el feto resultara viable fuera del útero de la mujer.

En su recurso ante el Tribunal Supremo, el estado de Misisipi no pide directamente la revocación de *Roe*, sino que se abandone el criterio de la viabilidad, que —en palabras de la fiscal general del estado, Lynn Finch— es un límite «incierto», pues el avance de la medicina lo adelanta cada vez más. A las 15 semanas de gestación, alega el recurso, el feto ha alcanzado ya un desarrollo notable y el aborto es más peligroso. En ese momento, por tanto, el estado puede tener un interés legítimo en proteger la vida del no nacido que prevalezca sobre la libertad de la mujer para decidir.

La sentencia que resuelve este recurso, que tuvo como ponente al magistrado Alito, sostiene la anulación de la mítica sentencia de 1973 porque, según el parecer de la mayoría del Tribunal Supremo, no existe un derecho constitucional a abortar derivado del derecho a la intimidad. Según la sentencia *Roe*, aunque el derecho aborto no aparece en la Constitución, estaría implícito en el derecho a la libertad personal reconocido en la 14.<sup>a</sup> enmienda («Ningún estado podrá privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal»). Alito afirma que eso no es en absoluto así porque la Constitución no hace referencia alguna al aborto, ni precepto constitucional alguno que proteja implícitamente tal derecho, ni existe en la tradición jurídica de los Estados Unidos elemento alguno para pensar que ese derecho pudiera estar implícito en la Constitución.

Frente a la posición máximamente activista adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 1973, puesto que carecía de razones para amparar el derecho al aborto en el marco de la Constitución americana, la ponencia del juez Alito devuelve a las asambleas legislativas de los estados la libertad para decidir el alcance de la licitud del aborto y la protección que otorgan a la vida prenatal.

Robert George, uno de los juristas más relevantes de Estados Unidos en la actualidad, se pronunció sobre esta sentencia, afirmando que la sentencia *Roe vs. Wade* fue un acto de pura arbitrariedad judicial (*raw judicial power*), porque el derecho al aborto que proclamaba carecía de todo fundamento en el texto, la lógica, la estructura o la comprensión histórica de la Constitución. Pero Robert George va más allá de lo que sostiene la sentencia, pues entiende que la sentencia *Roe* es contraria a la Constitución no solo porque hace decir a la Constitución lo que no dice, sino porque ignora lo que sí dice. En su opinión, el término «persona» en la Decimocuarta Enmienda—una Enmienda que, entre otras cosas, impone a los Estados la obligación de otorgar a las personas la igual protección de las leyes (incluyendo las leyes contra agresiones violentas y homicidios)— se entendió públicamente en el momento en que fue formulada y ratificada que incluía al niño en el útero. La autorización por parte de un estado del aborto electivo, por lo tanto, es una violación de la Constitución y así debería declararlo la Corte Suprema.

Conviene reparar en que la ley de Misisipi objeto del recurso resuelto por la sentencia *Dobbs* defiende una regulación que permite el aborto hasta la semana 15, es decir, más de lo permitido en la actualidad en España e incluso en Francia, donde recientemente se ha extendido del plazo de la semana 12 a la 14. Ello da idea de lo radical que fue la sentencia de 1973, al proclamar un derecho constitucional de muy difícil justificación, y hacerlo con un alcance fuera de los parámetros habituales. Con la revocación de *Roe*, simplemente se pone en manos de los estados la regulación del aborto, lo que permitirá mantener regulaciones como la adoptada por *Roe*, pero también otras más restrictivas y protectoras de la vida antenatal.

En definitiva, si tomamos en cuenta los instrumentos normativos sobre derechos humanos, tanto en el nivel universal como el europeo y americano, debemos concluir que no existe un derecho al aborto, sin perjuicio de que muchas legislaciones lo contemplen como una práctica lícita en determinados supuestos o plazos. Ahora bien, si bajamos un peldaño en el rango y fuerza normativa de los textos legales a considerar, nos encontramos con que tanto en Naciones Unidas como en la Unión Europea y el Consejo de Europa existe una extensa y minuciosa literatura que defiende el derecho al aborto en el marco de los derechos sexuales y reproductivos. Esa doctrina la han hecho suya un buen número de estados a ambos lados del Atlántico, entre ellos España.

Más allá de lo que se pueda pensar sobre el aborto, este modo de consagrar un derecho recurriendo a pronunciamientos que no están en los tratados sobre derechos humanos no parece el más correcto desde una perspectiva técnico-jurídica puesto que no se puede regular más allá de lo que dice la norma superior: si la norma superior no proclama el derecho al aborto, no es correcto hacer una interpretación extensiva de la misma hasta el punto de forzarla a decir lo que no quiso decir.

Se podría replicar diciendo que cabe distinguir entre el valor jurídico atribuible a las resoluciones del Parlamento Europeo y a las observaciones generales sobre los tratados acerca de los derechos humanos. Mientras que los primeros son expresión de

una voluntad política que, en su caso, deberá plasmarse en normas, las segundas fijan la interpretación oficial de los tratados sobre los que se pronuncian. En consecuencia, si las observaciones generales que tratan de una materia relacionada con el aborto, como es el caso de las dos mencionadas, coinciden en dar por supuesto que las leyes que restringen el acceso al aborto atentan contra el derecho a la autonomía, intimidad, igualdad de trato y protección de la salud de la mujer, habría que concluir que existe un derecho al aborto. Este derecho podría llegar a enunciarse expresamente (como se ha propuesto en el marco del Parlamento Europeo o el presidente Macron pretende introducir en la Constitución francesa) o bien considerarse que forma parte de cada uno de los derechos mencionados «adecuadamente» interpretados.

Como, por el momento, no existe una voluntad política suficiente para introducir un cambio de tal calado en sede constitucional, debemos preguntarnos si la vía sinuosa consagrada por las observaciones generales anteriormente referidas, que plantean el acceso al aborto como especificaciones de los derechos a la autonomía, igualdad de trato, intimidad y protección de la salud reproductiva de la mujer, es o no suficiente para hablar de un nuevo derecho al aborto. Concretamente, nos podemos preguntar, ¿es correcto dar por supuesta la existencia de un derecho al aborto, en base a la interpretación adoptada por las observaciones generales de 2016 y 2019? En mi opinión, no, por una razón: las observaciones generales no constituyen interpretaciones oficiales y vinculantes de los tratados. Lo explico a continuación.

La primera referencia a las observaciones o comentarios generales la encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cuyo art. 40 hace una somera referencia a las mismas. El Pacto crea el Comité de Derechos Humanos con la finalidad de examinar los informes presentados por los Estados Partes en el Pacto sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto. En el ejercicio de esa competencia,

«el Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto. 5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo» (art. 40.4 y 5).

Por tanto, el Comité de Derechos Humanos puede aprobar observaciones generales y los estados partes presentar, a su vez, comentarios sobre las mismas. Mientras que la adopción de observaciones generales es frecuente, los comentarios de los estados sobre aquellas no se han dado. Esa praxis da una idea de lo (poco) comprometidos que se han sentido con lo dispuesto en esas observaciones, a pesar de lo exhaustivas que suelen ser a la hora de determinar el contenido de los derechos que comentan.

En el momento en que se acuerda aprobar Observaciones generales, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvieron que esos documentos tenían como finalidad

«transmitir la experiencia adquirida hasta ahora en el examen de esos informes a todos los Estados Partes a fin de facilitar y promover la aplicación ulterior del Pacto; señalar a su atención las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes; sugerir mejoras en el procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de los Estados Partes, las organizaciones internacionales y los organismos especializados interesados en lo concerniente a lograr de manera progresiva y eficaz la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto. Siempre que sea necesario el Comité, habida cuenta de la experiencia de los Estados Partes y de las conclusiones a que haya llegado sobre ellas, podrá revisar y actualizar sus observaciones generales»<sup>20</sup>.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 40.4 del Pacto, y con lo acordado por los comités mencionados, el Reglamento de funcionamiento del Comité de Derechos Humanos<sup>21</sup> dispone que podrá «preparar y aprobar observaciones generales sobre temas específicos relacionados con determinados aspectos del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, con objeto de ayudar a los Estados partes a cumplir sus obligaciones en virtud del Pacto y sus Protocolos Facultativos» (art. 76).

Los demás comités creados para velar por el cumplimiento de los tratados de derechos humanos están igualmente facultados para aprobar observaciones generales con la misma finalidad que las aprobadas por el Comité de Derechos Humanos. A la vista de esta exigua regulación, considero que la finalidad de esas observaciones no es ofrecer una interpretación oficial, y mucho menos vinculante, de los tratados, sino la de ayudar a cumplir con las exigencias a las que se han comprometido los estados partes en cada tratado. Es cierto que esos comités

«han adoptado comentarios generales que han ido más allá de sus propósitos iniciales, pues equivalen a un ejercicio de interpretación sobre el contenido y alcance de las obligaciones contenidas en el respectivo Pacto. Tales comentarios han sido generalmente bien aceptados por los Estados Partes. En este aspecto, el

<sup>20</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Introducción al anexo III del informe presentado por el Comité al Consejo Económico y Social en 1989 (E/1989/22)*, en la que se explica el propósito de las observaciones generales, [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html) [22-12-2022]

<sup>21</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Reglamento del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/3/Rev.12, 2021*.

DIDH innova con relación a las reglas generales del DI que atribuyen el monopolio de la interpretación de un tratado internacional a los Estados Partes en el mismo»<sup>22</sup>.

Pero como reconoce el propio Villán Durán, esas interpretaciones cabe darlas por buenas en la medida en que sean «generalmente bien aceptados por los Estados Partes». Nos encontramos, pues, ante unos documentos que van más allá de la finalidad para la que fueron creados, que contienen interpretaciones de los tratados no vinculantes para los Estados y que, en consecuencia, no cabe elevarlas a la condición de interpretaciones oficiales. La norma fundamental sobre interpretación de los tratados es la contenida en el art. 31.1, común a los dos Convenios de Viena sobre derecho de los tratados (1969 y 1986) que dice que «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin»<sup>23</sup>.

## 5. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA EVENTUAL PROCLAMACIÓN DE UN DERECHO AL ABORTO

Acabo esta presentación que, como he dicho, tiene un carácter principalmente descriptivo, con algunas conclusiones. Pero antes de hacerlo, conviene reparar en las relevantes consecuencias que tendría proclamar oficialmente el aborto como derecho y que deberían hacernos pensar antes de hacerlo:

- Como ya he señalado, el sistema de indicaciones resultaría inaceptable por insuficiente y procedería establecer en todo caso un sistema de plazos que extendiera el plazo para abortar, en casos excepcionales, hasta el mismo nacimiento.
- Se normalizaría el uso de los métodos anticonceptivos de emergencia, aquellos que pueden utilizarse para prevenir un embarazo después de una relación sexual. El mecanismo de acción de estos fármacos consiste primariamente en evitar la fecundación, pero ocasionalmente puede actuar como anti-implan-

<sup>22</sup> VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 399-400.

<sup>23</sup> Es cierto que el mismo artículo establece que «el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado». Y, conviene recordar que los estados partes en los convenios sobre derechos humanos tienen siempre la oportunidad de pronunciarse sobre los borradores de las observaciones generales que se vayan elaborando. Por tanto, se podría concluir que, si no se han manifestado en contra en el momento de elaborarse, todos los Estados Parte, otorgan su aprobación tácita a las observaciones generales. Sin embargo, sacar esa conclusión resulta extremadamente aventurado porque, en primer lugar, es completamente inusual que los Estados Parte hayan manifestado opinión alguna sobre las observaciones generales que se han ido aprobando. Y segundo porque muchos de esos estados partes contienen normas que son abiertamente contrarias a lo dispuesto en alguna observación general. Cabe pensar, por tanto, que los estados partes se mantienen en la idea de que su compromiso es con el texto del tratado que corresponda, y no necesariamente con lo establecido por las observaciones generales.



tatorio del embrión recién formado, impidiendo que anide en el endometrio. Indudablemente este mecanismo de acción da pie a la controversia ética. La definición de aborto que estableció la Organización Mundial de la Salud en 1994, trató de zanjar esta polémica al definir el aborto como: «la interrupción de un embarazo tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir y mantener una vida extrauterina independiente» (OMS 1994). Por tanto, según la OMS, la eliminación de un embrión antes de su implantación, provocada por un anticonceptivo de emergencia, no podría calificarse como aborto. En todo caso, supondría la supresión de una vida humana en su fase inicial de desarrollo. Pero hay más. Con la difusión del uso de estos métodos anticonceptivos parece prevalecer la salud reproductiva de la mujer sobre su salud integral, pues se relativiza la importancia de los efectos secundarios del fármaco, desde el momento en que, como se viene haciendo ya en algunos países, se liberaliza su dispensación suprimiendo la prescripción médica para adquirirlo, y se omite el seguimiento de las personas que recurran a ellos.

- La objeción de conciencia sería entendida como un obstáculo grave para el ejercicio del derecho al aborto y, en consecuencia, debería reducirse a la mínima expresión o incluso eliminarse. La Observación general n. 36, sobre el art. 6, ya mencionada, declaraba que «Los Estados partes deberían eliminar los obstáculos existentes al acceso efectivo de las mujeres y las niñas a un aborto sin riesgo y legal, incluidos los derivados del ejercicio de la objeción de conciencia por proveedores individuales de servicios médicos, y no deberían introducir nuevas barreras». Y el informe Matic ya aludido, es aún más radical, al poner bajo sospecha a todos aquellos que invocan la objeción de conciencia en su desempeño profesional.
- La proclamación del derecho al aborto debería ir de la mano de una educación sexual integral que presentara el aborto voluntario como un derecho prestacional de la mujer. No dejaría espacio en la escuela, desde la perspectiva meramente ciudadana, para visiones discrepantes. Únicamente se aceptaría que las personas pudieran tener una visión filosófica o religiosa con arreglo a la cual organizar sus vidas, pero no las de los demás. En este punto la UNESCO ha dado importantes pasos con la edición de manuales de educación sexual integral que ya dan por supuesto que el aborto es un derecho<sup>24</sup>.
- La consideración de que el aborto de las niñas, así como la asistencia sanitaria antes y después de la intervención, serían en todo caso confidenciales, de modo que los padres o tutores solo recibirían información si la niña deseara facilitarla.

<sup>24</sup> UNESCO, *Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad. Un enfoque basado en la evidencia*, 2018, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265335> [22-12-2022]

Este criterio, que hizo suyo la ley española del aborto de 2010, y ha vuelto a confirmar tras la reforma de la ley de 2023, es el que adoptó el Comité de Derechos Humanos, en la mencionada Observación general n. 36, cuando dice: «Los Estados partes deberían garantizar a las mujeres y las niñas una atención sanitaria prenatal y posterior al aborto de calidad, en todas las circunstancias y de manera confidencial» (n. 8).

- La libertad científica quedaría cercenada. No cabría destinar fondos públicos para abrir líneas de investigación que cuestionaran el derecho al aborto. Así, por ejemplo, sería prácticamente imposible lograr financiación para estudios que tratara de averiguar si cabe o no hablar de un síndrome post-aborto.
- Y finalmente, la libertad de pensamiento, expresión y cátedra también quedarían sensiblemente limitadas si proclamamos que el aborto es un derecho. Como mínimo, procedería la cancelación.

Más allá de estas probables e inquietantes consecuencias de una proclamación oficial del derecho al aborto como derecho humano o derecho fundamental, procede extraer las siguientes conclusiones de lo dicho hasta ahora:

- No existe tratado de derechos humanos alguno que hable del derecho al aborto. Sí existe uno, el Pacto de San José, que proclama el derecho a la vida del no nacido.
- El Programa de Acción de El Cairo, que consagra los derechos sexuales y reproductivos, presentó un consenso en el que se hablaba de aborto seguro y legal. Entendía que, en aquellos supuestos en los que el aborto estuviera despenalizado, debería procurarse a la mujer acceso a un aborto seguro, que no amenace su salud.
- El Programa de Acción de El Cairo, como la jurisprudencia del TEDH y, recientemente, la sentencia Dobbs del Tribunal Supremo de los Estados Unidos han dejado claro que es competencia de los estados determinar la protección debida a la vida humana prenatal y resolver los eventuales conflictos que se produzcan entre la protección de la vida del *nasciturus* y la libertad de la mujer.
- Los comités de Naciones Unidas que velan por el cumplimiento de los tratados de derechos humanos han alcanzado en los últimos años un consenso sobre la existencia de un derecho al aborto. Ese consenso se refleja en las observaciones generales que van aprobando e influye en las políticas de todas las agencias de Naciones Unidas. Se produce así una contradicción entre lo que dicen los tratados y lo que interpretan los comités.
- Las observaciones generales en las que se proclama insistentemente el derecho al aborto no pueden tenerse como una interpretación oficial y vinculante de los tratados sobre derechos humanos.
- Cuando se habla del derecho al aborto no se pretende crear un nuevo derecho humano sino hacer notar que determinados derechos ya existentes,

principalmente el derecho a la intimidad, a la autonomía reproductiva y a la no discriminación, deben interpretarse en el sentido de que incluyen el derecho de la mujer a acceder a un aborto voluntario seguro, al menos durante una buena etapa de la gestación.

- El primer paso para lograr el objetivo de proclamar el derecho al aborto es insistir en que los abortos despenalizados se lleven a cabo en condiciones de seguridad para la mujer.
- Aunque aparentemente no cambiaría gran cosa la proclamación del derecho al aborto en aquellos países en los que ya está consolidado un sistema de plazos y garantizada la prestación, en realidad sí traería consecuencias relevantes, sobre todo, limitando el ejercicio de otros derechos.
- La insistencia en conseguir la proclamación del derecho al aborto está produciendo un descuido de las medidas que deberían adoptarse para lograr una constante disminución del número de abortos.



**UN NUEVO DERECHO LLAMADO «EUTANASIA», UN NUEVO DERECHO SIN DERECHOS, O LA PROGRESIVA DISOLUCIÓN DEL DERECHO**

Pilar Zambrano<sup>1</sup>

**1. INTRODUCCIÓN**

La Ley orgánica 3/2021 española aduce que ha creado en el ordenamiento jurídico español «un nuevo derecho individual», de naturaleza prestacional, denominado «eutanasia».

La tesis general que se pretende argumentar en este capítulo es que la legalización de la eutanasia como derecho prestacional expulsa del sistema jurídico toda pretensión de obligatoriedad moral, y la sustituye por una lógica utilitaria, que no es propiamente una racionalidad moral sino más bien técnica. No se trata simplemente de una renuncia a la pretensión de obligatoriedad moral de las exigencias correlativas a algunos derechos. Tampoco se trata de una renuncia a la fuerza moral de los derechos humanos, fundamentales o convencionales. Se trata, más bien, de una renuncia a la pretensión de obligatoriedad moral del ordenamiento jurídico en su totalidad.

De esta renuncia general se siguen la segunda y la tercera tesis que pretendemos sostener. La segunda tesis, es que los derechos incorporados al sistema pierden también su característica fuerza categórica y, por esta vía, dejan de ser propiamente derechos. Se transforman en meros intereses más o menos generales, y más o menos relevantes, pero en todo caso intereses que, por definición, no son ni pueden ser absolutos en lo que concierne a su peso.

La tercera y última tesis es una extensión casi obvia del razonamiento anterior. El derecho a la libertad de conciencia no solamente pierde su naturaleza de derecho, como ocurre con el resto de los derechos, sino también su propio objeto. Esto es así por la sencilla razón de que el concepto de conciencia moral resulta ininteligible fuera del contexto más amplio de *algún* sistema propiamente moral.

<sup>1</sup> Universidad de Navarra.

De la tesis general y de las dos sub-tesis se infieren algunas pautas de reflexión acerca de la validez y legitimidad de la creación de este nuevo derecho en la LO 3/2021, que pueden ser extensibles, quizá, a la creación de nuevos derechos en general.

## 2. LA EUTANASIA COMO UN «NUEVO DERECHO INDIVIDUAL» DE NATURALEZA PRESTACIONAL

Como clásicamente explicó Hohfeld, la legalización de una conducta genera diferentes tipos de obligaciones, según el sentido con que se use la expresión «legalizar»<sup>2</sup>.

«Legalizar» puede hacer referencia a la situación deóntica correspondiente al amplísimo marco de acciones que no han sido penalmente tipificadas y que, por esta razón, están amparadas por el principio general de legalidad y tipicidad penal. Como hace un tiempo explicó el TC español, se trataría de un ámbito de libertad que excluye la injerencia coactiva estatal directa mientras persistan las razones de política criminal que aconsejan no tipificar. Si por «legalizar» nos referimos a un derecho humano de libertad, entonces el Estado estaría obligado a abstenerse de penalizar y, además, a garantizar su ejercicio contra eventuales injerencias de terceros. Si, finalmente, el concepto se usa para hacer referencia a un derecho prestacional, la legalización engendra la obligación positiva de proveer la prestación médica correspondiente, a través de las instituciones sanitarias públicas.

La diferencia entre reconocer a la eutanasia como un mero *agere licere*; como derecho de libertad; o como derecho prestacional, no es menor desde el punto de vista de su *status* axiológico dentro del ordenamiento jurídico. Tanto el *agere licere* como la existencia de un derecho de libertad dentro de un ordenamiento jurídico son compatibles con la valoración jurídica negativa del tipo de acciones protegidas contra la injerencia estatal y, por lo mismo también, con la validez de políticas no coactivas de disuasión<sup>3</sup>.

El reconocimiento de un derecho prestacional involucra, en cambio, a la administración en su conjunto en la provisión de su objeto, por lo cual la acción eutanásica se

<sup>2</sup> HOHFELD, Wesley, N., «Fundamental Legal Conceptions as applied to Judicial Reasoning», *Yale Law Journal*, 23 (1913), pp. 16-59.

<sup>3</sup> La compatibilidad lógica entre el reconocimiento de un derecho de libertad a X, y la validez de políticas estatales no coactivas tendentes a persuadir de obrar en sentido contrario a X, fue expresamente recogida en la jurisprudencia norteamericana en relación con el aborto, en *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 874 – 876; y en la del Tribunal Constitucional Español, SSTC 53/1985 y 120/1990. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de auxilio al suicidio y eutanasia también asume estas distinciones, aunque con algo menos de claridad, al afirmar que los estados que opten por incluir al suicidio asistido dentro del margen de extensión del derecho a la privacidad tienen una obligación positiva reforzada de asegurar el respeto general a la vida humana. Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pretty vs. Reino Unido* (2002); *Haas vs. Suiza* (2011). He desarrollado más extensamente el argumento de la compatibilidad lógica en ZAMBRANO, Pilar, «Omisión y suspensión de cuidados vitales, ¿matar o dejar morir? Una aproximación desde los criterios morales y jurídicos de tipificación de la acción», *Cuadernos de Bioética*, 89 (2016), pp. 65 y ss.

transforma *ipso facto* en un bien jurídico. Como todo bien jurídico, no solamente se transforma en el objeto debido de garantías de protección de la libertad, sino también en el objeto válido y legítimo de políticas de promoción y concienciación o educación cívica, acerca de su valor (como ocurre actualmente con el aborto y, a nivel reglamentario, con la propia eutanasia).

Asumiendo pues estas distinciones, conviene apuntar que la ley orgánica 3/2021 española creó un derecho prestacional a la eutanasia activa. Desde su promulgación, existe en España un derecho a exigir de la administración sanitaria una prestación médica dirigida a «dar fin a la vida de una persona, por voluntad expresa de la propia persona, con el objeto de evitar un sufrimiento». De esta forma, la norma ha generado una nueva obligación estatal consistente, lisa y llanamente, en matar. La muerte se ha transformado así en nuevo bien jurídico, cuya garantía y prestación está a cargo del Estado. Como advierte Marta Albert, los dos efectos más obvios de esta nueva situación deontica son, primero, que «la muerte (no sólo la vida, que ya es bastante) [ha devenido] objeto del poder político». Segundo, que la elección de continuar viviendo de los pacientes que se encuentren en el contexto eutanásico se hará sentir, tarde o temprano, como una carga deliberada<sup>4</sup>.

A la pregunta sobre el fundamento constitucional de este nuevo derecho y esta nueva obligación estatal, responde el texto del preámbulo que el «nuevo derecho individual (...) conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonestar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente», como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

De esta forma, la norma utiliza las dos vías argumentativas más típicas en favor de la conceptualización de la eutanasia y del suicidio asistido como un derecho que, de alguna forma, estaba implícitamente contenido en el cuerpo constitucional. El primer argumento, es su derivación directa a partir de la raíz de todos los derechos, la dignidad humana (artículo 10.1 CE). El segundo, es su inclusión en el margen de extensión de valores y derechos explícitamente reconocidos —el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18 CE).

Por su parte, el TC español avaló la constitucionalidad de la LO 3/2021, haciendo suya la segunda ratio interpretativa del preámbulo, esto es, la inclusión del nuevo derecho dentro del margen de aplicación de derechos explícitamente reconocidos. En esta línea, incluyó un derecho constitucional a la autodeterminación moral dentro del

<sup>4</sup> ALBERT, Marta, «Legalización de la eutanasia. Lo que está en juego», *Cuadernos de Bioética*, 30 (2019), pp. 19-21.

margen de extensión del derecho a la integridad física y moral y afirmó luego, en una segunda operación interpretativa, que la eutanasia activa es una forma posible de ejercicio de este derecho (implícito) a la autodeterminación moral (STC 19/2023, FJ6, D). Para justificar la legalidad de este doble salto hacia adelante, hizo uso de la pauta hermenéutica evolutiva o «del árbol vivo» que, según el TC no sólo responde a la necesidad de dar respuesta «a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente» (STC 19/2023, FJ6, B,b).

Comenzamos entonces por explorar la validez de la primera vía argumentativa utilizada en el preámbulo: ¿es válido derivar un derecho prestacional a la eutanasia a partir del valor de la dignidad?

### 3. LA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA Y LA EXPULSIÓN DE LA PRETENSIÓN DE OBLIGATORIEDAD MORAL DEL DERECHO

#### 3.1. La dignidad como fundamento de la fuerza categórica de todo imperativo (moral o jurídico)

Más allá de las indiscutibles diferencias entre la tradición moral del Derecho natural y la tradición moral deontológica, heredera de Kant, ambas confluyen en afirmar que las normas morales se distinguen de cualquier otro tipo de norma por su fuerza categórica, y en que esta fuerza se concreta en su capacidad de «derrotar» o «excluir» la racionalidad de cualquier deseo o interés de obrar de forma contraria. Una vez que un agente percibe que un curso de acción es moralmente obligatorio, *debe* obrar en consecuencia, con independencia de cuánto desee obrar de otra forma<sup>5</sup>.

La fuerza o peso categórico de las normas morales exige algún tipo de justificación racional. ¿Hay alguna razón que justifique, al fin y al cabo, que posterguemos cualquier deseo o interés cuya realización sea incompatible con el tipo de acciones (en sentido amplio, incluyendo omisiones) prescriptas en una norma moral? ¿Cómo se justifica racionalmente la fuerza categórica/excluyente de las normas morales? A los fines de nuestra argumentación es necesario lograr la mayor precisión posible en la formulación

<sup>5</sup> KANT, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, Allen. W. Wood (trad.), Austin Texas, Yale University Press, 1785-2018, AK4:401, p. 16. Sobre el concepto de fuerza categórica en Kant ver VIGO, Alejandro, *Conciencia, ética y derecho. Estudios sobre Kant, Fichte y Hegel*, Zürich, New York, Olms, pp. 97-98. La terminología de «derrota» aparece, entre muchos otros trabajos, en RAZ, Joseph, «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10 (2004), pp. 1-17, p. 5. Sobre la fuerza categórica de los imperativos morales en la tradición del derecho natural pueden verse, por ejemplo, FINNIS, John, *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, pp. 20-21; *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 2nd Edition, 2011, p. 127 ss.; «Natural Law: Practical Reason and Creative Information», *Persona y Derecho*, 82 (2020), pp. 19-38; RHONHEIMER, Martin, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de Ética Filosófica*, José C. Mardomingo (trad.), Madrid, Rialp, 2007, pp. 350 y ss.



de la pregunta. No estamos indagando sobre la justificación de un especial tipo de imperativo moral —como la proscripción absoluta de matar—, sino sobre la racionalidad de la fuerza categórica/excluyente que distingue a todo imperativo moral.

¿Cómo se justifica, en fin, la misma existencia de obligaciones morales? ¿No estaría acaso Hume en lo cierto cuando afirmaba que las obligaciones morales en su conjunto son un bonito de disfraz de nuestras pasiones, y de intereses más o menos generalizados<sup>6</sup>; y que la razón en el orden práctico no es más que la «esclava de las pasiones»?<sup>7</sup>

En respuesta a esta pregunta apuntaba Kant que el concepto de ley moral designa fuerza categórica. Un imperativo moral es categórico o no es moral. La fuerza categórica está en la definición misma de ley y, por extensión, de obligación moral<sup>8</sup>. Como todo análisis conceptual, esta línea de respuesta tiene una fuerza convincente limitada al auditorio que usa el concepto de norma moral y que, además, lo usa con el sentido en que apunta Kant.

Conviene pues avanzar, e intentar trascender el plano de análisis de los conceptos, pasando al de las razones. Se trata en este segundo nivel de averiguar si una norma moral —con su ínsita fuerza categórica— puede ser una auténtica razón para la acción. Dicho en otros términos, nuestra pregunta es si es razonable reconocerle fuerza categórica a algunos imperativos —a los que denominaremos «morales»—. En este segundo nivel de indagación, Kant apunta de forma indirecta pero necesaria a la dignidad del agente moral. Dice, así, que la comprensión del concepto de ley moral genera, en el plano afectivo-motivacional, un sentimiento de respeto absoluto a la ley en sí<sup>9</sup>. El respeto a la ley se traduce, a su vez, en el respeto a toda persona-agente, en cuanto «portadora y destinataria» de la ley<sup>10</sup>.

Se da así una secuencia que va de lo cognitivo [la comprensión de la idea de ley moral] a lo motivacional [sentimiento de respeto a la ley y a la persona], y luego vuelve desde lo motivacional a lo cognitivo [comprensión de un modo debido de actuar: el respeto]. Alejandro Vigo explica esta secuencia del siguiente modo:

«Las personas son los seres de quienes se exige el cumplimiento de las normas de la moralidad, y, por otra, son también aquellos seres a cuya protección y promoción apuntan esas mismas normas. Y ello es así, justamente en la medida en que por ser portadoras y destinatarias de la ley moral, las personas son seres que poseen valor absoluto, y no meramente relativo, vale decir, son seres que poseen dignidad (Würde), y no precio (Preis) (cf. Grundlegung p. 434 s.), y que, como tales, son también

<sup>6</sup> HUME, David, *A Treatise on Human Nature*, Auckland, The Floating Press, 1740-2009, p. 716.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 636.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, *op. cit.*, AK4:397, p. 12.

<sup>9</sup> *Ibid.*, AK4: 401-402, p. 16.

<sup>10</sup> *Ibid.*, AK4: 428-430, pp. 40-42.

objeto de respeto (Achtung) (cf. p. 401 nota, 428). En tal sentido, explica Kant, las personas son los únicos seres que, en virtud de su propia naturaleza racional y libre, constituyen “fines en sí mismos”<sup>11</sup>.

Si se advierte bien, el concepto de dignidad entrelaza en este razonamiento dos conceptos o ideas. Una primera idea, antropológica, designa el tipo de ser que es toda persona en sí (un agente moral). La segunda idea, estrictamente moral, designa el tipo de trato debido a toda persona, consistente en que sea objeto de respeto. Aclara Vigo que «lo que se manda aquí, naturalmente, no es el sentimiento de respeto mismo, ya que eso sería imposible, sino, más bien, un determinado modo de trato, fundado él mismo en el respeto a la ley moral, a saber: se ha de tratar como manda la ley moral a todos aquellos que precisamente, en razón de su capacidad moral, deben ser considerados personas y, con ello, también poseedores de dignidad»<sup>12</sup>.

Dejando a salvo las distancias terminológicas, puede afirmarse que tanto la condición antropológica de «fin en sí mismo» de toda persona humana, como la conexión justificativa entre esta condición y un único deber moral de respetarla, son recogidas desde la tradición del derecho natural en el concepto de «dignidad ontológica»<sup>13</sup>. La dignidad de todo agente moral se constituye así, en ambas tradiciones morales, en la justificación inmediata de un deber formal de respeto —aún no concretado en tipos de acciones—, absoluto —categórico y excluyente— y universal, en el más estricto sentido de universalidad: obliga a todo agente moral y se proyecta sobre todas las personas involucradas en su acción —incluido al propio agente moral, que tiene el deber de tratarse a sí mismo como persona—<sup>14</sup>.

Recapitulando lo dicho hasta aquí: afirmar que una norma es moral, es afirmar que es incondicional o categórica. En cuanto categórica, toda norma moral excluye o derrota la racionalidad de los deseos e intereses de obrar en forma contraria. La justificación

<sup>11</sup> VIGO, Alejandro, *Conciencia, ética y derecho. Estudios sobre Kant, Fichte y Hegel*, op. cit., p. 231.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 136.

<sup>13</sup> Sobre el concepto de «dignidad ontológica», CHÁVEZ, José, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012, p. 99; SERNA, Pedro, «La dignidad de la persona como principio de derecho público», *Derechos y Libertades*, 4 (1995), pp. 287-306; SPAEMANN, Robert, «Sobre el concepto de dignidad humana», en Carlos I. Massini y Pedro Serna (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 94. Todos estos autores coinciden en vincular la dignidad al hombre en cuanto hombre, y distinguirla, entre otras, de la dignidad «moral», que se predica de una especial forma de comportamiento. Sobre el uso de esta misma distinción en el plano judicial, pueden verse RAO, Neomi, «Three Concepts of Dignity in Constitutional Law», *Notre Dame Law Review*, 86 (2013), pp. 187; y CAROZZA, Paolo, «Human Rights, Human Dignity and Human Experience», en Christopher Mc. Crudden (ed.), *Understanding Human Dignity* (2013), Oxford, Oxford University Press, pp. 615-630.

<sup>14</sup> Sobre la indiscutible confluencia de ambas tradiciones de pensamiento moral en torno a las dos ideas ver, entre otros muchos, HOLLEMBACH, David, «Experience and History, Practical Reason and Faith», en Christopher Mc. Crudden (ed.), *Understanding Human Dignity*, op. cit., pp. 123-139.

de la fuerza categórica de la moralidad proviene de su conexión con la dignidad de la persona.

Estrictamente hablando, el catálogo de normas morales puede concebirse, desde esta perspectiva, como un catálogo de formas de denigrar la dignidad de toda persona, que por esta razón se proscriben; y de formas de venerar la dignidad de toda persona, que por esta razón se imperan realizar. Y así como la fuerza categórica de las normas normales está contenida en su propia definición, también el valor absoluto de la persona está contenido en la definición de la dignidad. Más aún, la dignidad designa el valor absoluto de la persona —que, por lo demás, se hace presente a la inteligencia ante la contemplación de la capacidad de la persona de obligarse con fuerza categórica—.

Por todo lo dicho, si el valor de la persona humana en sí se condiciona o relativiza en función de factores contingentes, como la existencia o no de la voluntad de continuar viviendo, el mayor o menor nivel de sufrimiento, la mayor o menor capacidad física de obrar, entonces podremos hablar de la persona como un ser importante, superior, protegido y generalmente venerado, pero no estaremos hablando más de dignidad (y quizá tampoco de persona).

Recorriendo ahora en forma descendente el argumento que nos llevó desde la fuerza categórica de la moral a la dignidad, no podemos sino concluir, que una vez diluido el concepto de dignidad se diluye también el concepto de norma moral. Esto es, que sin dignidad no hay moralidad. Para decirlo con la máxima claridad posible: si la dignidad se eclipsa no sólo se desvanecen la tradición de la ley natural y la tradición deontológica —las dos «concepciones comprensivas», por usar ahora el lenguaje de Rawls— que defienden el valor absoluto de toda vida humana y de toda persona (la tradición central de occidente y el deontologismo kantiano)<sup>15</sup>. Lo que se esfuma, como el propio Hume advirtió con toda claridad y sinceridad, es la racionalidad del concepto mismo de obligación moral. Esto fue expresado con mucha gracia y contundencia por Elisabeth Anscombe, cuando apuntaba que ninguna teoría moral que recoge las premisas epistémicas de Hume puede explicarse «qué clase de bestia» es una obligación<sup>16</sup>.

### 3.2. La legalización de la eutanasia como negación de la dignidad

A la pregunta sobre el vínculo entre un derecho prestacional a la eutanasia y la dignidad, cabe preliminarmente insistir en todo lo dicho hasta aquí, señalando que la dignidad es el fundamento del peso o fuerza categórica de los imperativos morales, pero no de su contenido material. En este mismo orden de ideas, como apuntó el profesor Serna hace un tiempo, si bien la dignidad es el fundamento del peso o de la fuerza categórica

<sup>15</sup> RAWLS, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press (Extended Edition), 1993-2005, pp. 14 y 21.

<sup>16</sup> ANSCOMBE, G. Elisabeth, «Rules, Rights, and Promises», *Midwest Studies in Philosophy*, 3 (1978), pp. 318-323.

de los derechos, no guía el proceso deliberativo orientado a discernir su objeto, ni el tipo de obligaciones en las que se concreta su respeto y garantía<sup>17</sup>. La identificación de bienes, libertades y obligaciones involucra, en cambio, un conjunto de razones auxiliares, de naturaleza antropológica algunas, morales, políticas y sociológicas otras<sup>18</sup>.

Desde esta perspectiva, cabría comenzar por apuntar que, por la misma razón de que la dignidad es insuficiente para inferir el contenido de cualquier derecho, también es insuficiente para inferir la existencia de un derecho prestacional a la eutanasia. Ahora bien, en el caso especial de la eutanasia, su derivación a partir de la dignidad no sólo es insuficiente, sino que también es contradictoria con el significado mismo del concepto de dignidad.

Si esto es así, la dignidad tampoco es un criterio hermenéutico válido para incluir a la eutanasia activa en el margen de extensión de otros derechos (sea la libertad ideológica y de conciencia, como sugiere el preámbulo de la LO 3/2021; sea la integridad física y moral, como propone el TC en la STC 19/2023, FJ 6, o cualquier otro).

En efecto, el contenido material del derecho prestacional a la eutanasia no es otra cosa que la acción de matar o, propiamente hablando, la acción de exigirle a la administración pública que nos mate en un contexto eutanásico. En la medida en que la acción de matar se transforma en el objeto de una obligación a cargo del Estado se institucionaliza y se transforma también, *ipso facto*, en un bien jurídico.

En este orden de ideas, no puede sino concluirse que el valor jurídico de la vida humana se relativiza o condiciona a la confluencia —o a la falta de confluencia— de los factores contingentes que conforman lo que la norma conceptúa como «contexto eutanásico»: la existencia de un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, o de una enfermedad grave e incurable; (b) y el padecimiento de un sufrimiento intenso (LO 3/2021, artículo 3). Si estos factores se verifican de forma conjunta, el valor de la vida humana pasará entonces a depender, exclusivamente, de la voluntad de su titular de continuar o no viviendo. Si estos factores no se verifican (dejando a salvo el problema de objetivar su verificación), entonces el valor de la vida humana conserva su *status* de bien jurídico «objetivo», que trasciende incluso la voluntad del titular de continuar o no viviendo<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> SERNA, Pedro, «La dignidad de la persona como principio de derecho público», *op. cit.*

<sup>18</sup> He explicado más extensamente este punto en ZAMBRANO, Pilar, «La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial», *Prudentia Iuris*, 94 (2022), pp. 309-344.

<sup>19</sup> «El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial (...). De otra parte, como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho» (STC 120/1990, FJ8).

La norma modula el valor de la vida humana, así, en función de la verificación de un conjunto de factores contingentes, unos pretendidamente objetivos, y otros subjetivos. Por esta vía, se introduce, de paso, algo así como una jerarquía de vidas humanas, difícilmente conciliable con el valor jurídico de la igualdad. Dejando a salvo esta línea de análisis, conviene retomar la pregunta central de este estudio: ¿es conciliable el condicionamiento del valor jurídico de la vida humana con el concepto de dignidad, como valor absoluto de la persona? ¿Puede condicionarse el valor de la vida humana, sin condicionar al mismo tiempo el concepto de dignidad?

En respuesta a esta pregunta, conviene comenzar por lo más obvio o patente: en lo que al hombre concierne, la dignidad no se predica de un ser espiritual sino de personas de carne y hueso. Por ello, todo lo que se predica de la vida humana se predica también de la dignidad de la persona que vive, y *viceversa*. De ahí que el juicio de que todo ser humano es inherentemente digno sea indisociable de los siguientes juicios: (i) toda vida humana es absolutamente valiosa, siempre y en toda circunstancia; (ii) este valor es difusivo, no centrípeto; y (iii) es evidente o reconocible por cualquier hombre que tenga uso de razón. A la inversa, la negación de cualquiera de estos juicios conlleva de forma necesaria, por conclusión, la negación de la naturaleza absoluta de la dignidad humana. Si algunas vidas humanas pierden su valor en función de factores contingentes, lo mismo ocurre con la dignidad: la dignidad deja de ser la expresión del valor absoluto de la persona o bien, lo que es lo mismo, la persona ya no posee un valor absoluto, lo cual es tanto como decir, ya no es digna.

Esta secuencia lógica subyace a la conclusión moral de que *elegir* matar a otro, o *elegir* matarse a uno mismo, es siempre, en toda circunstancia, un mal moral. Es una conclusión afirmada por la tradición moral judeo-cristiana de manera constante y sin ambigüedad alguna, a lo largo de toda su historia y en todas sus fuentes de expresión, religiosas y filosóficas. Desde el quinto mandamiento de las tablas de Moisés, pasando por la síntesis tomista entre fe y razón, y llegando hasta los dos documentos del s. XX y XXI específicamente aplicables al problema de la eutanasia (*Evangelium Vitae* y *Samaritanus Bonus*)<sup>20</sup>.

La conexión conceptual necesaria e indisociable entre los conceptos de ley moral, dignidad, respeto y vida humana explica que también Kant comparta, como no podía

<sup>20</sup> CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE (22/09/2020), Carta *Samaritanus bonus sobre el cuidado de las personas en las fases críticas y terminales de la vida*. JUAN PABLO II, Carta Encíclica *Evangelium vitae* (25 marzo 1995). Lo que prescribe el absoluto moral «no matar» no es la prohibición de provocar la muerte, sino la de *elegir* un tipo de acción esencialmente orientado a provocar la muerte. Sobre el objeto de la elección interior, como criterio primario para la especificación de las acciones, ver AQUINO, *Suma Teológica (ST)*, I-II, q.18 a 7 ad. 1; q. 20 a.3; ANSCOMBE, G. Elisabeth, *Intention*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2nd. Edition, 1963, p. 7; RHONHEIMER, Martin, *Perspective of the Acting Person. Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*, William F. Murphy (ed.), Washington, DC., Catholic University of America Press, 2008, p. 27.

ser de otro modo, la conclusión de que la elección de matar sea siempre, en todas sus formas, una falta de respeto evidente (y brutal) al valor inherente de toda persona, esto es, a su dignidad:

«Aniquilar en su propia persona al sujeto de la moralidad es tanto como, en lo que de él depende, aniquilar y arrojar de este mundo a la moralidad misma en lo que se refiere a su existencia [a la existencia de la moralidad], siendo la moralidad un fin en sí. Por tanto, disponer de sí mismo como un simple medio para el fin que uno tenga a bien tener, significa menoscabar la dignidad de la humanidad en su propia persona (*homo noumenon*) a la que, ciertamente, le estaba confiado el hombre para su conservación (*homo phaenomenon*)»<sup>21</sup>.

No sin razón afirma Alejandro Vigo, contra la pretensión de fundar en la moralidad kantiana la creación de un derecho individual a la eutanasia que:

«Del énfasis original en la capacidad de obligarse a sí mismo para obrar de conformidad con la ley moral se pasa así a un énfasis completamente diferente, que recae ahora en el Derecho, a no ser obligado por nadie, a fin de disponer de sí mismo y de la propia vida, incluso a capricho. Se podrá discrepar acerca a la conveniencia o inconveniencia de este nuevo empleo del término. Pero lo que no se podrá reclamar en su favor son las credenciales que le otorgaría un genuino origen kantiano»<sup>22</sup>.

Recapitulando, el derecho prestacional a la eutanasia no es otra cosa que el derecho a elegir morir y, más concretamente, a exigir que la administración pública provea la prestación consistente en «matar». Elegir morir y elegir matar conlleva, de forma necesaria, la negación del valor absoluto y universal de la vida humana. Y puesto que todo lo que se afirma de la vida se afirma también de la dignidad, se concluye que, además de la vida, la prestación de la eutanasia relativiza o condiciona la dignidad. Pero condicionar la dignidad es una contradicción en los términos: la dignidad es absoluta o no es dignidad. No puede sino concluirse, por ello, que la derivación de un derecho prestacional a la eutanasia a partir de la dignidad es inválida —y no meramente insuficiente— porque conlleva su misma negación.

Advertía hace ya un tiempo Ronald Dworkin que el debate sobre la eutanasia no es tanto un debate que contraponen dos paradigmas de comprensión del valor de la vida humana —calidad vs. sacralidad—, sino un debate acerca del significado del concepto de «sacralidad». Según Dworkin, si bien toda vida humana es inherentemente valiosa y, en este sentido, «santa», no toda vida humana es igualmente valiosa o santa. Casi en idéntico sentido que el preámbulo de la LO 3/2021, apuntaba que la santidad de

<sup>21</sup> KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, Manuel Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Tirant lo Blanch, 1797-2022, p. 287.

<sup>22</sup> VIGO, Alejandro, «Autonomía», *El Mercurio*, Suplemento de Artes y Letras E5 (2022).

la vida humana depende, en última instancia, de la mayor o menor voluntad de vivir, ante el pronóstico de una pérdida progresiva de actuar autónomamente<sup>23</sup>. Lo que quizá no advirtió Dworkin, o no quiso advertir, es que negar el valor absoluto de la vida es negar el valor absoluto de la persona y, con ello, de su dignidad. Ahora bien, puesto que el concepto dignidad designa el valor absoluto de la persona, no hay una tercera vía: o la dignidad se predica de toda persona en toda circunstancia, o la dignidad no existe como tal<sup>24</sup>.

### 3.3. La legalización de la eutanasia y la expulsión de la pretensión de autoridad moral del Derecho

Es ya un lugar común apuntar el cambio copernicano generado en la filosofía jurídica occidental, entre otros factores, por el fin de la segunda guerra; la emergencia del sistema internacional y de los sistemas regionales de derechos humanos; el asentamiento del control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de las normas; o el denominado «giro interpretativo» en el ámbito de las ciencias sociales<sup>25</sup>.

Estos y otros factores confluyeron en la idea de que el Derecho se propone generar auténticas razones para obedecerlo —y no meros motivos de interés—. Hart elaboró su propio concepto del Derecho a partir de la asunción de que una teoría del Derecho debe poder explicar, aunque no necesariamente justificar, la obligatoriedad moral del Derecho desde el punto de vista de sus participantes<sup>26</sup>. Esta noción, que supuso un acercamiento entre la tradición del Derecho natural, el denominado «post-positivismo», y buena parte del positivismo heredero de Herbert Hart, generó y sigue generando un profuso número de obras orientadas a averiguar en qué se distinguen las razones típicamente morales para obrar, de las razones típicamente jurídicas.

Dentro del propio positivismo, Joseph Raz desarrolló la tesis de la «autoridad como servicio», según la cual las razones morales para obedecer al derecho se siguen de su

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual*, Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres (trads.), Barcelona, Ariel, 1994, pp. 28, 281 y 284.

<sup>24</sup> Esta secuencia lógica fue explícitamente afirmada, también, por el TCE: «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 artículo 10 como germen o núcleo de los 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 (...). 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» (STC 53/1985, FJ3).

<sup>25</sup> La expresión «giro interpretativo» está tomada de BOHMAN, James, F., HILEY, David, R., SHUSTERMAN, Richard, «Introduction, The interpretive Turn», en James F. Bohman, David R. Hiley y Richard Shusterman (eds.), *The Interpretive Turn*, Ithaca, London, Cornell University Press, 1991, p. 1.

<sup>26</sup> HART, Herbert, L., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2nd Edition, 1994, pp. 51-61.

capacidad para solucionar problemas morales de coordinación social<sup>27</sup>. Presupuesta en esta respuesta está la premisa de que no toda acción llevada a cabo por los agentes que desempeñan las funciones de un órgano institucional es creadora de derecho, sino sólo aquella que se propone coordinar la acción social de forma moralmente correcta. En lo que aquí interesa, si bien las razones para obedecer al derecho son independientes de su efectiva capacidad para solucionar problemas de coordinación, son auténticas razones (y no meros deseos o intereses)<sup>28</sup>.

Otros autores de la misma tradición fueron más lejos, y sumaron a la condición motivacional para la creación (e identificación) del Derecho vigente, una condición de corrección de su contenido material. Se señaló, así, que al menos en los sistemas constitucionalizados, la mera pretensión de coordinación razonable no es condición suficiente de validez (y existencia) del Derecho. El derecho válido es aquel cuyo contenido material es efectivamente razonable, según los parámetros meta-jurídicos que el propio Derecho señala como relevantes<sup>29</sup>.

Además de este debate interno al positivismo —hoy ya agotado— entre incluyentes y excluyentes, originado a partir de las respuestas de Hart a las críticas de Ronald Dworkin en su famoso *Postscript*; la discusión enfrentó al positivismo en su totalidad con sus «críticos exógenos»<sup>30</sup>. Entre las posiciones más relevantes en favor de la conexión material (y no solamente propositiva) entre Derecho y moral, sobresalen

<sup>27</sup> Esta tesis se esbozó y luego desarrolló, entre otros, en los siguientes trabajos: RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, cap. 2; *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, 1975-1990, capítulo 5; *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, capítulo 3; *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 212-215; «Reasoning with Rules», *Current Legal Problems*, 54 (2001), pp. 1-18, p. 6; «Incorporation by Law», *Legal Theory* 10 (2004), pp. 1-17, p. 7; «The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception», *Minnesota Law Review* 90 (2006), pp. 1003-1044, pp. 1003 y ss. Una excelente síntesis del cambio metodológico que representaron Hart y Raz, sobre este punto hallarse en RIVAS, Pedro, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Madrid, Civitas, 2006, cap. 2.

<sup>28</sup> RAZ, Joseph, «About Morality and the Nature of Law», *American Journal of Jurisprudence*, 48 (2003), pp. 1-15, p. 13.

<sup>29</sup> Entre otros ejemplos tempranos de esta posición «incluyente» destacan COLEMAN, Jules, «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 99-147; y WALUCHOW, Wilfred, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 2003.

<sup>30</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Sobre la irrelevancia del convencionalismo jurídico», *Persona y Derecho*, 79 (2018), pp. 71-114.



indudablemente las de Ronald Dworkin, con su teoría interpretivista del Derecho<sup>31</sup>; y la de Robert Alexy, con su ya clásica fórmula de la «pretensión de corrección del Derecho»<sup>32</sup>.

Subyacente a todas estas disquisiciones, se yergue una premisa compartida por todas las partes del debate, según la cual el Derecho tiene la pretensión de generar *algún tipo* de razón moral (categórica) para su obediencia. En este marco, cabe indagar: ¿es posible conciliar esta pretensión general de autoridad moral del derecho, con la relativización del valor de la vida humana operada por la LO 3/2021? La respuesta negativa a esta cuestión emerge de la conexión existencial entre el valor de la vida humana y la dignidad.

Tal como se argumentó en el epígrafe anterior, todo lo que se predica de la vida humana se predica también de la dignidad, y *viceversa*. Por ello, una vez que se condiciona el valor de la vida humana, se condiciona también la dignidad. Y puesto que la dignidad designa el valor absoluto de toda persona, en toda circunstancia, condicionar su aplicación a la confluencia de ciertos factores contingentes constituye una contradicción en los términos. Sobre esta base, no puede sino concluirse que, mediante la relativización del valor de la vida humana, la Lo 3/2021 ha expulsado del sistema el reconocimiento de la dignidad. Las consecuencias prácticas de esta expulsión se harán ver muy probablemente más temprano que tarde. La consecuencia lógica ya está aquí —precisamente, por su naturaleza lógica—: una vez expulsado el concepto de dignidad del sistema, se expulsa —o bien se torna ininteligible— la familia de conceptos que lógicamente dependen del mismo<sup>33</sup>. En primerísimo lugar, el concepto de «fuerza categórica» y, con ello, la posibilidad de concebir *cualquier* obligación moral. No es ocioso volver a traer a colación las palabras ya citadas de Kant: «aniquilar en su propia persona al sujeto de la moralidad es tanto como, en lo que de él depende, aniquilar y arrojar de este mundo a la moralidad misma en lo que se refiere a su existencia [a la existencia de la moralidad], siendo la moralidad un fin en sí»<sup>34</sup>.

Por supuesto, si no es posible concebir ninguna obligación moral, menos aún es posible concebir la pretensión de un orden jurídico de generar razones morales para ser obedecido. Por ello, la creación del derecho prestacional a la eutanasia no se limitó a

<sup>31</sup> Si bien la tesis de la conexión material se gesta en sus críticas al convencionalismo jurídico heredero de Hart en DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Richmond UK, Duchworth, 1977, caps. 1-4; luego la articula sistemáticamente en DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986; *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006, cap. 15; y *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, caps. 6 y 8.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Stanley Paulson (trad.). Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 127.

<sup>33</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigations*, Anscombe, Gertrude, E.M., Hacker, P.M.S., Schulte, Joachim, (trad.), Oxford, Wile-Blackwell, 1953-2009, p. 41.

<sup>34</sup> KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, *op.cit.*, p. 287.

expulsar del ordenamiento una particular concepción antropológica o un tipo especial de razones morales para obedecerlo, sino que ha expulsado *toda* pretensión de corrección u obligatoriedad moral, sea formal o material. En su reemplazo, se ha instaurado la única lógica práctica alternativa, esto es, la lógica *humeana* del interés, la eficacia y la eficiencia. Una lógica en la cual, cabe reiterar con Anscombe, no hay espacio para concebir «qué clase de bestia es una obligación».

#### 4. LA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA: ¿UN NUEVO DERECHO, O LA NEGACIÓN DE TODO DERECHO POSIBLE?

La absoluta incompatibilidad entre la legalización de la eutanasia como derecho prestacional, y la existencia de *cualquier* convicción auténticamente moral es en sí misma una razón de peso para cuestionar su legitimidad. Si nos ajustamos a los parámetros rawlsianos, muy a pesar del propio Rawls, no puede sino concluirse que la creación de un derecho de esta naturaleza no pasa el *test* del consenso entrecruzado<sup>35</sup>.

Podemos sin embargo suspender esta línea de análisis, y focalizarlo en la compatibilidad entre la creación de un derecho prestacional a la eutanasia, y el llamado «Estado constitucional de Derecho». Pues bien, lo cierto es que, además de formar parte de *toda moral posible*, o quizá precisamente por ello, el tándem conceptual dignidad-obligación categórica de respeto —proscripción de elegir matar—, constituye también la espina dorsal de la cultura política occidental en la que emergió el Estado constitucional de derechos y, más concretamente, de cualquier sistema de derechos. Desde esta perspectiva, puede decirse que el nuevo derecho representa, paradójicamente, la negación de todos los derechos.

La primera vía argumentativa en favor de esta segunda tesis es la mención de la dignidad *inherente* a todo hombre como fundamento de los derechos, tanto en los textos inaugurales del constitucionalismo moderno, como en los textos internacionales y regionales de derechos humanos. Entre otros muchos testimonios de esta referencia, pueden traerse a colación la Declaración Americana de la Independencia de 1776, donde se afirma como una «verdad evidente» que «todo hombre fue creado igual a sus semejantes por Dios, y provisto de derechos inalienables, entre los cuales se incluyen la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad». Tanto la vida como el resto de

<sup>35</sup> John Rawls abordó el tema del suicidio asistido en dos ocasiones. Primero indirectamente, sumándose a una petición junto a otros filósofos ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, en calidad de *amicus curiae*, en la cual se argumentó a favor de la despenalización del suicidio asistido en los estados de Nueva York y Washington, en los casos resueltos en 1997, *Washington vs. Glucksberg* (521 U.S. 702) y *Vacco vs. Quill* (521 U.S. 793). La segunda vez, con más detalle y de forma directa, en PRUSAK, Bernard, RAWLS, John, *Entrevista a John Rawls* publicada en *Commonwealth*, pp. 125-16, 25 de septiembre de 1998. Disponible en URL: <https://www.nlnrac.org/critics/rawls/primary-source-documents/politics-religion>.

derechos inalienables se muestran, aquí, como objeto de reconocimiento, no de creación o acuerdo político; y son además reconocidos como inherentes a todo hombre. Con palabras muy parecidas, aunque quizá todavía más explícitas, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, sobre la base del reconocimiento de la «inherente dignidad de todo miembro de la familia humana».

Que la dignidad se conciba como «inherente» al ser humano, tiene un sentido epistémico y otro existencial. Desde el punto de vista epistémico, significa que no es el resultado de una adscripción sino de un juicio. Desde el punto de vista existencial, significa que es incondicional o absoluta. En cualquier caso, el juicio de que la dignidad es inherente al hombre, también incorporado al artículo 10.1 de la Constitución española, conlleva aún el reconocimiento del valor incondicional de la vida humana —la obligación categórica de respetar a toda persona— la proscripción absoluta de elegir matar a nadie.

Siguiendo el razonamiento desplegado en el epígrafe anterior, este reconocimiento explícito en un texto constitucional o convencional de la condición inherente al hombre de su dignidad conlleva de forma necesaria el reconocimiento del valor absoluto de la vida humana y —por la naturaleza jurídica del documento—, y la creación de un deber estadual de abstenerse de matar arbitrariamente.

De todas formas, quizá previendo que esta implicación lógica pasaría inadvertida para algún intérprete, el deber estadual de respeto incondicional a toda vida humana se recoge de forma expresa en no pocos documentos internacionales y regionales de derechos humanos. Entre los primeros, destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6: «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». Entre los documentos regionales, cabe señalar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos (1969): «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». Si se observa bien, los textos no se limitan a enunciar la (obvia) obligación de no matar arbitrariamente, sino que se extienden hasta la obligación de proteger.

Otros textos avanzan aún más, y además de obligar a los estados a abstenerse de matar, los obligan a proteger y, más aún, a asistir. Esta ampliación del compromiso internacional está recogida, entre otras muchas normas, en el artículo 12. 1.e) del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en virtud del cual «Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» (artículo 12.1), a cuyo fin se comprometen a crear «condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad» (artículo 12.1.e).

También es especialmente relevante, en este plano, la reafirmación del derecho «inherente a la vida de todos los seres humanos», así como el compromiso de adoptar

«todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás», recogidas ambas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 11). En el caso específico del Estado Español, el TC ha expresado de forma inequívoca que la vida humana no es solamente el objeto de un derecho fundamental, sino también un bien jurídico objetivo, que el Estado español tiene el deber de cuidar incluso contra la voluntad de su propio titular<sup>36</sup>.

Esta primera línea de argumentación en favor de la aserción de que todo sistema de derechos asume el valor incondicional de toda vida humana, no es sin embargo concluyente. Todas y cada una de las fuentes nombradas admiten más de una lectura «moral», si queremos utilizar el lenguaje de Dworkin<sup>37</sup>. Podría así contra-argumentarse, como de hecho hace el preámbulo de la LO 3/2010, que el valor inherente de la vida humana merece algún tipo de consideración, pero es inferior al valor de la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, bajo cuya luz puede concebirse a la eutanasia como una extensión posible de los derechos a la integridad moral y a la libertad de conciencia.

Esta línea de argumentación fue expresamente rechazada por la Corte Suprema Norteamericana en los precedentes *Washington vs. Glucksberg* y *Vacco vs. Quill*<sup>38</sup>. No obstante, no puede negarse que no pocos filósofos políticos han defendido la existencia de un derecho genuinamente humano (moral/universal) a la disposición de la propia vida, sobre la base de una comprensión neokantiana del concepto de autonomía<sup>39</sup>. Vale la pena pues procurar zanjar esta discusión interpretativa en torno a cuál es la mejor lectura del conjunto de fuentes del Derecho, teniendo en miras el efecto que la creación de un derecho prestacional a la eutanasia proyecta sobre el catálogo de los derechos. Más concretamente, conviene preguntarse si la creación de un derecho prestacional a la eutanasia es conciliable con el peso categórico que distingue a todos y cada uno de los derechos humanos.

La respuesta negativa se sigue naturalmente, una vez más, del íter argumentativo desplegado en los epígrafes anteriores. Con la creación del derecho prestacional a la eutanasia se niega el valor absoluto e inherente de toda vida humana. Esta negación conlleva la del valor absoluto e inherente de la persona y, por extensión, la desaparición del concepto mismo de dignidad. El fin de la pendiente resbaladiza de orden lógico acaba, irremediablemente, en la negación de la fuerza categórica de toda obligación, sea jurídica o moral.

<sup>36</sup> SSTC 53/1985, FJ 9; 120/1990, FJ 7.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996, pp. 7 y ss.

<sup>38</sup> Corte Suprema Norteamericana, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Washington vs. Glucksberg* (1997) 521 U.S. 702; *Vacco vs. Quill* (1997) 521 U.S. 793.

<sup>39</sup> Además de Rawls, cabe señalar que el famoso «Philosophers Brief» fue suscripto por Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, Thomas Scanlon y Judith Thompson (ver nota 34).

La creación de un pretendido derecho prestacional a la eutanasia conlleva, así, la negación de la fuerza categórica típica de los derechos, *qua* derechos. O bien, lo que es lo mismo, en su transformación en meros deseos y/o intereses. Intereses o deseos superiores, generales, e incluso universales. Pero en todo caso intereses, no derechos<sup>40</sup>.

##### 5. EL DERECHO PRESTACIONAL A LA EUTANASIA. ¿UNA EXTENSIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA O UNA NEGACIÓN DE TODA CONCIENCIA POSIBLE?

La segunda vía argumentativa que propone la LO 3/2021 para la creación de un derecho prestacional a la eutanasia, consiste en vincularlo a la libertad de conciencia. Podría inferirse, desde esta perspectiva, que se lo concibe como una extensión del margen de aplicación del derecho a la libertad ideológica explícitamente recogido en la CE, y en cuyo ámbito de aplicación el TC incluyó desde temprano el derecho a la libertad de conciencia<sup>41</sup>. Esta pretensión es, sin embargo, más contradictoria aún que intentar derivar el derecho directamente a partir del concepto de dignidad.

En primer lugar, una vez transformados los derechos en intereses, la libertad de actuar en concordancia con la propia conciencia es un interés más entre otros, ni más ni menos. Sobre esto, que atañe al peso o a la fuerza del derecho a la libertad de conciencia, ya se ha discurrecido. Vale ahora dirigir el análisis no al peso del derecho a la libertad de conciencia, sino a su objeto, consistente en gozar de la libertad suficiente para formar un juicio sobre la moralidad de nuestras elecciones, en primer lugar; y para actuar en consonancia con dicho juicio moral, en segundo término.

Pues bien, ¿qué es el juicio de la conciencia o juicio moral aplicado a la acción, sino el juicio que discierne o distingue la capacidad de cada acción particular, para «instanciar» los valores imperados en normas morales? Puesto que las normas morales son manifestaciones de un único deber universal y absoluto de respeto a la condición de fin en sí de toda persona, el juicio de la conciencia podría también definirse —en una orientación kantiana— como el juicio que discierne la capacidad de cada acción concreta, de realizar la condición de fin en sí misma de cada persona involucrada en la acción<sup>42</sup>.

Por supuesto, no queda sitio alguno para ningún juicio de conciencia una vez que se ha relativizado la condición de fin en sí de toda persona; se ha erradicado del ordenamiento jurídico el concepto mismo de obligación moral; y el sistema en su totalidad se concibe y se articula sobre la base de una racionalidad utilitaria.

<sup>40</sup> Hemos desarrollado en extenso este argumento contra John Rawls y Ronald Dworkin en ZAMBRANO, Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires, Ábaco Depalma, 2004.

<sup>41</sup> STC 15/1983, FJ6.

<sup>42</sup> VIGO, Alejandro, *Conciencia, ética y derecho. Estudios sobre Kant, Fichte y Hegel*, op. cit., p. 103.

El concepto de «conciencia» forma parte, como la dignidad, de una familia más amplia de conceptos, cuyo analogado principal son los conceptos de persona y dignidad, y sus analogados secundarios, los de valor y obligación moral. Fuera de esta red conceptual, el concepto de «conciencia» se torna ininteligible. No es extrañar, pues, que en un ordenamiento jurídico que ha reemplazado la lógica del deber por la lógica del interés, el concepto de «conciencia» ocupe un lugar análogo al de un fósil en un museo arqueológico, al que miramos con cierto asombro por el rol que desempeñaba en las sociedades de tiempos pretéritos, con algo de reticencia a compartir los costos que representaba; y con mucho miedo por lo que podría implicar su resurrección.

Este asombro y este miedo quizá sea una buena explicación del cuidado y la restricción con los que se recogen el ¿derecho? a la objeción de conciencia en la LO 3/2021: sólo para quienes intervienen directamente en el acto eutanásico; para personas individuales y no para instituciones; y con un registro que se parece más a una amenaza que a un auténtico reconocimiento<sup>43</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

En las páginas precedentes hemos cuestionado las pretensiones (enunciadas en el preámbulo de la LO 3/2021) de derivar el derecho prestacional a la eutanasia a partir del valor de la dignidad, y del derecho a la libertad de conciencia. Ambas pretensiones se mostraron como auto-contradictorias por una misma razón de fondo, que es la que hilvana el íter argumentativo completo de este trabajo: el reconocimiento de un derecho prestacional a la eutanasia es indisociable de una relativización del valor de la vida humana, esta relativización es indisociable de una relativización de la persona y su dignidad, y la relativización de la persona y su dignidad es inconciliable con la existencia de obligaciones de tipo categórico. Por ello, la legalización de la eutanasia como derecho prestacional supone extirpar del ordenamiento jurídico toda pretensión de corrección moral.

Esta extirpación conlleva el reemplazo de la racionalidad moral por una racionalidad utilitaria, lo que a su vez se traduce en el paso definitivo de la era de los derechos a la era de los intereses. Hace algún tiempo que hay signos evidentes de esta transformación de la cultura política y jurídica de occidente que, al decir de Finnis, «ha visto en los últimos 50 años un colapso de civismo y humanismo básicos»<sup>44</sup>. Entre otras

<sup>43</sup> Sobre esta limitación y su proyección sobre la legislación autonómica administrativa sobrevenida, ver NAVARRO VALS, Rafael *et al*, *Eutanasia y objeción de conciencia*, Madrid, Palabra, 2022, p. 132.

<sup>44</sup> FINNIS, John «Unborn Human Life and Fundamental Rights. Concluding Reflections» en ZAMBRANO, P., SAUNDERS, (eds.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights. Leading Constitutional Cases Under Scrutiny*, Berlin, Peter Lang, 2019, p. 264.

manifestaciones de esta transformación, no ocupan un lugar menor las técnicas interpretativas abiertamente concebidas para sopesar y sacrificar unos derechos en nombre de otros<sup>45</sup>.

La creación del nuevo derecho prestacional a la eutanasia puede concebirse, sobre esta base, como la culminación de una profunda contradicción interna a la cultura de los derechos, que se debate entre una racionalidad práctica orientada por razones y una racionalidad práctica orientada por deseos e intereses. Por supuesto, en la misma medida en que toda cultura es producto de la acción humana, también es producto de decisiones libres. Podríamos pues concluir señalando que la elección que está hoy puesta sobre la mesa, es la elección entre la lógica del deseo, el interés, y en última instancia de la fuerza de quien se logre imponer; y la lógica de las razones.

Esta elección se concretará mediante el progresivo reconocimiento o creación —según cómo se lo mire— de nuevos derechos. La lógica de la razón prevalecerá toda vez que el nuevo derecho sea un nuevo *derecho*, lo que a su vez dependerá de que las obligaciones correspondientes sean auténticas manifestaciones del deber universal y absoluto de respeto a la condición de fin en sí de toda persona. La lógica del interés prevalecerá toda vez que el objeto o las obligaciones correspondientes al nuevo derecho conlleven, de forma directa o indirecta, la negación del valor absoluto de la persona. Desde este punto de vista, bien puede decirse que la eutanasia es el último de los derechos o, si se quiere, es la fundación de un nuevo orden social, en el que, paradójicamente, no hay lugar para los derechos ni, propiamente hablando, para el Derecho.

<sup>45</sup> SERNA, Pedro, «El derecho a la vida en el horizonte cultural de fin de siglo», en Carlos I. Massini y Pedro Serna (eds.), *El derecho a la vida*, op. cit., pp. 23-79, pp. 52-53; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2009, cap. 3.





---

---

PARTE V

**EL PARADIGMA TRANSFORMADOR EN ACCIÓN:  
EL DERECHO LATINOAMERICANO**



**EL DERECHO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:  
¿HACIA UN GIRO COPERNICANO JURÍDICO?<sup>1</sup>**

Max Silva Abbott<sup>2</sup>

**1. INTRODUCCIÓN**

El desarrollo que en las últimas décadas ha tenido el Derecho internacional de los derechos humanos dentro del Sistema Interamericano ha sido absolutamente sorprendente, al punto que costaba bastante imaginarse un escenario semejante hasta hace relativamente poco tiempo.

En efecto, lo que está sucediendo en la actualidad, podría muy bien considerarse un ‘giro copernicano jurídico’ en la relación entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho internacional, que pretenden lograr los defensores de este proceso aún inconcluso. Ello, debido a una serie de características del Derecho internacional, así como de la actitud que sobre el presente fenómeno están adoptando tanto este último como los ordenamientos locales.

El aludido fenómeno pretende lograr la completa primacía del Derecho internacional y de manera congruente con ello, la total sumisión de los ordenamientos jurídicos nacionales en la labor de protección de los derechos humanos en el hemisferio.

Ahora bien, puesto que el fenómeno enunciado se analiza desde una perspectiva regional, se hablará a su respecto de ‘Derecho interamericano’, aunque varias de sus características podrían aplicarse con diversos matices al Derecho internacional de los derechos humanos en general.

Se pasará así primero revista de manera breve a las características del Derecho interamericano, para posteriormente adentrarse en el papel y la actitud tanto de éste como la que se pretende que adopten los Estados de la región, para finalizar con algunas conclusiones.

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del proyecto *Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política* (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033.

<sup>2</sup> Profesor Asociado Investigador de Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián, Concepción, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Dirección postal: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Campus Las Tres Pascualas, Concepción, Chile. Correo electrónico: max.silva@uss.cl.

## 2. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERAMERICANO

De acuerdo con lo sostenido por sus defensores, existen al menos estas ocho características del Derecho interamericano que deben ser tenidas muy en cuenta para comprender el tema que nos ocupa:

1) Se considera que el Derecho interamericano es jerárquicamente superior a los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>3</sup> por dos razones, una de forma y otra de fondo. La razón de forma radica en su origen multilateral, al requerir para su surgimiento del acuerdo de varios Estados (a diferencia de lo que ocurre con el Derecho estatal, que es necesariamente unilateral), lo que le daría mayor legitimidad<sup>4</sup>, además del hecho que tanto su vigencia en el tiempo como en el espacio es más amplia que la de muchas normas de un ordenamiento nacional. La razón de fondo es regular algo tanpreciado para el mundo actual como los derechos humanos, contenido que se considera obligatorio para cualquier país y de cuyo compromiso con los mismos depende su legitimidad, tanto desde la perspectiva de sus propios ciudadanos (al abogar por una democracia sustancial y no meramente formal o simples reglas del juego), como de la comunidad internacional<sup>5</sup>. Ambos fenómenos se retroalimentan, razón por la cual es precisamente este origen multilateral lo que lo convertiría en un orden más justo y humanitario que

<sup>3</sup> Con distintas intensidades, SAGÜÉS, Néstor, «Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad», *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, 1-2 (2014), p. 30; AGUILAR, Gonzalo, «La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador», *Estudios Constitucionales*, 7-1 (2009), pp. 121-127; NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, «Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno», *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, XLX-148 (2017), p. 207.

<sup>4</sup> Desde diferentes perspectivas, CERDA, Carlos, «La nota diplomática en el contexto del *soft law* y de las fuentes del derecho internacional», *Revista de Derecho* (Valdivia), XXX-2 (2017), p. 161; LONDOÑO, María Carmelina, «El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, XLIII-128 (2010), p. 764; QUINTANA, Karla, *Control de convencionalidad en el Derecho Interamericano y Mexicano. Retos y perspectivas*, México. Porrúa, 2019, pos. 1237, 1242, 1245, 1509, 1519, 1523 y 1529. Esta obra solo pudo consultarse en formato *Kindle*, en el cual no aparece el número de página, solo la 'posición' del texto (en adelante, pos.), que cambia levemente cada vez que se abre el documento. De ahí que se trate de una referencia aproximada. Esta obra solo pudo consultarse en formato *Kindle*, en el cual no aparece el número de página, solo la 'posición' del texto (en adelante, pos.), que cambia levemente cada vez que se abre el documento. De ahí que se trate de una referencia aproximada.

<sup>5</sup> ACOSTA, Paola, «Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno», *Estudios Constitucionales*, 14-1 (2016), pp. 31-32 y 54; AGUILAR, Gonzalo, «Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista da AJURIS*, 43-141 (2016), p. 344; FERRER, Eduardo y PELAYO, Carlos, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*. México, Unam, 2017, pp. 102-103.

cualquier orden local, lo que se manifiesta precisamente en su compromiso con los derechos humanos<sup>6</sup>.

2) Los tratados de derechos humanos y los organismos de protección del Sistema Interamericano poseen una serie de características que difícilmente se tolerarían respecto de las leyes o de las autoridades de cualquier país. Así, se considera, en primer lugar, que estos tratados tienen un “sentido autónomo”<sup>7</sup>, esto es, que su significado y alcance dependen de lo que determine de manera libre y monopólica el órgano guardián respectivo establecido por ese mismo tratado, en el presente caso, la Corte Interamericana<sup>8</sup>. Con todo, lo mismo podría decirse de otros órganos no jurisdiccionales, como los comités o comisiones de cada tratado. Esto significa que no importa lo que los Estados hayan considerado al respecto al momento de suscribir estos instrumentos y someterlos a su propio control de constitucionalidad, sino que lo fundamental es, a fin de cuentas, cómo los ‘ven’ o conciben en cada momento estos órganos guardianes, pues en la práctica, han terminado monopolizando su interpretación<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Desde diversas perspectivas y variadas nomenclaturas, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems). Some Pertinent Questions», *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 5-1 (2015), p. 127; QUINTANA, Karla, *Control de convencionalidad...*, *op. cit.*, pos. 1237, 1242, 1245, 1509, 1519, 1523 y 1529; PIOVESAN, Flavia, «*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos», en Armin Von Bogdandy; Héctor Fix-Fierro; Mariela Morales (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, Unam, 2014, pp. 72, 77-78 y 80-81.

<sup>7</sup> CANÇADO, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 26-30 y 52; MEDINA, Cecilia, «Los 40 años de la Convención sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana», *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 5 (2009), p. 27; FAÚNDEZ, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3.<sup>a</sup> ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 88-91.

<sup>8</sup> CARVAJAL, Jorge y GUZMÁN, Andrés, «Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los derechos humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica», *Revista Republicana*, 22 (2017), p. 199; FERRER, Eduardo, «Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America», *American Journal of International Law (ASIL)*, 109-93 (2015), p. 98; GARCÍA RAMÍREZ Sergio, «Sobre el control de convencionalidad», *Pensamiento Constitucional*, 22 (2016), p. 134.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, «Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos», en Sergio García; Castañeda, Mireya (eds.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009*, pp. 212-214; NÚÑEZ, Manuel, «Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia», *Hemicilo, Revista de Estudios Parlamentarios*, 2-4 (2011), pp. 54-55. Critica esta situación, VÍTOLO, Alfredo, «Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad»», *Pensamiento Constitucional*, 18 (2013), pp. 366-373.

3) Muy vinculado con lo anterior, junto con su sentido autónomo, se estima que estos tratados son “instrumentos vivos”<sup>10</sup>, razón por la cual su exégesis debiera ir adecuándose a las circunstancias de cada momento, a fin de proteger mejor los derechos humanos, nuevamente de la mano de la interpretación monopólica de sus órganos custodios, presentándose los mismos problemas señalados en el número anterior.

4) Se estima que la exégesis que establece el Derecho interamericano en materia de derechos humanos, de la mano de la labor de sus órganos guardianes, es solo el “estándar mínimo”<sup>11</sup>, o si se prefiere, constituye únicamente la ‘línea de flotación’ en cuanto a la protección que debe otorgarse a estos derechos. Lo anterior hace que los Estados deban al menos igualar este nivel de protección mediante su normativa interna, si bien nada impide que lleguen más lejos que estos organismos internacionales en su tutela<sup>12</sup>.

5) Su interpretación está impulsada por el “principio de progresividad” o de “no retroceso”<sup>13</sup>, en virtud del cual ella debe ir ampliándose cada vez más, a fin de ofrecer una mejor tutela a los derechos protegidos, estando vedado retroceder a exégesis

<sup>10</sup> GALDÁMEZ, Liliana, «Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones», *Revista Chilena de Derecho*, 34-3 (2007), pp. 343-344; PIOVESAN, Flávia, «*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano...», *op. cit.*, pp. 69-70; CANDIA, Gonzalo, «Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho», *Revista Chilena de Derecho*, 42-3 (2015), pp. 873-889.

<sup>11</sup> MEIER, Eduardo, «Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales*, 9-2 (2011), pp. 332-333 y 369-371; NOGUEIRA, Humberto, «El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010», *Revista Chilena de Derecho*, 39-1 (2012), pp. 184-185; MORALES, Mariela, «El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Armin Von Bogdandy; Héctor Fix-Fierro; Mariela Morales (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, Unam, 2014, p. 266.

<sup>12</sup> CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 310-314; FERRER, Eduardo, «Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)», *Estudios Constitucionales*, 11-2 (2013), pp. 676-677; NOGUEIRA, Humberto, «El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011», *Estudios Constitucionales*, 11-1 (2013), pp. 221-274.

<sup>13</sup> AYALA, Carlos, «Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela», *Estudios Constitucionales*, 10-2 (2012), 655 y 665-678; AGUILAR, Gonzalo, «El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12», *Estudios Constitucionales*, 10-2 (2012), p. 729; OLANO, Hernán, «Teoría del Control de Convencionalidad», *Estudios Constitucionales*, 14-1 (2016), p. 24.

anteriores menos abarcentes a su respecto<sup>14</sup>. Esto significa que el estándar mínimo va elevando cada vez más sus exigencias.

6) Posee dúctiles reglas de interpretación, desarrolladas por la Corte Interamericana de manera jurisprudencial, que en la práctica están imponiéndose a las establecidas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. De tal forma, ella considera que esta interpretación debe ser evolutiva<sup>15</sup>, dinámica<sup>16</sup>, sistemática<sup>17</sup>, progresista<sup>18</sup>, finalista<sup>19</sup>, además —si bien es un postulado común al Derecho internacional en general— de ser los derechos humanos indivisibles<sup>20</sup> e interdependientes<sup>21</sup>. Todo esto hace que el

<sup>14</sup> NOGUEIRA, Humberto, «El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 10-19 (2013), pp. 234, 242-243, 253 y 270; MANCILLA, Roberto, «El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33 (2015), pp. 83-85; MORALES, Mariela, «El Estado abierto...», *op. cit.*, p. 298.

<sup>15</sup> AGUILAR, Gonzalo «La Corte Suprema y...», *op. cit.*, pp. 92-93; GALDÁMEZ, Liliana, «Protección de la víctima...», *op. cit.*, pp. 442-486; VÁSQUEZ, Luis y SERRANO, Sandra, «Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Unam 2011, pp. 159-164.

<sup>16</sup> AGUILAR, Gonzalo, «Control de convencionalidad y la prohibición de la discriminación en Chile», *Opinión Jurídica*, 18-36 (2019), p. 64; PEREYRA, Gastón, «El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos», *Revista de Derecho*, Montevideo, 6 (2011), p. 174; SANTIAGO, Alfonso, «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico», *Persona y Derecho*, 60 (2009), p. 111.

<sup>17</sup> ALBANESE, Susana. (s/f) «La fórmula de la cuarta instancia». En *LexisNexis*, Lexis n.º 0003/001051, p. 7. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40500.pdf> [fecha de consulta: 22.08.2017]; FRIES, Lorena, «El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile», *Anuario de Derechos Humanos*, 8 (2012), pp. 169-171; OROZCO, José, «Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, V-28 (2011), p. 93.

<sup>18</sup> CANÇADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 23-25, 40, 46-49 y 532-533; SANTIAGO, Alfonso, «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 111; NÚÑEZ, Manuel, «Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en Paola Acosta y Manuel Núñez (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Unam, 2012, p. 29.

<sup>19</sup> AMAYA, Álvaro, «El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs, el consentimiento del Estado», *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, 5 (2005), pp. 344-345; GALDÁMEZ, Liliana, «Protección de la víctima...», *op. cit.*, p. 445; NÚÑEZ, Manuel, «Principios metodológicos...», *op. cit.*, p. 54.

<sup>20</sup> VÁSQUEZ, Luis y SERRANO, Sandra «Los principios de universalidad...», *op. cit.*, pp. 148-159; CASTILLA, Karlos, «Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México», *Estudios Constitucionales*, 9-2 (2011), pp. 154 y 157; CANÇADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 33-34, 37-41, 65-72 y 93-144.

<sup>21</sup> FERRER, Eduardo, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Derechos humanos; un*

intérprete tenga una notable libertad para hacer decir a los tratados de derechos humanos prácticamente lo que quiera, al haber monopolizado su interpretación, lo cual debe unirse a las demás características comentadas, en particular al principio *pro homine*, que se verá en el número 8. Lo anterior ha hecho que la Corte haya ampliado los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>22</sup> —como respecto del derecho de propiedad<sup>23</sup>; o la noción de familia<sup>24</sup>—, haya extraído otros “implícitos” de la misma<sup>25</sup> —por ejemplo, respecto de la discriminación<sup>26</sup>; el “derecho a

---

*nuevo modelo constitucional*, México, Unam, 2011, p. 366; OROZCO, José, «Los derechos humanos y...», *op. cit.*, pp. 85-98 y 93; ALBANESE, Susana, «La fórmula de la cuarta...», *op. cit.*, p. 7.

<sup>22</sup> AMAYA, Álvaro, «El principio *pro homine*...», *op. cit.*, pp. 337-380; AGUILAR, Gonzalo y NOGUEIRA, Humberto, «El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa», *Revista de Derecho Público*, 84 (2016), pp. 17-19 y 20; LOVATÓN, David, «Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción», *Revista Direito & Práxis*, 8-2 (2017), pp. 1405-1406.

<sup>23</sup> VON BOGDANDY, Armin, *et al.*, «A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador», en Armin Von Bogdandy; Mariela Morales; Eduardo Ferrer (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 2017, pp. 20-21; FUENZALIDA, Sergio, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad, ¿concepción liberal o republicana?», *Estudios Constitucionales*, 18-1 (2020), pp. 259-308; PONCE, Patricio, «Afectación de la propiedad privada por la incautación de bienes y otras medidas cautelares reales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Derecho del Estado*, 47 (2020), pp. 287-317.

<sup>24</sup> CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, José y VALDIVIA-AGUILAR, Trilce, «Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso Atala», *Dikaion*, 25-1 (2016), pp. 53-74.

<sup>25</sup> PAÚL, Álvaro, «The American Convention on Human Rights. Updated by the Inter-American Court», *Iuris Dictio*, 20 (2017), pp. 53-87; VÍTOLO, Alfredo, «Una novedosa categoría jurídica...», *op. cit.*, pp. 369-373; VON BOGDANDY Armin, «*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual», en Armin Von Bogdandy; Mariela Morales; Eduardo Ferrer (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute 2017, pp. 153-154.

<sup>26</sup> CONTESSE, Jorge, «¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», disponible en [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf) [fecha de consulta\_ 14.09.22], pp. 17-20; IVANSCHITZ, Bárbara, «Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH por el Estado de Chile», *Estudios Constitucionales*, 11-1 (2013), pp. pp. 280, 285-286 y 288-289; SILVA Abbott, Max, «El incierto futuro de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *Revista Chilena de Derecho*, 42-3 (2015), 1063-1096.



la verdad”<sup>27</sup>; el “derecho al castigo”<sup>28</sup>; o relacionados al medio ambiente<sup>29</sup>—, o incluso haya ido contra su tenor literal, en particular respecto del estatuto del no nacido<sup>30</sup>.

7) Se estima que la Corte Interamericana es la intérprete “última”<sup>31</sup>, “definitiva”<sup>32</sup> e “inapelable”<sup>33</sup> de la Convención (y de los demás tratados que hayan otorgado competencia a este tribunal), lo que significa, en teoría, que los Estados habrían renunciado a su propia exégesis<sup>34</sup>, quedando sometidos al parecer de la Corte en atención a haber

<sup>27</sup> MURILLO, David, «La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos», *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes (Colombia), 36 (2016), pp. 15-16; CHARNEY, John, «El derecho a la verdad y su contribución a la memoria colectiva», *Revista de Derecho* (Valdivia), XXXII-2 (2019), pp. 207-230.

<sup>28</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús, «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor», *Derecho Penal y Criminología*, 29-86-87 (2008), pp. 151, 154-155 y 165-170.

<sup>29</sup> QUISPE, Florabel, «Medio ambiente y derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XXII (2022), pp. 71-107; SIERRA, Paola y FONSECA, Tania, «El *Ius Constitutionale Commune* y el diálogo entre jueces: el caso del derecho humano al agua en Colombia», *Estudios Constitucionales*, 20-1 (2022), pp. 141-174.

<sup>30</sup> PAÚL, Álvaro, «La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*», *Revista Derecho Público Iberoamericano*, 1-2 (2013), pp. 303-345; SILVA ABBOTT, Max y DE JESÚS CASTALDI, Ligia «¿Se comporta la Corte Interamericana como un tribunal (internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*», *Prudentia Iuris*, Vol. 82 (2016), pp. 19-58; CASTILLO, Luis «La inaplicación del Derecho Convencional creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho a la vida del concebido», *Revista Chilena de Derecho*, 48-3 (2021), pp. 1-24.

<sup>31</sup> SAGÜÉS, Néstor, «El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo», en Armin Von Bogdandy; Héctor Fix-Fierro; Mariela Morales; Eduardo Ferrer (coord.), *Construcción y papel de los derechos fundamentales. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina*, México, Max Planck, UNAM, Heidelberg, 2011, p. 386; AGUILAR, Gonzalo, «Control de convencionalidad y...», *op. cit.*, p. 60; NOGUEIRA, Humberto, «Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011», *Estudios Constitucionales*, 10-2 (2012), pp. 58-59.

<sup>32</sup> FERRER, Eduardo, «Interpretación conforme y...», *op. cit.*, pp. 424 y 427; HITTERS, Juan Carlos, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», *Estudios Constitucionales*, 7-2 (2009), pp. 115, 118 y 122; NOGUEIRA, Humberto, «Diálogo interjurisdiccional, control...», *op. cit.*, pp. 62-63 y 90-98.

<sup>33</sup> FIX, Héctor, «El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos», en AA. VV. *Protección internacional de los derechos humanos*, 2007, pp. 69 y 76. Disponible en [http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical\\_version](http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical_version) [Fecha de consulta: 09.10.2015]; AGUILAR, Gonzalo, «“Afinando las cuerdas” de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno» *Estudios Constitucionales*, 11-1 (2013), pp. 636 y 345; MEIER, Eduardo, «Nacionalismo constitucional...», *op. cit.*, p. 333.

<sup>34</sup> AGUILAR, Gonzalo, «Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 9 (2016), p. 141; FERRER, Eduardo, «El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Fabian Pereira; Fabricio Bittencourt y Tarciso Dal Maso (coords.), *Controle de Convencionalidade*, Brasilia,

suscrito libre y soberanamente los tratados de derechos humanos respectivos<sup>35</sup>. Por eso varios autores —tanto desde posturas favorables como críticas— estiman que ella pretende erigirse en una especie de tribunal constitucional continental<sup>36</sup>, cuyas sentencias debieran ser un precedente obligatorio para todos los países del hemisferio<sup>37</sup>, en virtud del desarrollo de la doctrina pretoriana del control de convencionalidad y el supuesto

---

Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 32; BURGORGUE-LARSEN, Lawrence, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional», en Armin Von Bogdandy; Héctor Fix-Fierro; Mariela Morales (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, Unam, 2014, p. 451.

<sup>35</sup> BAZÁN, Víctor, «En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XVI (2010), pp. 173-174; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Sergio García; Castañeda, Mireya (eds.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009*, pp. 28-31; GARCÍA SAYÁN, Diego, «La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Sergio García; Castañeda, Mireya (eds.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009*, pp. 93 y 96.

<sup>36</sup> DULITZKY, Ariel, «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», *Texas International Law Journal*, 50-1 (2015), pp. 64-65; BINDER, Christina, «¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías», en Armin Von Bogdandy; Eduardo Ferrer, Mariela Morales (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo II, traducción de G. Aguilar y R. Stewart, México, Unam; Max-Plank-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Volkerrecht; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, especialmente pp. 169-170; FERRER, Eduardo, «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés (eds.), *Formación y perspectivas en el Estado mexicano*, 2010, pp. 187-188. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf> [fecha de consulta: 11.03.15].

<sup>37</sup> Desde varias perspectivas y nomenclaturas, CABALLERO Ochoa, José, «La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Unam 2011, p. 133; FERRER, Eduardo, «Eficacia de la sentencia interamericana...», *op. cit.*, pp. 670-671; SAGÜÉS, Néstor, «Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución “convencionalizada”», en Humberto Nogueira (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2014a, p. 18.

efecto *erga omnes* que debiera tener la *res interpretata* de sus sentencias<sup>38</sup>, a fin de arribar a un *ius constitutionale commune* en la región<sup>39</sup>.

8) La actividad de la Corte y en parte de los jueces nacionales, está guiada por el “principio *pro homine*” o “favor persona”, que ordena buscar la norma que mejor proteja o que menos restrinja los derechos humanos en juego, en los casos en que esto último resulte lícito<sup>40</sup>. Este principio posee al menos tres manifestaciones:

a) Permite elegir entre la normativa nacional y la internacional al momento de tutelar los derechos humanos de una manera casuística<sup>41</sup> y por lo mismo, al margen de diversos criterios formales, como la jerarquía o la especialidad de las normas en juego<sup>42</sup>, abogando para ello por un creciente activismo judicial<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> HITTERS, Juan Carlos, «Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto «*erga omnes*» de las sentencias de la Corte Interamericana)», *Estudios Constitucionales*, 11-2 (2013), pp. 695-710; BECERRA, Manuel, «La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional», en Sergio García; Castañeda, Mireya (eds.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009*, p. 303; FERRER, Eduardo, «El control difuso...», *op. cit.*, pp. 187-188.

<sup>39</sup> DULITZKY, Ariel, «El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?», en Julio Rivera; José Elías; Lucas Grosman; Santiago Legarre (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrott, 2014, p. 548; IBÁÑEZ, Juana, *Control de convencionalidad*, México, Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, pp. 77-78; LONDOÑO, María Carmelina, «El principio de legalidad...», *op. cit.*, p. 763.

<sup>40</sup> CABALLERO Ochoa, «La cláusula de interpretación conforme...», *op. cit.*, pp. 132-133 y 141-142; AMAYA, Álvaro, «El principio *pro homine*...», *op. cit.*, pp. 337-380; CARBONELL, Miguel, «Introducción general al control de convencionalidad» Luis González y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Unam, 2013, pp. 84-87.

<sup>41</sup> NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, «Recepción formal y sustantiva...», *op. cit.*, pp. 188 y 224; ACOSTA, Paola, «Zombis vs. Frankenstein...», *op. cit.*, pp. 33-34, 51 y 54; QUINTANA, Karla, *Control de convencionalidad en el...*, *op. cit.*, pos. 1141, 1147 y 1320.

<sup>42</sup> Desde varias perspectivas y sin emplear siempre esta terminología, acusan esta situación, HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio, «El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?», *Revista Boliviana de Derecho*, 21 (2016), pp. 338-339; QUINTANA, Karla, *Control de convencionalidad en el...*, *op. cit.*, pos. 3013 y 3017; CASTILLA, Karlos, «Un nuevo panorama...», *op. cit.*, pp. 149-153;

<sup>43</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «Sobre el control...», *op. cit.*, p. 182; VON BOGDANDY Armin, «*Ius constitutionale commune*...», *op. cit.*, pp. 156-161; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, «De la «constitucionalización» a la convencionalización» del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*», *Revista Derecho del Estado*, 36 (2016), pp. 134, 136-143, 158-160 y 162.

b) Ordena buscar en la norma previamente seleccionada, la interpretación más favorable para las víctimas<sup>44</sup>, siempre guiada por los criterios internacionales<sup>45</sup>, al considerarlos el estándar mínimo, a fin de lograr una mejor tutela de los derechos humanos. Esto se relaciona a la “interpretación conforme”<sup>46</sup> que se exige al juez nacional en virtud de la doctrina del control de convencionalidad.

c) Finalmente, en el caso particular de la Corte Interamericana, ella ha entendido que este principio le permite buscar con notable libertad y también usando un criterio casuístico, prácticamente donde ella quiera la norma o disposición que desde su perspectiva mejor proteja los derechos humanos comprometidos, sea nacional o internacional, de manera independiente a que ella obligue o no al Estado condenado con su sentencia, o incluso no obligue en absoluto<sup>47</sup>. De esta manera, gracias a lo anterior, este tribunal ha podido fundamentar parte de sus fallos con material extra-convención (otros tratados universales o regionales, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de diversos tribunales constitucionales, leyes de algún país, *soft law*, etc.)<sup>48</sup>.

Hasta aquí las principales características del Derecho interamericano que interesa resaltar para el objeto de la presente exposición.

<sup>44</sup> AGUILAR, Gonzalo y NOGUEIRA, Humberto, «El principio favor persona...», *op. cit.*, pp. 13, 17 y 22-23; LOVATÓN, David, «Control de convencionalidad interamericano...», *op. cit.*, pp. 1403-1404; NOGUEIRA, Humberto, «El uso del derecho...», *op. cit.*, pp. 266-267.

<sup>45</sup> SAGÜÉS, Néstor, «El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo», en Armin Von Bogdandy; Héctor Fix-Fierro; Mariela Morales; Eduardo Ferrer (coord.), *Construcción y papel de los derechos fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, Max Planck, UNAM, Heidelberg, 2011, p. 385; FERRER, Eduardo, «Conventionality Control...», *op. cit.*, p. 93; NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, «Recepción formal y sustantiva...», *op. cit.*, p. 207.

<sup>46</sup> CONTRERAS, Pablo, «Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Ius et Praxis*, 20-2 (2014), pp. 237-239 y 263; REY, Ernesto, «Controles de convencionalidad de las leyes», en Eduardo Ferrer y Arturo Zaldívar (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Vol. IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, México, Unam, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, p. 226; CASTILLA, Karlos, «¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIII (2013), p. 56.

<sup>47</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «El control judicial interno de convencionalidad», *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, V-28 (2011), pp. 134-138; HITTERS, Juan Carlos, «El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana», *Estudios Constitucionales*, 10-2 (2012), pp. 542-543; PAÚL, Álvaro, «La Corte Interamericana *in vitro*...», *op. cit.*, pp. 310-314.

<sup>48</sup> VOGELFANGER, Alan, «La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Pensar en Derecho*, 7-4 (2015), pp. 263-264; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «El control judicial interno...», *op. cit.*, pp. 134-135 y 137-138; HITTERS, Juan Carlos, «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10 (2008), pp. 137-141 y 148-150.

Se comprende sin mucha dificultad el enorme problema de incerteza que ocasionan estas características, que además se complementan y refuerzan entre sí, al estar, en el fondo, cambiando permanentemente la significación de los tratados inicialmente suscritos. Todo lo cual se vincula también con el problema de las fuentes del Derecho internacional<sup>49</sup> —situación que igualmente se ha criticado<sup>50</sup>—, puesto que el proceso descrito está convirtiendo a la jurisprudencia de este tribunal en una ‘superfuente’ que se impone a todas las demás, contraviniendo lo establecido por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>51</sup>, unido lo anterior a un notable proceso de desformalización del Derecho interamericano, al utilizarse de manera cada vez más notoria criterios casuísticos y, por tanto, muy difíciles de prever.

### 3. UNA RENDICIÓN INCONDICIONAL DEL ESTADO

Según se ha dicho, las características enunciadas otorgan una notable libertad a los organismos internacionales de protección para determinar el sentido y alcance de los tratados que tutelan, estando dotados de una serie de licencias que difícilmente se tolerarían respecto de las autoridades nacionales. A lo anterior se añade que dentro del Derecho internacional en general, no existe nada parecido a una división de poderes o de funciones, tampoco un control popular de tipo democrático<sup>52</sup> y, dada la notable libertad que poseen los órganos guardianes para interpretar los tratados a los que en teoría sirven, al parecer, tampoco un Estado de Derecho internacional<sup>53</sup>. Esto último, no solo porque en el caso particular de la Corte Interamericana, ella ha hecho decir a

<sup>49</sup> CERDA, Carlos, «La nota diplomática...», *op. cit.*, pp. 159-179; FUENZALIDA, Sergio, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”», *Revista de Derecho* (Valdivia), XXVIII-1 (2015), pp. 171-192; VOGELFANGER, Alan, «La creación de derecho...», *op. cit.*, pp. 251-284.

<sup>50</sup> VÍTOLO, Alfredo, «Una novedosa categoría jurídica...», *op. cit.*, pp. 357-380; HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio, «El control de convencionalidad...», *op. cit.*, pp. 338-339.

<sup>51</sup> Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59.

Art. 59: La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, «Derechos humanos: jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 214.

<sup>53</sup> RUIZ, José, «El Estado de derecho internacional. Una aproximación cartográfica a su definición». En Manuel Becerra y Nuria González (coords.), *Estado de Derecho Internacional, México, Unam, 2012*, p. 36.

los tratados cosas que no señalan, sino además, porque se ha autoatribuido varias competencias nuevas mediante su propia jurisprudencia, siendo tal vez el mejor ejemplo de lo anterior, la doctrina pretoriana del control de convencionalidad<sup>54</sup>.

No solo eso: este conjunto de características pretenden además que los Estados se transformen en los grandes ejecutores de sus decisiones<sup>55</sup> —ya que estos organismos de control carecen de imperio<sup>56</sup>—, puesto que no se concibe en la actualidad un orden jurídico decente que no se encuentre profunda y totalmente comprometido con los derechos humanos. Por eso se señalaba que de este compromiso depende de manera creciente su propia legitimidad, tanto frente a su ciudadanía como a la comunidad internacional.

Tal vez la principal prueba de lo anterior, al menos dentro del Derecho interamericano, sea la doctrina del control de convencionalidad<sup>57</sup>, que pretende que las autoridades nacionales pertenecientes a los tres poderes del Estado actúen siguiendo los criterios de la Corte de San José, devenida, según se ha dicho, en una especie de tribunal constitucional continental. De ahí que tanto la producción normativa<sup>58</sup> como su

<sup>54</sup> MORALES, Mariela, «Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos en América Latina», en Armin Von Bogdandy; Mariela Morales; Eduardo Ferrer (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro / Max Planck Institute, 2017, p. 447; AGUILAR, Gonzalo, «Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIX (2019), p. 362; HENRÍQUEZ, Miriam, «El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIX (2019), pp. 328, 336, 337 y 355.

<sup>55</sup> CABALLERO JUÁREZ, José, «La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio», en Sergio García; Castañeda, Mireya (eds.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 209; PAÚL, Álvaro, «Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina», *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), 87-246 (2019), p. 74; VIO, Eduardo, «Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXI (2015), p. 330.

<sup>56</sup> ANAYA, Alejandro, «Los regímenes internacionales de derechos humanos: la brecha entre compromiso y cumplimiento», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, Vol. 12-40 (2017), pp. 159, 165 y 178; GALINDO, Beatriz, *Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su eficacia en diversos ámbitos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación México, 2014, pp. 24 y 31; VIO, Eduardo, «Jurisprudencia de la Corte...», *op. cit.*, p. 331.

<sup>57</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «Sobre el control...», *op. cit.*, pp. 176-186; BAZÁN, Víctor, «En torno al control...», *op. cit.*, pp. 151-177; REY, Ernesto, «Controles de convencionalidad de...», *op. cit.*, pp. 225-263; GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, «El control de convencionalidad y sus problemas», *Pensamiento Constitucional*, 20 (2015), pp. 135-160; IBÁÑEZ, Juana, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, *passim*; GONZÁLEZ, Pablo, «La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el Derecho nacional», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 38 (2018), pp. 199-226.

<sup>58</sup> AGUILAR, Gonzalo, «Los derechos humanos como límites...», *op. cit.*, pp. 337-365; SAGÜÉS, Néstor, «Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad», *Anuario de Derecho Constitucional*

interpretación<sup>59</sup> no deban apartarse de los cánones internacionales (so pena de caer el Estado en responsabilidad internacional), quedándoles únicamente la posibilidad de mejorarlos, al considerarse estos últimos solo el estándar mínimo, según se ha visto.

De esta manera, la Corte pretende tener el control absoluto respecto de los derechos humanos en la región, al considerarse algo así como el ‘Alfa y el Omega’ del control de convencionalidad.

Como se recordará, se distinguen dos variantes del control de convencionalidad: uno “externo”<sup>60</sup> —llamado también “concentrado”<sup>61</sup>—, que es el que lleva a cabo la Corte Interamericana, y otro “interno”<sup>62</sup> —o “difuso”<sup>63</sup>—, que es el que desde su perspectiva debieran realizar todas las autoridades internas<sup>64</sup> e incluso afectar a las instancias democráticas<sup>65</sup>. De esta forma y de acuerdo con su propia jurisprudencia y la

---

*Latinoamericano*, XXI (2015), pp. 145 y 146-147; MORALES, Mariela, «Interamericanización como mecanismo...», *op. cit.*, p. 432.

<sup>59</sup> CASTILLA, Karlos, «¿Control interno o difuso...», *op. cit.*, p. 56; CONTRERAS, Pablo, «Control de convencionalidad, deferencia...», *op. cit.*, pp. 237-238 y 263; NASH, Claudio, «Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales u desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XIX (2013), p. 492.

<sup>60</sup> CASTILLA, Karlos, «Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del Derecho Internacional», *Revista Derecho del Estado*, 33 (2014), pp. 110-112; BINDER, Christina, «¿Hacia una Corte Constitucional...», *op. cit.*, pp. 169-172; HITTERS, Juan Carlos, «Control de constitucionalidad y...», *op. cit.*, pp. 110-112.

<sup>61</sup> CASTILLA, Karlos, «El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XI (2011), pp. 596-597; FERRER, Eduardo y PELAYO, Carlos, «La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana», *Estudios Constitucionales*, 10-2 (2012), pp. 179-181; FERRER, Eduardo, «El control difuso...», *op. cit.*, pp. 173-178 y 187-188.

<sup>62</sup> FERRER, Eduardo, «Control de convencionalidad (sede interna)», en Eduardo Ferrer; Fabiola Martínez; Giovanni Figueroa (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, segunda edición, México, Unam, 2014, pp. 237-239; BAZÁN, Víctor, «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», en Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Santiago, Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 2012, pp. 24 y 31; CARBONELL, Miguel, «Introducción general...», *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>63</sup> HITTERS, Juan Carlos, «Control de constitucionalidad y...», *op. cit.*, pp. 110-119; SAGÜÉS, Néstor, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», *Estudios Constitucionales*, 8-1 (2010), pp. 118-121; GARCÍA PINO, Gonzalo, «Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile», en Humberto Nogueira (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2014, pp. 357 y 369-370.

<sup>64</sup> FERRER, Eduardo, «Control de convencionalidad (sede...», *op. cit.*, pp. 237-239; NOGUEIRA, Humberto, «El control de convencionalidad y el diálogo...», *op. cit.*, pp. 240-241; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «El control judicial interno...», *op. cit.*, pp. 123-159.

<sup>65</sup> IBÁÑEZ, Juana, «Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 8 (2012), pp. 103-104 y 109-113; AGUILAR, Gonzalo, «Los derechos humanos como límites...», *op. cit.*, pp. 337-365;

doctrina mayoritaria, la idea es que la Corte establezca el canon inicial en materia de protección de los derechos humanos<sup>66</sup>, ya sea en alguna de sus sentencias —definitiva, interpretativa, de supervisión de cumplimiento o de medidas provisionales—<sup>67</sup> o en una opinión consultiva<sup>68</sup>. El razonamiento que fundamenta este veredicto debiera tener, de acuerdo con sus defensores, efectos continentales y no solo para el país condenado o que haya solicitado la opinión consultiva respectiva, en atención al ya aludido efecto *erga omnes* que se pretende tenga la *res interpretata* emanada de este tribunal<sup>69</sup>, a fin de formar un sistema de precedentes obligatorios que logre la homogeneización de los ordenamientos de la región<sup>70</sup>. Todo lo cual se relaciona directamente con las ocho características del Derecho interamericano señaladas más arriba, y sin las cuales esta pretendida imposición resultaría imposible.

El segundo paso correspondería a las autoridades nacionales mediante la aplicación del control de convencionalidad interno, en teoría dentro del ámbito de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes<sup>71</sup>, debiendo igualar los estándares internacionales sin perjuicio de poder mejorarlos, al constituir ellos solo el estándar

---

HENRÍQUEZ, Miriam, «La polisemia del control de convencionalidad interno», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 24 (2014), p. 123.

<sup>66</sup> BAZÁN, Víctor, «Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional», *Revista Temas Socio Jurídicos*, 36-72 (2017), p. 22; FERRER, Eduardo, «Eficacia de la sentencia interamericana...», *op. cit.*, pp. 670-671; RODRÍGUEZ MORELIÓN, María, «La recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos», en Sergio García; Castañeda, Mireya (eds.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009*, p. 360.

<sup>67</sup> HITTERS, Juan Carlos, «Control de constitucionalidad y...», *op. cit.*, pp. 110-112 y 118-119; FERRER, Eduardo, «Eficacia de la sentencia interamericana...», *op. cit.*, pp. 655-682 y 688-693; CARBONELL, Miguel, «Introducción general...», *op. cit.*, pp. 79-83.

<sup>68</sup> SAGÜES, Néstor, «Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad», *Pensamiento Constitucional*, 20 (2015), pp. 275-283; LIMA, Carlos y MENDES, Lucas, «A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XXI (2021), pp. 125-166; BURGORGUE-LARSEN, Lawrence, «La Corte Interamericana...», *op. cit.*, pp. 424-427.

<sup>69</sup> HITTERS, Juan Carlos, «Un avance en...», *op. cit.*, pp. 695-710; CABALLERO OCHOA, José, «La cláusula de interpretación conforme...», *op. cit.*, pp. 118-119 y 128-129; FERRER, Eduardo, «Eficacia de la sentencia interamericana...», *op. cit.*, pp. 669-670 y 677.

<sup>70</sup> NOGUEIRA, Humberto, «El uso del derecho convencional...», *op. cit.*, p. 152; MORA-CARVAJAL, David, «Aproximación positivista a la unidad y la coherencia de un derecho internacional fragmentado», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Medellín, Colombia), 49-130 (2019), pp. 108-115; VON BOGDANDY, Armin, «El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El Concepto de lo Político* de Carl Schmitt», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLX (2019), p. 135.

<sup>71</sup> OLANO, Hernán, «Teoría del Control...», *op. cit.*, p. 88; GARCÍA PINO, Gonzalo, «Preguntas esenciales...», *op. cit.*, pp. 343 y 356; FERRER, Eduardo, «Interpretación conforme y...», *op. cit.*, p. 395.



mínimo<sup>72</sup>. Por eso, en los hechos, para que tenga efectos, el control externo resulta completamente dependiente del control interno de convencionalidad<sup>73</sup>.

Sin embargo, al menos en teoría, el asunto no termina aquí. Ello puesto que la Corte y la doctrina amenazan permanentemente a las autoridades locales en el sentido que, si no se ejerce este control interno o se hace de manera defectuosa, el caso podría ser revisado posteriormente por la Corte, pudiendo esta suplir o corregir dicho control interno mediante un nuevo control externo de convencionalidad<sup>74</sup>.

De ahí que ella se considere el principio y el fin de este proceso —el Alfa y el Omega—, en un periplo que inicia con un control externo, continúa con un control interno y podría terminar eventualmente con otro control externo de convencionalidad.

Con todo, en la práctica resulta absolutamente imposible que el tribunal interamericano pueda fiscalizar los cientos de miles o millones de fallos y la producción normativa de todo un continente, razón por la cual esta constante amenaza a la que se alude es prácticamente nominal<sup>75</sup>.

Mas lo importante es que todo este constructo en que se ha ido convirtiendo el Sistema Interamericano pretende la completa sujeción de los Estados a los designios de este tribunal, lo que explica, además de la doctrina del control de convencionalidad, las características que posee el Derecho interamericano vistas en el epígrafe anterior, características que difícilmente se tolerarían dentro de cualquier país. Es por eso que algún autor ha hablado de una “fe mesiánica” en la labor de este tribunal<sup>76</sup>.

Ahora bien, una de las grandes preguntas que surge luego de todo lo dicho (y que se abordará en el próximo epígrafe), es por qué se toleran todas estas licencias que

<sup>72</sup> NOGUEIRA, Humberto, «El control de convencionalidad y el diálogo...», *op. cit.*, pp. 234, 248-249 y 266-267; AGUILAR, Gonzalo, «Los derechos humanos como límites...», *op. cit.*, pp. 337-365; FERRER, Eduardo, «Eficacia de la sentencia interamericana...», *op. cit.*, pp. 676-677.

<sup>73</sup> SILVA ABBOTT, Max, «¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?», *Estudios Constitucionales*, 18-2 (2020), pp. 273-274 y 286-290. De manera más indirecta, NOGUEIRA, Humberto, «Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, XLV-135 (2012), p. 1187; CASTILLA, Karlos, «Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre», *Revista IIDH*, 64 (2016), p. 110; SAGÜÉS, Néstor, «El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales», en *La Ley*, 19/02/2009, p. 6. Disponible en [http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues\\_Control\\_de\\_Convencionalidad\\_LL\\_2009.pdf](http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf) [fecha de consulta: 06.03.15].

<sup>74</sup> PÉREZ, Ricardo, «Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXII (2016), p. 413; IBÁÑEZ, Juana, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 79 y 133; GARCÍA PINO, Gonzalo, «Preguntas esenciales...», *op. cit.*, pp. 375-376.

<sup>75</sup> DULITZKY, Ariel, «El impacto...», *op. cit.*, pp. 553 y 557; SILVA ABBOTT, Max, «Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso», *Estudios Constitucionales*, 14-2 (2016), pp. 127-128.

<sup>76</sup> DULITZKY, Ariel, «El impacto...», *op. cit.*, p. 553; en parte, PAÚL, Álvaro, «Los enfoques acotados...», *op. cit.*, p. 46.

llevarían, al menos en teoría, a una especie de ‘rendición incondicional’ por parte de los Estados. Ello, pues en el fondo, se está en presencia de dos órdenes jurídicos paralelos, el nacional y el internacional, primando sin contrapeso el primero, al encontrarse en él lo que podría considerarse el ‘centro de gravedad’ del contenido correcto e ineludible del Derecho.

Pero además, este Derecho paralelo, pese a considerarse superior a los ordenamientos nacionales, resulta tremendamente dúctil, al depender la evolución de sus exigencias de la simple y muy libre interpretación de los órganos guardianes de los tratados de derechos humanos que les han dado vida, órganos sobre los cuales no existe ningún control, según se ha mencionado, al no haber en el ámbito internacional nada parecido a un Estado de Derecho, a una separación de poderes o a un control democrático.

En el fondo, lo que ha terminado ocurriendo en la práctica es que el primitivo contenido originario, fruto del consenso regional o universal de los tratados de derechos humanos, ha ido siendo sustituido por la monopólica interpretación de sus órganos guardianes (en el presente caso, de la Corte Interamericana), razón por la cual ha devenido en un fenómeno cada vez más cupular y falto de control.

Más aún, dadas las características del Derecho interamericano, cada vez resulta más difícil impedir el eclipsamiento del contenido inicial de los tratados por el querer de sus órganos guardianes.

Por tanto, podría concluirse que en el caso interamericano, la Convención ‘es’ la Corte y lo que ella considera. Y lo mismo podría decirse de los demás tratados de derechos humanos que le han dado competencia. Ello, al considerarse la intérprete última, definitiva e inapelable de la Convención, según también se ha mencionado.

De esta manera, las primitivas obligaciones asumidas por los Estados al suscribir los tratados respectivos (y por consiguiente, el original *pacta sunt servanda*) se encontrarían en constante evolución, puesto que su contenido dependería, a fin de cuentas, de lo que establezca este tribunal<sup>77</sup>, debiendo en teoría los Estados seguir ciegamente sus designios, quedándoles únicamente la posibilidad de mejorarlos, al ser estos solo el estándar mínimo.

En realidad, que el Derecho interamericano se considere a sí mismo solo el estándar mínimo en materia de protección de los derechos humanos, denota lo que podría denominarse un notable e inconfesado ‘complejo de infalibilidad’ de su parte. Ello, pues al plantear de este modo las cosas, considera implícitamente que su modo de comprender estos derechos es el correcto e indiscutible, lo que lo lleva a exigir, sin complejos ni tapujos, que los Estados únicamente puedan mejorar dicho criterio, pero nunca ponerlo en duda ni mucho menos contradecirlo.

<sup>77</sup> Desde diferentes ángulos, VOGELFANGER, Alan, «La creación de derecho...», *op. cit.*, p. 268; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «The Relationship between...», *op. cit.*, p. 184; MORALES, Mariela, «Interamericanización como mecanismo...», *op. cit.*, p. 433.

Por eso se hablaba de una rendición incondicional de los Estados, pues en el fondo, a medida que va avanzando la interpretación de la Corte Interamericana, más y más sectores de sus propios ordenamientos quedarían atrapados por dicha exégesis, restándole solo a éstos la humilde labor de mejorar sus criterios, pero nunca oponerse a ellos, perdiendo así poco a poco su autonomía<sup>78</sup>.

O si se prefiere, todo lo dicho equivale a considerar que el contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales se encontraría siempre bajo sospecha, legitimándose solo si logra igualar o superar los criterios internacionales que, dicho sea de paso, evolucionan rápidamente, dadas las dúctiles reglas de interpretación y las demás características del Derecho interamericano.

Es por eso que podría hablarse a este respecto de la existencia de un ‘control heterónimo de convencionalidad’<sup>79</sup>, que hace que se esté produciendo, al menos en teoría, este ‘giro copernicano jurídico’ entre ambos órdenes normativos. Ello, pues es siempre el Derecho internacional el que puede modificar al nacional, pero no lo contrario.

#### 4. EL FUNDAMENTO DE ESTA RENDICIÓN INCONDICIONAL

Ahora bien, luego de todo lo dicho, la gran pregunta que surge es por qué las autoridades de un Estado estarían en teoría dispuestas a someterse sin resistencia a este orden de cosas, máxime, según se ha mencionado, si las características que posee y de las cuales saca provecho el Derecho interamericano jamás serían admisibles al interior de un Estado, lo que hace que adolezca de una notable falta de control. ¿Qué es lo que puede fundamentar esta situación?

O si se prefiere, ¿qué puede ser tan importante y esencial que justifique esta ‘rendición incondicional’ de los ordenamientos locales? ¿Qué será tan valioso, indispensable y urgente para explicar este ‘giro copernicano jurídico’?

La respuesta a todo lo anterior se menciona a cada momento: la protección de los derechos humanos. Son este contenido y misión los que para sus partidarios otorgan al Derecho internacional resultante una superioridad moral incuestionable (todo lo cual lo haría más humanitario y justo), lo que a veces se acerca a una auténtica divinización<sup>80</sup>. Sólo esto explica que los derechos humanos de origen internacional tengan una especie

<sup>78</sup> SILVA ABBOTT, MAX, «¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?», en Daniel Herrera; Nicolás Lafferrere; Gabriel Maino; Débora Rainieri (coord.), *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Buenos Aires. EDUCA / Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p. 355.

<sup>79</sup> SILVA ABBOTT, MAX, «El control heterónimo de convencionalidad», en Manuel Núñez (ed.) *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Democracia*. Liber Amicorum Eduardo Vio Grossi. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, *pro manuscripto*, en prensa. De manera más indirecta, SAGÜÉS, Néstor, «Nuevas fronteras...», *op. cit.*, p. 27; HITTERS, Juan Carlos «¿Son vinculantes...», *op. cit.*, p. 151; HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (avances y retrocesos)”, *Estudios Constitucionales*, 13-1 (2015), pp. 125-126 y 154.

<sup>80</sup> En parte, MORALES, Mariela, «El Estado abierto...», *op. cit.*, pp. 291.

de ‘*priority pass*’ que puede y debe vencer cualquier resistencia de los ordenamientos internos —incluso de carácter formal— que impida su implementación<sup>81</sup>. De algún modo, aquí el fin justifica los medios.

Es por eso que los derechos humanos podrían considerarse el gran dogma de nuestro tiempo, pues su prestigio y aceptación son tales, que prácticamente resulta imposible oponerse a los mismos.

Sin embargo, una idea que debe ser tenida siempre en cuenta, es que desde la perspectiva de los organismos internacionales de tutela, los derechos humanos no poseen un origen natural más o menos objetivo que deba ser descubierto, sino que dependen totalmente en un principio de los consensos internacionales alcanzados en su momento, y de la dúctil interpretación emanada de ellos mismos después. Lo anterior explica que estos derechos se encuentren en permanente construcción y reconstrucción, lo que a su vez se relaciona con las notables diferencias que existen en nuestras actuales sociedades en el modo de comprenderlos. De ahí que junto a derechos que nadie en su sano juicio podría poner en duda, como la prohibición de la tortura o de la esclavitud, por ejemplo, hoy surjan otros más que polémicos, como aquellos relacionados a la ideología de género o al transhumanismo, sin ir más lejos.

Pero, además, a lo anterior debe agregarse que cada sector tiende a entender estos derechos desde su propia perspectiva, añadiéndoles en parte el contenido que considera justo; o si se prefiere, cómo desde su óptica, debieran ser. Sin embargo, a menudo la visión que poseen estos organismos internacionales de protección es muy distinta, lo que unido a todo lo que se ha comentado hasta el momento, explica que hoy pueda considerarse como un derecho humano prácticamente cualquier cosa.

No obstante, y pese a todo lo dicho, la noción de derechos humanos posee tanto prestigio, que podrían ser considerados una especie de ‘religión laica’<sup>82</sup> de nuestro tiempo, lo que los torna prácticamente irresistibles, haciendo cada vez más difícil oponerse a ellos. O si se prefiere, actualmente los derechos humanos se habrían convertido en una suerte de ‘Derecho natural’, si bien no descubierto sino en permanente construcción y reconstrucción, de cuya observancia depende, según se ha mencionado, la legitimidad de los Estados.

Lo anterior explica que hoy pueda hablarse de un ‘efecto talismán’ de los derechos humanos, en el sentido que todo lo que ellos tocan se convertiría en un asunto prácticamente indebatible, que debiera imponerse como un dogma en nuestras sociedades, lo que explica que estén premunidos de este ‘*priority pass*’ al que se ha hecho referencia.

<sup>81</sup> MURILLO, David, «La dialéctica entre...», *op. cit.*, p. 25; IBÁÑEZ, Juana, *Control de convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 113-114; OLANO, Hernán, «Teoría del Control...», *op. cit.*, p. 88.

<sup>82</sup> MOVSESIAN, Mark, «Human Rights As a Religion», *First Things*, 16.12.2015, *passim*. Disponible en <https://www.firstthings.com/blogs/firstthoughts/2015/12/human-rights-as-a-religion> [fecha de consulta: 02.03.2017].

Por iguales razones, no se concibe que un Estado pueda encontrarse al margen de estos derechos, los que le darían su razón de ser, dependiendo del compromiso que posea con los mismos su propia legitimidad. Es por eso que si los actuales derechos humanos son una especie de ‘religión laica’, se estaría en presencia de una suerte de ‘Estados confesionales’ a su respecto.

Lo anterior explica que los Estados deban colocar todos sus recursos a disposición para hacer efectivos estos derechos, no solo investigando<sup>83</sup>, juzgando<sup>84</sup>, sancionando<sup>85</sup> y reparando<sup>86</sup> posibles trasgresiones a los mismos, sino también intentando prevenir violaciones a su respecto<sup>87</sup>. Todo lo cual otorga al Estado la excusa perfecta para inmiscuirse en más y más esferas de la vida de sus ciudadanos, por privadas o incluso íntimas que estas sean. Ello, pues si los derechos humanos son el gran dogma de nuestro tiempo, en teoría nada debiera quedar al margen de su protección.

Lo anterior debe vincularse con el ‘complejo de infalibilidad’ del Derecho internacional, al menos en el caso interamericano, al estimar que este solo constituye el estándar mínimo. De esta manera, al considerarse en el fondo el único poseedor de la verdad en cuanto al contenido de los derechos humanos, le exige a los Estados hacer todos sus esfuerzos para al menos colocarse a su nivel. Y como el contenido de los Derechos locales se encuentra siempre bajo sospecha, podría también hablarse de un ‘complejo de inferioridad’ al menos de algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

<sup>83</sup> FERRER, Eduardo y PELAYO, Carlos, «La obligación de ‘respetar’...», *op. cit.*, p. 160; CASTILLA, Karlos, «Un nuevo panorama...», *op. cit.*, pp. 156-157; FERRER, Eduardo y PELAYO, Carlos, *Las obligaciones generales...*, p. 37.

<sup>84</sup> GARCÍA SAYÁN, Diego, «La recepción del...», *op. cit.*, pp. 101-104; AGUILAR, Gonzalo, «El Control de Convencionalidad de los derechos...», *op. cit.*, pp. 740-742; SOMMER, Christian, «La imprescriptibilidad de la acción reparatoria por crímenes de lesa humanidad y la responsabilidad del Estado. Comentarios sobre la jurisprudencia y la legislación argentinas», *Revista Derecho del Estado*, 41 (2018), pp. 285-315.

<sup>85</sup> CASTILLA, Karlos, «Un nuevo panorama...», *op. cit.*, pp. 156-157; FERRER, Eduardo, «Interpretación conforme y...», *op. cit.*, pp. 394-397; VIO, Eduardo, «Jurisprudencia de la Corte...», *op. cit.*, p. 327.

<sup>86</sup> CAICEDO, Eder *et al.*, «La reparación a las víctimas en Colombia: un análisis desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho penal internacional», *Revista Prolegómenos*, 23-46 (2020), pp. 71-87; LÓPEZ, María Fernanda, «El derecho a la reparación integral a las víctimas en el proceso de restitución de tierras en el marco de la justicia transicional en Colombia», *Justicia*, 24-36 (2019), pp. 102-122; RÍOS, Lucero, «La reparación de las víctimas y la justiciabilidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Medellín, Colombia), 50-133 (2020), pp. 429-453.

<sup>87</sup> MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 154; MEDINA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, p. 92; FERRER, Eduardo y PELAYO, Carlos, «La obligación de ‘respetar’...», *op. cit.*, p. 154.

Sin embargo, debe llamarse la atención en que resulta mucho más fácil para el Derecho internacional estar ‘a tono’ con los derechos humanos (sea lo que fuere que se entienda por los mismos) que al nacional, puesto que siempre se mueve en un plano teórico, al limitarse su papel, guiado por la labor de sus órganos guardianes, a determinar cuáles son estos derechos, quién los cumple y quién no. En cambio, los Estados tienen el duro rol de llevar a la práctica dichos derechos, con lo cual siempre se enfrentarán a la cruda realidad, quedando así constantemente ‘al debe’ a su respecto y probablemente, sintiéndose culpables por ello.

Por tanto, por muchos esfuerzos que haga un Estado, nunca logrará llegar al nivel de compromiso de los derechos humanos exigidos por el Derecho interamericano, al menos durante mucho tiempo, no solo por moverse este último en un ámbito teórico, sino además, porque la línea de flotación del estándar mínimo siempre está siendo elevada gracias al principio de progresividad o de no retroceso.

Todo esto es lo que ha hecho hablar de la existencia de dos órdenes jurídicos paralelos; de la consideración del internacional como superior y muy dúctil; de la existencia de un giro copernicano jurídico entre ambos, y de un control heterónimo de convencionalidad.

De esta forma, la Corte Interamericana determinaría, de manera teórica, el canon inicial e incuestionable en materia de derechos humanos para todo el continente por medio de su control externo de convencionalidad, utilizando las dúctiles reglas de interpretación que ha ido generando y las demás características de los tratados de derechos humanos (pudiendo añadir a su fundamentación también material extra-convención), canon que solo sería el estándar mínimo para toda la región. A su vez, y en virtud del principio *pro homine*, pretende que los jueces nacionales y las demás autoridades locales lo apliquen o mejoren mediante el control de convencionalidad interno, amenazando con una eventual corrección de posibles desviaciones mediante un teórico nuevo control externo.

Todo lo dicho hace que resulte más que discutible que el Sistema Interamericano tenga un carácter subsidiario, como declara permanentemente la Corte y la doctrina mayoritaria<sup>88</sup>. En realidad casi es al revés, al tener los Estados un papel meramente coadyuvante en la protección de los derechos humanos. Ello explica además, por qué el margen de apreciación nacional es casi nulo dentro del Sistema Interamericano<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Apoyan este carácter subsidiario, MORALES, Mariela, «Interamericanización como mecanismo...», *op. cit.*, pp. 453-455; VIO, Eduardo, «El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 24 (2018), pp. 100-101; IBÁÑEZ, Juana, «Control de convencionalidad: precisiones...», *op. cit.*, p. 112.

<sup>89</sup> NASH, Claudio, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11 (2018), pp. 71-100; CONTESSÉ, Jorge, «¿La última palabra?...», *op. cit.*, pp. 29-31; DULITZKY, Ariel, «An Inter-American Constitutional Court?...», *op. cit.*, pp. 78-79.

Lo importante, a fin de cuentas, es que todo este armazón en que se ha convertido el Derecho Interamericano, sus características, la falta de control y el papel que exige a los Estados, posee un fundamento material: la protección de los derechos humanos, sea lo que fuere que se entienda por los mismos en la actualidad. Sin dicho fundamento, todo este andamiaje resultaría inadmisibles y se vendría abajo.

## 5. CONCLUSIÓN

Como se ha dicho, al menos de manera teórica, el fenómeno descrito constituye un auténtico ‘giro copernicano jurídico’, en atención a la completa sujeción que se pretende acepten los ordenamientos jurídicos nacionales a manos del Derecho interamericano, del cual derivaría no solo su legitimidad, sino también su razón de ser.

Además, todo este entramado en que pretende convertirse el Derecho interamericano adolece de una absoluta falta de control, otorgando un enorme poder a sus órganos guardianes (en este caso, la Corte Interamericana), cuya labor no es fiscalizada por nadie, ni sus integrantes responden por su desempeño una vez finalizados en sus cargos.

Con todo, y más allá de la discutible legitimidad de este proceso, quisiera llamarse la atención sobre el hecho que en la actualidad, al menos algunos de los derechos humanos están lejos de tener un contenido objetivo y universal, al encontrarse en permanente construcción y reconstrucción, de la mano de la labor de estos órganos guardianes. Además, las propias características del Derecho interamericano hacen que su querer vaya eclipsando de manera creciente el contenido original de los tratados de derechos humanos acordado por los Estados en su momento.

En realidad, es tanto el poder, al menos moral de estos organismos, que muy bien podrían ser considerados los ‘censores del mundo’ contemporáneo, al poder determinar con notable libertad el contenido de los derechos humanos, quién los cumple y quién no.

En consecuencia, si se unen, por un lado, las características del Derecho interamericano y la absoluta falta de control de la labor de sus órganos guardianes y, por otro, que los derechos humanos se encuentran en permanente construcción y reconstrucción, todo ello hace que estos derechos puedan convertirse en una espada de doble filo, al depender su contenido fundamentalmente de las convicciones de quienes integren estos organismos guardianes.

Sin embargo, pese a ello, los derechos humanos siguen gozando de un enorme prestigio, produciendo casi un efecto hipnótico en nuestras sociedades, al punto que no se concibe que alguien pueda ser tan malo o vil como para estar en contra suya, al haberse convertido, según se ha dicho, en el gran dogma de nuestro tiempo. De ahí que podrían incluso intentar generar algún tipo de pensamiento único contra el cual estaría prohibido disentir.

Por tanto, lo anterior significa que este entramado en que pretende convertirse el Derecho interamericano, podría ser utilizado como una especie de caballo de Troya para imponer algún contenido ideológico determinado en la región, so pretexto de tratarse de

derechos humanos. Esta situación resultaría difícil de resistir, tanto por la absoluta falta de control ya referida, por el prestigio que aún conserva este concepto, y por el hecho de exigirse un total compromiso por parte de los Estados para imponerlos, lo que le otorga, además la excusa para inmiscuirse prácticamente en todas las esferas de la vida.

De este modo, lejos de ser una especie de ‘escudo’ para defenderse de las injerencias abusivas del Estado, tanto por las características del Derecho interamericano como por no tener un contenido objetivo y universal, los actuales derechos humanos podrían ser utilizados por dicho Estado para imponer un pensamiento único con visos totalitarios, por contradictorio que ello resulte, convirtiéndolos así en un sutil pero efectivo instrumento de dominación.



**ECOPOPULISMO Y PROSOPOPEYA**

**De la retórica de Gaia a la constitucionalización de la Pacha Mama<sup>1</sup>**

Alfonso García Figueroa<sup>2</sup>

**1. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES Y CONSECUENTES**

Desde que Christopher STONE<sup>3</sup> publicó su célebre defensa de los derechos de la naturaleza en 1972, la estrategia de preservación del medio ambiente mediante el reconocimiento de derechos a la naturaleza o a parte de ella ha ganado en adeptos e implantación institucional hasta alcanzar en 2008 nada menos que estatus constitucional en la República del Ecuador. La «Constitución de Montecristi» (así llamada en atención a la ciudad donde se celebró el debate constituyente) reza así en su artículo 71.1: «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado de la colaboración del autor con el proyecto *Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política* (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033. Agradezco muy especialmente al Prof. Dr. Pedro Serna la oportunidad de presentar un primer esbozo de mis ideas en una conferencia ante su grupo de investigación en el Simposio Internacional «Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política» en la Facultad de Derecho de Coruña, el 13 de octubre de 2022. Debo agradecer asimismo al Rector del Colegio de España en Bolonia, Prof. Dr. Juan Gutiérrez, su invitación para presentar a sus colegas el 24 de marzo de 2023 una síntesis de mis planteamientos con mi conferencia titulada «El discurso sobre los derechos de la naturaleza y los riesgos del ecopopulismo», dentro del seminario «Igualdad, Inclusión y Ecología como nuevos metaprincipios». Una primera versión de este artículo («Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo») se publica en la revista *Parlamento y Constitución* 24 (2023), en prensa. Aquí se reformulan las ideas principales actualizando algunas fuentes y reordenando la argumentación en atención a algunos resultados ulteriores de mi trabajo «Gaia y sus hermanas. Andanzas de una fabulación entre la ciencia, la política y el Derecho», presentado al *I Congreso Internacional de Derecho y Literatura* celebrado en el campus orensano de la Universidad de Vigo, el 6 de octubre de 2023. El texto, en prensa, se publicará en el número 26 de la revista *Jus Fugit*.

<sup>2</sup> Universidad de Castilla-La Mancha

<sup>3</sup> Vid. STONE, Christopher, «Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects», *Southern California Law Review*, 45 (1972), pp. 450-501; p. 483.

vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos». De tal manera, este reconocimiento de derechos a la naturaleza consagra constitucionalmente la sustitución de un paradigma antropocéntrico de los derechos por un paradigma biocéntrico y además asocia tal reconocimiento a una determinada filosofía o cosmovisión, un *ethos* indígena al que se denomina habitualmente «buen vivir» (*sumak kawsay*, en lengua quechua; *suma qamaña*, en aymara<sup>4</sup>).

La audaz constitucionalización ecuatoriana de los derechos de la naturaleza había sido precedida de otras iniciativas algo más contenidas en otras constituciones latinoamericanas<sup>5</sup> y a ella le ha seguido la creación del primer Tribunal Ético por los Derechos de la Naturaleza con sesiones celebradas en Quito (2014), Lima (2014), París (2015), Bonn (2017), Chile (2019) y Glasgow (2021)<sup>6</sup>. Ciertamente, tras las vistas por el viejo continente, se adivina una notable receptividad<sup>7</sup> en el corazón de Occidente que, sin embargo, conviene matizar; puesto que, en realidad, el constituyente de Montecristi reviste con la especial idiosincrasia indígena un cuerpo de reflexiones previas y se apoya en una serie de precedentes dispersos por todo el mundo y ello singularmente incluye —que todo hay que decirlo— esa imprecisa y denostada área cultural y geográfica conocida vagamente como «Occidente».

En efecto, el cuerpo de teorías previas con el que la constitucionalización ecuatoriana de los derechos de la naturaleza guarda una deuda intelectual está conformado,

<sup>4</sup> Alberto ACOSTA nos informa de que el concepto presenta su correspondencia en otras culturas indígenas como los mapuches chilenos, los guaraníes bolivianos y paraguayos, los kunas panameños, los achuar de la Amazonia ecuatoriana, así como entre los mayas de Guatemala y Chiapas (México) (COSTA, Alberto, *El Buen Vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, Barcelona, Icaria, 2013, p. 55).

<sup>5</sup> En principio, la constitución boliviana de 2009 no resulta equiparable a la ecuatoriana en este aspecto, porque —puntualiza Tomás VIDAL— «la constitución boliviana se limita a recoger en su preámbulo los conceptos de Pacha Mama y Buen vivir (...), pero sin que luego asomen en la parte dispositiva del texto constitucional más allá de normas atinentes a la protección del medio ambiente en un sentido convencional» (VIDAL, Tomás, «Sombras en el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza en Latinoamérica: especial consideración de la constitución ecológica de Ecuador», en Francisco Javier Díaz Revorio y Magdalena González Jiménez (dirs.), *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 159-201, p. 162). En el mismo sentido se pronuncia Alberto ACOSTA, subrayando la singularidad de la Constitución de Montecristi (Vid. ACOSTA, Alberto, *El Buen Vivir, op. cit.*, pp. 102, 124). Eugenio ZAFFARONI resta importancia a tales diferencias y considera que, si bien la Constitución boliviana presenta una apariencia meramente «ambientalista», inscribiendo la protección del medio ambiente entre los derechos sociales y económicos, sí que comporta implícitamente un reconocimiento de derechos a la naturaleza (ZAFFARONI, Eugenio R., *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Editorial Madres de la Plaza de Mayo, 2017, pp. 108 ss.).

<sup>6</sup> Vid. la página web del *Rights of Nature Tribunal* <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/?lang=es#>>.

<sup>7</sup> Vid. BORRÁS, Susana, «Los derechos de la naturaleza en Europa: hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65 (2020), pp. 79-120.

a juicio de uno de sus principales valedores, Alberto ACOSTA<sup>8</sup>, por las ideas de autores como Christopher STONE, Albert SCHWEITZER, Jörg LEIMBACHER, Godofredo STUTZIO, Aldo LEOPARD, Peter SALADIN, James LOVELOCK, Lynn MARGULIS, Elisabet SAHTOURIS, José LUTZENBERG, Raúl ZAFFARONI, Ramiro ÁVILA o Cormac CUILLINAN. En otro lugar, el propio ACOSTA amplía considerablemente la nómina de pensadores afines para incluir específicamente a los cercanos a la doctrina del buen vivir<sup>9</sup>.

Desde luego, el elenco podría aún proseguir con autores que guardan un cierto parentesco metodológico. Por ejemplo, se ha reconocido<sup>10</sup> la sintonía con los planteamientos, ciertamente heterodoxos, del llamado «perspectivismo amerindio» de VIVEIROS DE CASTRO<sup>11</sup> y, a mi modo de ver, entre las posturas afines bien podrían contarse (en diversos grado y razón), el neojusnaturalismo implícito en las tesis de Lorenzo PEÑA<sup>12</sup>, así como la epistemología del Sur y la sociología de las ausencias de Boaventura DE SOUSA SANTOS<sup>13</sup> o incluso ciertas doctrinas sociales como la teoría de la liberación en su giro decolonial de DUSSEL<sup>14</sup> y todo ello sin olvidar las contribuciones tan relevantes de Hans JONAS en su momento<sup>15</sup>. Recientemente, desde España, el constitucionalista Javier DÍAZ REVORIO ha desarrollado un estimable esfuerzo de conciliación del nuevo paradigma biocéntrico con la filosofía de los derechos humanos<sup>16</sup> y, bien pensado, el mismísimo Papa Francisco, autor de la encíclica *Laudato Si'*, se ha expuesto a

<sup>8</sup> ACOSTA, Alberto, «Constitución constituyente de los derechos de la Naturaleza. Repensando una historia con mucho futuro», en ESTUPIÑÁN, Liliana *et al.* (eds.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, pp. 155-206; p. 176.

<sup>9</sup> Se trata de Gandhi, Nicholas Georgescu-Roegen, Iván Illich, Jose Carlos Mariátegui, Celso Furtado, André Gunder Franck, Manuel Sacristán, Ernest Friedrich Schumacher, Arness Naess, Samir Amin, Enrique Leff, Wolfgang Sachs, Aníbal Quijano, Herman Daly, Vandana Schiva, José María Tortosa, Jürgen Schuldt, Eduardo Gudynas, Joan Martínez Allier, Manuel Naredo, Antonio Escobar, Roberto Guimaraes, José Luis Coraggio, Manfred Max-Neef, Antonio Elizalde, Edgardo Lander, Enrique Leff, Gustavo Esteva, François Houtart, Ana Esther Ceceña, Víctor Breton, Cristóbal Kay, Theotonio Dos Santos, Raúl Prada Alcreza, Luis Tapia, Oscar Vega, Héctor Alimonda y Serge Latouche (*Vid.* ACOSTA, Alberto, *El Buen Vivir*, cit., p. 63).

<sup>10</sup> *Vid.* STORINI, Claudio y QUIZHPE, Fausto, «Hacia otro fundamento de los derechos de la Naturaleza», en ESTUPIÑÁN, Liliana *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 49-69; pp. 57 ss.

<sup>11</sup> *Vid.* VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo, *Metafísicas canibales. Líneas de antropología postestructural*, Buenos Aires, Katz, 2010.

<sup>12</sup> *Vid.* PEÑA, Lorenzo, *Visión lógica del derecho*, Madrid, Plaza y Valdés, 2017.

<sup>13</sup> *Vid.* e. g. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, A.E. Ceceña (trad.), Madrid, Trotta, 2005, cap. 4, y muy significativamente su laudatorio prólogo a ACOSTA, Alberto, *El Buen Vivir*, *op. cit.*, pp. 9-11.

<sup>14</sup> *Vid.* e. g. DUSSEL, Eduardo, *La filosofía del Sur. Descolonización y transmodernidad*, México, Akal, 2017, cap. 2.

<sup>15</sup> *Vid.*, e. g., JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Javier M. Fernández Retenaga (trad.), Barcelona, Herder, 1995.

<sup>16</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, «Derechos humanos y derechos de la naturaleza: a la búsqueda de un fundamento común», en Francisco Javier Díaz Revorio y Magdalena González Jiménez (dirs.), *op. cit.*, pp. 125-168.

acusaciones de «idolatría»<sup>17</sup> por su significativa colaboración en ritos amazónicos<sup>18</sup>. En suma, la llamada «minga de Montecristi» (como se conoce a la celebración festiva asociada al proceso constituyente) está arropada por un amplísimo grupo de activistas, teóricos y pensadores; si bien hay que reconocer que pocos de ellos son «indígenas» en el sentido, quizá no muy preciso, en que suele emplearse este término entre los propios indigenistas.

En cuanto a sus precedentes legislativos, se habían plasmado previa y prácticamente en el reconocimiento de derechos a los ríos Ganges o Yamuna en la India, al Whanganui de Nueva Zelanda<sup>19</sup>, así como a ciertos humedales y acuíferos de las ciudades estadounidenses de Barnstead, Spokane o Pittsburgh<sup>20</sup>. También en los EE.UU. se habían reconocido derechos al lago Erie, a las Montañas Rocosas, al Desierto de Nevada y, de vuelta en Nueva Zelanda, al Parque Nacional Te Urewera<sup>21</sup>. No es de extrañar, en fin, que en el ámbito del *Common Law* algunos juristas hayan ya reescrito «con perspectiva ecologista» (*Earth-Centered perspective*) ciertas decisiones jurisdiccionales para ilustrar y reivindicar la trascendencia práctica de lo que el ya citado CUILLINAN ha denominado «*Wild Law*»<sup>22</sup>. Más recientemente y ya entre los consecuentes de Montecristi, cabe destacar entre nosotros cómo la reciente Ley 19/2022, de 30 de septiembre reconoce en España personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca<sup>23</sup>.

Por tanto, esta defensa de los derechos de la naturaleza no representa en realidad un fenómeno nuevo, ni aislado, ni tampoco privativo de Iberoamérica o de movimientos

<sup>17</sup> Vid. BUDZINSKI, Andrzej Stanislaw, *Papa Francesco Idolatra? Pachamama!*, Verona, Tektime, 2019.

<sup>18</sup> Vid. COLELLA, Luigi, «Integral Ecology and Environmental Law in the Anthropocene. The Perspective of the Catholic Church», en Domenico Amirante y Silvia Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Nueva York, Routledge, 2022, cap. 1.

<sup>19</sup> Vid. WOLKMER, Antonio Carlos, WOLKMER, María de Fátima S. y FERRAZZO, Débora, «Derechos de la naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde la América Latina», en ESTUPIÑÁN, Liliana et al. (eds.), *op. cit.*, pp. 71-108; p. 99.

<sup>20</sup> De lo que nos da cuenta MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, «Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derecho», en ESTUPIÑÁN, Liliana et al. (eds.), *op. cit.*, pp. 31-47; pp. 32 y 35 s.

<sup>21</sup> Vid. ACOSTA, Alberto, «Constitución constituyente de los derechos de la Naturaleza», *op. cit.*, p. 189.

<sup>22</sup> Vid. ROGERS, Nicole y MALONEY, Michelle, *Law as if Earth Really Mattered. The Wild Law Judgment Project*, Nueva York, Routledge, 2017.

<sup>23</sup> En sentido crítico, vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un “embrollo jurídico”», en *GA\_P* (2022) pp. 1-12 <[https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/10/Mar\\_Menor\\_persona\\_juridica.pdf](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/10/Mar_Menor_persona_juridica.pdf)>. Por mi parte, desearía remitirme a sendos trabajos a propósito de esta novedad legislativa: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Las falacias del Mar Menor», *Acento Local*, 02/11/2022 <<https://www.gobiernolocal.org/acento-local/las-falacias-del-mar-menor/>> y, del mismo, «Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor», *Almacén de Derecho*, 27/09/2022 <<https://almacenederecho.org/category/autor/alfonso-garcia-figueroa/>>.

indigenistas; aunque sí cabe afirmar que, tanto por su arraigo como por su ulterior plasmación en textos constitucionales, la defensa de los derechos de la naturaleza forma parte esencial de un nuevo «paradigma andino»<sup>24</sup>. Se trata de un «constitucionalismo natural»<sup>25</sup>, al que ya se acostumbra denominar «nuevo constitucionalismo latinoamericano» o «neoconstitucionalismo andino»<sup>26</sup> y cuya vocación redentora se aprecia en su calificación como «neoconstitucionalismo transformador»<sup>27</sup>.

La fundamentación de los derechos de la naturaleza tendente a la consolidación de este «animismo ilustrado»<sup>28</sup>, que subyace a la defensa de los derechos de la naturaleza, ha recurrido en síntesis a dos líneas de fundamentación distintas: una fundamentación de corte pragmatista y una fundamentación ecoteológica. Mi tesis central aquí es que la fundamentación pragmatista que justifica el reconocimiento de derechos a la naturaleza por cierta utilidad puede ser aceptable como estrategia retórica en ciertos casos y en un plano fundamentalmente político; pero la fundamentación ecoteológica presenta muchos más inconvenientes; en especial, cuando, como en el caso de la Pacha Mama, su constitucionalización contribuye a la más o menos velada imposición a la sociedad de cosmovisiones particulares. La personificación de la naturaleza que sugiere la imagen de Gaia parece responder en principio a una fundamentación pragmatista y presenta una vocación eminentemente política, mientras que la imagen de Pacha Mama presenta una más decidida vocación ecoteológica y ha alcanzado relevancia constitucional.

## 2. LA FUNDAMENTACIÓN PRAGMATISTA Y UNA ESTRATEGIA RETÓRICA DE ÉXITO PLANETARIO: GAIA

La fundamentación pragmatista justifica la invocación de los derechos de la naturaleza por su utilidad. Desde esta perspectiva, su reconocimiento bien pudiera constituir,

<sup>24</sup> PAVANI, Giorgia, «Los derechos de la Naturaleza, el territorio y la plurinación», prólogo a ESTUPIÑÁN, Liliana *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 17-27, p. 25.

<sup>25</sup> DE PRADA, Aurelio, «Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama», *CEFD*, 27 (2013), pp. 81-95; p. 84.

<sup>26</sup> *Vid.* ÁVILA, Ramiro, «Los derechos humanos y los derechos de la Naturaleza en el neoconstitucionalismo andino. Hacia un necesario y urgente cambio de paradigma», en ESTUPIÑÁN, Liliana *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 109-134. El marbete «neoconstitucionalismo» ha sido especialmente criticado por ATIENZA, Manuel, «Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)», *i-Latina* 1 (2019), pp. 1-8 <[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/103530/1/2019\\_Atienza\\_Revista-i-Latina.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/103530/1/2019_Atienza_Revista-i-Latina.pdf)>, en debate con GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «En defensa de «neoconstitucionalismo» y del neoconstitucionalismo», *i-Latina* n.º 1, 2019, pp. 1-16 <<https://www.cervantesvirtual.com/portales/hemeroteca/obra/en-defensa-de-neoconstitucionalismo-y-del-neoconstitucionalismo-985517/>>.

<sup>27</sup> ACOSTA, Alberto, *El Buen Vivir*; *op. cit.*, p. 126.

<sup>28</sup> *Vid.* ADLOFF, Frank. y BUSSE, Tanya, «Welche Rechte braucht die Natur? Eine Einleitung und ein Vorschlag», en Frank Adloff y Tanya Busse (eds.), *Welche Rechte braucht die Natur?*, Fráncfort del Meno, Campus, 2021, §1.4.

por ejemplo, un medio de resolución de disputas. Mihnea TĂNĂSESCU<sup>29</sup> nos lo ilustra con el caso de Te Urewera en Nueva Zelanda, donde la larga sucesión de interpretaciones del tratado Waitangi entre los jefes maoríes y los ingleses desde el siglo XVIII debe afrontar un problema de traducción. Por ejemplo, «soberanía» en la versión maorí del tratado recibe el nombre de «*tino rangatiratanga*», que incorpora un aspecto espiritual. En esas circunstancias, un medio para resolver ciertas diferencias consistiría en recurrir *pragmáticamente* al reconocimiento de personalidad jurídica al espacio natural de Te Urewera. De tal manera, el recurso a los derechos de la naturaleza —estos ciertamente controvertidos, pero al mismo tiempo culturalmente híbridos— resultaría fructífero en el diálogo intercultural. En suma, la aproximación pragmatista ve en los derechos de la naturaleza más «*political arrangement*» que «*legal innovation*»<sup>30</sup>.

La estrategia de personificar la naturaleza puede operar de manera similar y quizá haya sido el recurso a Gaia o Gea<sup>31</sup> el caso más célebre. «Gaia» fue el nombre elegido por el científico James LOVELOCK<sup>32</sup> para denominar su hipótesis de que la Tierra es un sistema que de algún modo se autorregula<sup>33</sup>. Quizá buena parte del éxito planetario de las tesis de LOVELOCK se deba precisamente a esta denominación, que le fue sugerida por el célebre escritor William GOLDING (el autor de *El señor de las moscas*<sup>34</sup>) durante un paseo a finales de los años sesenta por el pueblo inglés de Bowerchalke (Wiltshire).

A pesar de que algunos autores reconocen una relación íntima entre el recurso a Gaia y el recurso a Pacha Mama —«Gaia es la Pachamama», afirma rotundo ZAFFARONI<sup>35</sup>—, creo que existen notables diferencias entre ambas manifestaciones del mito y en su vinculación al Derecho. A diferencia de Pacha Mama —que conlleva expresamente la cosmovisión particular de un credo vigente, así como un *ethos* específico (*sumak kawsay*) que se incorpora a la Constitución en su preámbulo— el recurso al mito griego de Gaia se justifica pragmáticamente en un plano político como instrumento para crear un vínculo literario de la ciencia con la política y el Derecho. Como vamos a ver, Gaia sutura en un plano retórico la brecha entre ser y deber, juicios descriptivos y juicios prescriptivos, tecnociencia y política<sup>36</sup>. Desde el punto de vista de las relaciones entre Derecho y literatura, Gaia ilustra así una función típica de la literatura para el Derecho,

<sup>29</sup> TĂNĂSESCU, Mihnea, *Understanding the Rights of Nature. A Critical introduction*, Bielefeld, Transcript, 2022, pp. 75 ss.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>31</sup> Así lo sostengo en «Gaia y sus hermanas», cit.

<sup>32</sup> LOVELOCK, James, *We Belong to Gaia*. Londres, Penguin, 2006, pp. 62 ss.

<sup>33</sup> LOVELOCK James, *La venganza de la Tierra. La teoría de Gaia y el futuro de la humanidad*, trad. M. García Puig (trad.), Barcelona, Planeta, 2020, p. 211.

<sup>34</sup> GOLDING, William, *The Lord of Flies*, Londres, Faber & Faber, 2002.

<sup>35</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 89.

<sup>36</sup> Me remito a lo mi trabajo «Gaia y sus hermanas», *op. cit.*

que alguna vez ha sido condensada en el lema: «entre describir y prescribir, narrar»<sup>37</sup>. Así es como Gaia facilita retóricamente el tránsito de la ecología (un sistema de juicios descriptivos) al ecologismo (un sistema de juicios prescriptivos). Gaia, en suma, procura un relato y tal ardid retórico presupone que, sin imprimirle fuerza literaria a la premisa científica (no siempre accesible a todos los ciudadanos), quizá no habría sido posible lograr el mismo impacto, ni aspirar al mismo compromiso cívico. Cuando GRAMSCI nos decía que el pueblo solo sabe vivir la filosofía como una religión («en las masas en cuanto tales la filosofía no puede vivirse, sino como una fe»<sup>38</sup>), él estaba subrayando a su manera este presupuesto, que los populistas de hoy han sabido aprovechar para alcanzar el poder y consolidarse en él. En este contexto, quizá fuera posible destacar ahora dos funciones del mito de Gaia, de diverso interés para nosotros: una función heurística en la ciencia y una función ético-política entre los ciudadanos.

La función heurística constituye una función en el interior de la propia ciencia, puesto que Gaia es la imagen que busca conferir unidad a una hipótesis científica, cuyas premisas son ciertamente complejas. La hipótesis consiste en que la biosfera se autorregula de un modo que no resulta fácil esclarecer y a estos efectos cabe establecer la hipótesis Gaia a partir de un razonamiento típicamente abductivo<sup>39</sup>:

e es un conjunto de datos, hechos, observaciones... comprobados  
h explica e (si h fuera verdadera, e habría ocurrido),  
ninguna otra hipótesis explica e tan bien como lo hace h.

---

Por tanto, es bastante seguro que h

Existen diversas observaciones o experimentos de LOVELOCK que constituirían el conjunto de hechos e. Por ejemplo, uno de los experimentos más conocidos de LOVELOCK es el del mundo de margaritas («Daisyworld»). Se trata de un modelo construido mediante ordenador y poblado exclusivamente por margaritas blancas y negras que son iluminadas por la luz de una estrella semejante a nuestro sol a lo largo de una evolución de millones de años. El resultado final es que las margaritas dan lugar a una temperatura más fresca y favorable a la vida pese a la radiación. Desde luego, ello no supone aceptar presupuestos místicos o divinos, ni supone atribuir consciencia a las margaritas<sup>40</sup>; pero, dada la complejidad de las relaciones causales involucradas,

<sup>37</sup> En palabras de RICOEUR: «entre *décrire et prescrire, raconter*» (apud OST, François, *Raconter la Loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, París, 2004, p. 33).

<sup>38</sup> GRAMSCI, Antonio, *Escritos. Antología*, César Rendueles (ed.), Madrid, Alianza, 2017, p. 295.

<sup>39</sup> ALISEDA, Atocha, *Voz «abducción»*, en VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 17-21, p. 19.

<sup>40</sup> Sobre este aspecto del experimento, bien descrito por ella misma, insiste MARGULIS, Lynn, *Symbiotic Planet. A New Look at Evolution*, Amherst (Mass.), Basic Books, p. 126.

el recurso a una personificación puede representar un recurso explicativo, siquiera un nombre.

Gaia (h en el razonamiento abductivo) es entonces el modo de referirse a una hipótesis que presenta alta probabilidad, pero que no es posible demostrar en toda su extensión. A falta de otra alternativa (tercera premisa del razonamiento abductivo), LOVELOCK considera su hipótesis bastante segura (conclusión del razonamiento). Sin embargo, en la argumentación de LOVELOCK se aprecia a partir de cierto momento un salto lógico, concretamente cuando se muestra firme defensor de la intuición y llega a defender en este sentido un «ecologismo intuitivo»<sup>41</sup>. Gaia representa así, en la lectura más caritativa posible en un plano científico, un instrumento al servicio de la *inventium*, más que del *judicium*. Desde este punto de vista, Gaia contribuye a agitar literariamente una intuición, que puede desplegarse durante la indagación para impulsar el conocimiento y generar hipótesis en el llamado «contexto de descubrimiento», por más que todavía no responda a una demostración sólidamente articulada y validada en el «contexto de justificación»<sup>42</sup>.

Sin embargo y como era de esperar, el recurso a una metáfora referida a una diosa como Gaia desagradó desde el principio a muchos científicos en la misma medida en que fascinó a movimientos *New Age* y ambas cosas para descrédito de la hipótesis científica de LOVELOCK. Se cuenta que entre los científicos, John Maynard SMITH exclamó: «¡Qué nombre tan espantoso para denominar una teoría!»<sup>43</sup> e incluso una colega de LOVELOCK tan afín a él como Lynn MARGULIS escribe que «lamenta esta personificación»<sup>44</sup> de la biosfera que supone Gaia, precisamente porque para esta investigadora «la hipótesis Gaia es ciencia»<sup>45</sup>. Sin embargo, quizá haya algo intrínsecamente poco científico en tales reacciones. Después de todo, un nombre es solo un nombre, una convención. Desde este punto de vista, que el nombre provoque una reacción emocional en un científico tiene, a primera vista, algo de performativamente contradictorio. Presumiblemente, si existe una reacción contra el nombre de una hipótesis como Gaia es porque se acepta su relevancia y se asume que los nombres pueden interferir en la ciencia, pese a ser meras convenciones. En otras palabras, esta reacción pareciera

<sup>41</sup> LOVELOCK, James, *La venganza de la Tierra*, *op. cit.*, p. 203

<sup>42</sup> La célebre distinción habitualmente asociada a Hans Reichenbach es bien conocida entre los juristas gracias a la pujante teoría de la argumentación de Alexy y MacCormick, que la tomaron como eje de sus planteamientos para reservar relevancia al contexto de justificación (las razones de las decisiones) y no a al contexto de descubrimiento (donde figuran las explicaciones de corte biológico, psicológico, sociológico o ideológico de las decisiones jurisdiccionales). Para una introducción a esta cuestión, me remito a GASCÓN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, cap. 5.

<sup>43</sup> Apud LOVELOCK, James, *Homenaje a Gaia. La vida de un científico independiente*, J.L. Gil Aristu (trad.), Pamplona, Laetoli, 2005, introd.

<sup>44</sup> MARGULIS, Lynn, *op. cit.*, p. 118. Ella describe el experimento del mundo de margaritas en pp. 126 ss.

<sup>45</sup> *Ibid.* p. 123.



indicar que los científicos han interiorizado precisamente el presupuesto que están censurando, a saber: que la ciencia no desarrolle una función esencialmente descriptiva o que, al menos, esté intensamente expuesta a un uso no meramente descriptivo, que conviene controlar. Por lo demás, entre quienes sí acepten una concepción de la ciencia normativamente comprometida, Gaia debería contar con su aprobación dado que es precisamente este espíritu el que animaba a LOVELOCK a perseverar en el recurso a esta imagen. Él pretendía convertir sus tesis científicas en premisas de las políticas públicas y ello no parece irrazonable en términos políticos. Ante este panorama, LOVELOCK, el científico, no solo aclaró que «Gaia es un sistema fisiológico porque *parece tener el objetivo inconsciente* de regular el clima y la química de forma que resulten adecuados para la vida»<sup>46</sup> (cursivas mías), sino que también ingenió<sup>47</sup> para su hipótesis otras denominaciones alternativas, más del agrado de sus colegas científicos como, por ejemplo, «geofisiología»<sup>48</sup>, «Ciencia del Sistema de la Tierra» o también «hipótesis B.U.S.T.» (*Biocybernetic Universal System Tendency*)<sup>49</sup>.

Por tanto, si «Gaia» es una mera convención lingüística, un nombre con que designar una hipótesis, entonces nada cabría objetar en principio a tal denominación. Gaia no representaría, a lo sumo, sino un instrumento más de la imaginación para promover el conocimiento; pero sin aspiraciones demostrativas. Dicho aún de otro modo, presentaría relevancia en el contexto de descubrimiento de una teoría como razonamiento abductivo<sup>50</sup>, pero no en el contexto de justificación, donde el razonamiento debe ser rigurosamente demostrativo. Sin embargo, es asimismo cierto que, pese a las vehementes advertencias de sus irritados colegas, el *activista* LOVELOCK no solo no se contuvo, sino que se recreó en su descomunal prosopopeya —quizá más allá de lo necesario— afirmando que Gaia acabará algún día por vengarse, si no hacemos nada por remediarlo. Por ejemplo, dada nuestra pusilanimidad ante la inminencia del desastre climático (que para él justifica sobradamente el recurso a la energía nuclear<sup>51</sup>), LOVELOCK nos advierte de que Gaia, como una viejecita alterada por unos vándalos adolescentes, «se enfadará y, si no dejamos de comportarnos como gamberros, acabará por echarnos de casa»<sup>52</sup>. Esto viene a confirmarnos, en fin, que en LOVELOCK simplemente conviven dos almas: la del científico ecólogo que busca el rigor y la del ecologista militante que busca la

<sup>46</sup> LOVELOCK, James, *La venganza de la Tierra*, op. cit., p. 37.

<sup>47</sup> LOVELOCK, James, *Homenaje a Gaia*, op. cit., cap. 9 in fine

<sup>48</sup> Vid. MARGULIS, Lynn, op. cit., p. 118.

<sup>49</sup> Vid. RILEY, Grant J., «Gaia: 25 Years of Living with a Theory». En Academia <<https://academia.edu/resource/work/8039774>>.

<sup>50</sup> Sobre la relevancia de la abducción especialmente en el ámbito jurídico, vid. BONORINO, Pablo R., «La abducción como argumento», *AFD* (2012), pp. 143-162.

<sup>51</sup> LOVELOCK, James, *La venganza de la Tierra*, op. cit., cap. 5.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 79

persuasión literariamente<sup>53</sup>. Aquí entra en juego, así pues, la utilidad ética, política y jurídica de Gaia con su fundamento pragmatista, pero ello comporta al mismo tiempo cierta aproximación, más o menos consciente y querida, a la fundamentación ecoteológica de los derechos de la naturaleza. En este punto, el recurso a Gaia presenta una utilidad práctica, ciertamente; pero también late en él una dimensión ecoteológica, como cuando LOVELOCK asimila la metáfora de Gaia a la «comprensión intuitiva de Dios»<sup>54</sup>.

Todo ello queda patente en el capítulo noveno de *La venganza de Gaia*, donde LOVELOCK reconoce que su propósito último es combatir «la extendida creencia de que la Tierra es una propiedad, una finca, que existe para ser explotada por la humanidad. Esa falsa convicción de que somos propietarios del planeta...»<sup>55</sup>. Por tanto, la metáfora de Gaia nos revela por fin su explícita virtualidad retórica y práctica en un lenguaje intensamente jurídico, pero también jusnaturalista. Su verdadera aspiración consiste en que la Tierra deje de ser contemplada como una propiedad y a cambio sea concebida como una entidad *extra commercium*. Se trata del primer paso para reconocer a la naturaleza una sacralidad, que presenta una dimensión ecoteológica.

Aquí podría asaltarnos una duda: ¿por qué el discurso ecologista tiende a *teologizarse* cuando pretende adquirir fuerza normativa? Al plantear esta cuestión, no solo estamos preguntándonos por el concreto papel de Gaia en el discurso ecologista. En realidad, también nos estamos replanteando el alcance de la religión en las sociedades actuales. Pese a creernos inmersos en sociedades desencantadas, el caso Gaia (y, sobre todo, el caso Pacha Mama del que me ocuparé algo más adelante) tiende a persuadirnos de que nos hallamos en un proceso de re-encantamiento de nuestras sociedades que, no por casualidad, coincide con el auge de los populismos. Veámoslo con algo más de detenimiento.

En principio, la ciencia es *por sí sola* normativamente inerte. Describe el mundo, pero no lo transforma, salvo —claro está— si concebimos el mundo, la naturaleza, como la manifestación de un plan divino. En tal caso, la naturaleza se torna, como diría Mircea ELIADE, «transparente»<sup>56</sup>. Evidentemente, eso es lo que sucede típicamente con el pensamiento religioso, cuando sostiene que a través de la naturaleza se nos revela la voluntad de Dios. En su célebre «poema filosófico», «Los dioses de Grecia»<sup>57</sup>, Schiller nos ilustra nostálgicamente cómo se *transparentaba* la voluntad divina tras los fenómenos de la naturaleza en la antigua Grecia:

Donde ahora solo —dicen nuestros sabios—,

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 212 ss.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 202

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>56</sup> M. ELIADE, *Le sacré et le profane*, París, Gallimard, 1965, p. 112.

<sup>57</sup> Von SCHILLER, Friedrich, *Seis poemas «filosóficos» y cuatro textos sobre la dramaturgia y la tragedia*, M. Zubiria (trad. del poema), Valencia, MuVIM, 2005, p. 24.

de fuego una bola inanimada gira,  
entonces su carro guiaba, de oro,  
Helio con serena majestad.

Análoga y más recientemente, tras el violento terremoto, se transparenta la voluntad de un dios iracundo cuando exige ofrendas a los seres humanos (pensemos en el trágico sacrificio de un niño de cinco años en la ciudad chilena de Valdivia, donde la *machi* Juana Namuncura había encargado su asesinato a fin de apaciguar la ira de los dioses, revelada en un devastador terremoto de 9.5 grados en la escala de Richter<sup>58</sup>). Sin ir más lejos y por aducir un ejemplo más actual, la encíclica *Laudato Si'* del Papa Francisco<sup>59</sup> ilustra tal «transparencia» cuando afirma que «(t)odo el universo material es un lenguaje del amor de Dios»<sup>60</sup>. En otras palabras, Dios nos habla y nos guía *a través de la naturaleza*. Y así es, en definitiva, como a través de la actual crisis climática (lo acabamos de ver), se transparentaría análogamente la voluntad de Gaia y el anuncio de su «venganza», según nos cuenta LOVELOCK. Desde este punto de vista estructural, el recurso a Gaia presenta un aroma claramente religioso.

En efecto, en un mundo «desencantado» (por recurrir una vez más a la idea de WEBER) la naturaleza se habría tornado muda u opaca, puesto que ya no hallamos voluntad alguna tras la naturaleza. Pero entonces la necesidad de buscar en una diosa como Gea, una personificación que le permita a la naturaleza volver a ser fuente de normatividad, tiende a persuadirnos de que tal «desencantamiento» del mundo no se ha consumado, ni mucho menos. Muy probablemente tuviera razón entonces el sedicente «ateólogo», Michel ONFRAY cuando afirmaba lo siguiente: «Dios muerto supondría la nada domesticada. Estamos a años luz de un progreso ontológico como ése (...) Dios durará tanto como las razones que lo hacen existir»<sup>61</sup>. Pareciera, en fin, que hoy solo así, a través del mito, puede transformarse el quietismo contemplativo de la ciencia en acción política y fuerza transformadora dentro de un orden re-encantado. Como es bien sabido, esta estrategia ecoteológica comporta sacrificios para muchos de los más asentados principios del racionalismo ilustrado sobre el que se edifica la filosofía de los derechos humanos y tal sacrificio es más grave cuando se institucionaliza a nivel

<sup>58</sup> Del trágico episodio que tuvo lugar en 1960 nos da cuenta PINOCHET CANTWELL, Francisco, «¿Sería legal sacrificar un niño en el sistema penal indígena de la propuesta de Constitución?», *Diario Estrategia*, 31/08/2022 <<http://www.diarioestrategia.cl/texto-diario/mostrar/3871266/seria-legal-sacrificar-nino-sistema-penal-indigena-propuesta-constitucion>>.

<sup>59</sup> La *Carta encíclica Laudato si' del santo padre Francisco sobre el cuidado de la casa común* puede verse en <[https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_encyclica-laudato-si.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si.html)>

<sup>60</sup> *Ibid.* § 89

<sup>61</sup> ONFRAY, Michel, *Tratado de ateología*, L. Freire (trad.), Barcelona, Anagrama, 2006, pp. 31 ss.

constitucional. Es lo que, a mi modo de ver, ha sucedido flagrantemente en el caso de la Pacha Mama en la República del Ecuador.

### 3. LA FUNDAMENTACIÓN ECOTEOLÓGICA, IDÓNEA PARA UN ESTADO NEOCONFESIONAL Y POPULISTA

Como acabamos de ver, la aproximación pragmatista puede jugar un papel hasta cierto punto legítimo en el discurso de los derechos de la naturaleza. Sin embargo, en principio, la fundamentación de los derechos de la naturaleza dominante no es la pragmatista, sino más bien la fundamentación «ecoteológica». Y digo «en principio», porque cierto espíritu pragmatista impregna a menudo la fundamentación ecoteológica, y a menudo de manera poco edificante. Es decir, a menudo la fundamentación ecoteológica resulta finalmente pragmatista en el sentido amplio de que *sirve*, de que es útil dada la inmensa fuerza retórica acumulada por la religión a lo largo de su historia. Sin embargo, es asimismo cierto que tal fundamentación ecoteológica puede resultar útil también para fines poco loables. En relación con la estimable utilidad que una concepción ecoteológica puede presentar, la religión puede prestar un servicio considerable a la hora de legitimar *entre sus fieles* políticas que preserven el medio ambiente y así contribuir a su impulso. Y, de hecho, esta vía intermedia a caballo entre lo pragmatista y lo teológico se ha explorado buscando así los beneficios de cierta «creatividad religiosa» en la fundamentación del discurso ecologista<sup>62</sup>. Sin embargo, es asimismo cierto que la utilidad de la concepción teológica de la ecología puede resultar tan espuria e inconfesable como los intereses de los gobernantes populistas que se apropian de la legitimidad de demandas como la ecologista en beneficio propio; en particular cuando advertimos que no son precisamente los creyentes en la Pacha Mama quienes promueven su impulso. A continuación, desearía referirme con algo más de detenimiento, primero, a los problemas de orden analítico-conceptual de la fundamentación ecoteológica de los derechos de la naturaleza y, luego, desearía explorar en qué medida han sido instrumentalizados en su dimensión normativa con el auge del pachamamismo.

#### 3.1. Problemas analíticos-conceptuales (Hume de nuevo)

Bajo una fundamentación ecoteológica, los derechos de la naturaleza suelen basarse en una vaga filosofía, una cosmovisión o incluso, como se ha dicho alguna vez, una *sofofilía* («sabiduría del amor»). Específicamente, la «pachasofía» o pachalogía<sup>63</sup> pretende tematizar y respaldar actitudes hacia la naturaleza propias de culturas indígenas,

<sup>62</sup> Vid. JENKINS, Willis, «Ecological Management, Culture Reform, and Religion Creativity», *Union Seminary Quarterly Review*, vol. 63: 1&2, pp. 1-17.

<sup>63</sup> Vid. ESTERMANN, Josef, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, La Paz, ISEAT, 2006, 2.<sup>a</sup> ed., p. 155.

singularmente la concepción de la totalidad como *Pacha Mama* («madre cosmos»). Entre otras cosas, esa filosofía «nos enseña a vivir en el Todo de la Pacha, andando con las *illas* y las *waka's*, bajo la protección de *Tata Inti*, la *Mama Phaxsi*, el *Kuntu Mamari Chuqi Tapa* y la *Pacha Mama*»<sup>64</sup>. Ésta es precisamente la fundamentación que hallamos en el ecuatoriano proceso constituyente de Montecristi. En cierto modo, la Constitución ecuatoriana de 2008 puede considerarse la culminación de las aspiraciones de la «*Earth jurisprudence*», impulsada por Thomas BERRY. Este «filósofo, poeta y profeta»<sup>65</sup> afirma en un decálogo en defensa de los derechos de la naturaleza<sup>66</sup> que «los derechos se originan donde se origina la existencia» y añade: «lo que determina la existencia, determina los derechos». En otras palabras, algo tiene derecho a existir porque existe. Sin embargo, este razonamiento no parece aceptable. Derivar de la existencia de algo que deba o no existir supone una infracción flagrante de la llamada Ley de Hume. Como es sabido, según la Ley de Hume, de juicios descriptivos no podemos derivar juicios prescriptivos. Ello implica que de la naturaleza y su descripción no cabe derivar valores y prescripciones. Desde esta perspectiva y a la manera del jusnaturalismo clásico, la ecoteología andina infringe la Ley de Hume.

Por tanto, en su concepción más habitual, el llamado «neoconstitucionalismo andino» pareciera presuponer una metaética naturalista puesto que, en términos generales, identifica en hechos, singularmente en la naturaleza *en sí misma considerada*, una fuente de moralidad. Decir «X es bueno» para el llamado «paradigma andino» suele significar en algún sentido «X es conforme con la naturaleza (i.e., Pacha Mama)». De ahí que, significativamente, esta descripción de la naturaleza incorpore una prescripción dirigida a guiar a los individuos para regirse conforme a una naturaleza a su vez interpretada conforme a los valores de la comunidad. Es decir, no solo se derivan normas de hechos, sino también hechos de normas. En consecuencia, se infringe no solo la Ley de Hume, sino también su conversa<sup>67</sup>, puesto que la descripción de tal naturaleza ordenadora es a su vez reflejo de un *ethos* (el llamado «buen vivir»). Nada de ello es sorprendente porque, en definitiva, en la noción de Pacha Mama se hallan inescindiblemente unidas una descripción de la naturaleza (o una interpretación de ella) y una prescripción, un ideario religioso, una ideología política que determina cómo debemos conducirnos. La propia Constitución ecuatoriana nos confirma lo inescindible de la

<sup>64</sup> Vid. PAIVA CRISPIN, Sandro A., *Un naturalismo andino. El pensamiento de Policarpio Flores*, Instituto de Misionología, Cochabamba, Facultad de Teología «San Pablo», 2021.

<sup>65</sup> CASHFORD, Jules, «Dedication to Thomas Berry», Peter Burdon (ed.), *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Kent Town (Australia), Wakefield Press, 2011, cap. 1.

<sup>66</sup> BERRY, Thomas, «Evening Thoughts: Reflecting on Earth as Sacred Community», Mary Everlyn Tucker (ed.), *Evening Thoughts*, San Francisco, Sierra Club Books, 2006, pp. 149-150 *apud* CULLINAN, Cormac, «A History of Wild Law», en BURDON, Peter (ed.), *Exploring Wild Law, op. cit.*, cap. 2.

<sup>67</sup> Vid. CELANO, Bruno, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Turin, Giappichelli, 1994, pp. 43 ss.

naturaleza y su *ethos* en la noción de Pacha Mama cuando en su preámbulo se compromete con «una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*». Desde este punto de vista, la incorporación de la Pacha Mama a un texto constitucional implica una forma de confesionalismo o neoconfesionalismo, con la excusa de la preservación de la naturaleza.

### 3.2. Problemas jurídico-políticos: algo más que riesgo de confesionalismo

Es justo en este punto donde el gobernante populista puede aprovechar para imponer su propio programa político tras un catecismo bienpensante, y lo puede hacer apropiándose de alguna de las nuevas religiones de Estado que se aprestan a ocupar el lugar dejado por los cultos tradicionales monoteístas. En este sentido, son invocadas a la manera de nuevas religiones civiles. Es el caso de cierto ecologismo, pero también de cierto feminismo de Estado<sup>68</sup>, en su pugna por ser elevados a preceptos constitucionales que blinden la acción política del gobernante populista frente a cualquier tentativa de crítica. Siendo bien consciente de las dificultades conceptuales que plantea genéricamente este «escurridizo animal político» que es el «populismo», denomino entonces «ecopopulismo» al discurso político que adopta el ecologismo como doctrina aglutinadora de las múltiples demandas democráticas en torno a una única demanda popular, al objeto de reunir las diversas clases sociales en un solo pueblo. Cabe así hablar de un *ecopopulismo*, que se ha desarrollado en Latinoamérica instrumentalizando tanto la ecología como a los indígenas.

El ecopopulismo instrumentaliza la ecología y la defensa del medio ambiente al menos en dos sentidos. Primero, categorizando cuestiones tecnocientíficas en términos exclusivamente ideológicos. Buena prueba de ello, la hallamos en una categoría relativamente neutra como «Antropoceno», que se *redesigna* como «Capitaloceno»<sup>69</sup>; además de «Racismoceno» e incluso «Faloceno», si bien pareciera más contenida y elegante la propuesta de Fernando ROVETTA de “Andropoceno» (¿Androceno, quizá?), sin necesidad de llegar a la variante, quizá algo churrigueresca, de «Andropo(liberal)ceno» que él mismo propone<sup>70</sup>.

En segundo lugar, una vez planteada la premisa tecnocientífica de la defensa del medio ambiente en términos ideológicos, se asocia inextricablemente la preservación del medio ambiente a la acción política del gobernante populista. Para ello,

<sup>68</sup> Permítaseme una remisión a mi trabajo «El feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista», *Eunomía* 17 (2019-2020), pp. 358-376 <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5040>> .

<sup>69</sup> Así lo hace Alberto ACOSTA, siguiendo a Jason Moore; ACOSTA, Alberto, «Constitución constituyente de los derechos de la Naturaleza», *op. cit.*, p. 191.

<sup>70</sup> ROVETTA, Fernando, «¿Antropoceno o Andropo(Neoliberal)ceno?», <<https://urpf.wordpress.com/2021/01/13/antropoceno-o-androponeoliberalceno/>>

el gobernante «ecopopulista» adopta el ecologismo como doctrina aglutinadora del «significante vacío» «pueblo». Precisamente porque el populismo es una «ideología delgada» (de pocos contenidos), capaz de albergar «ideologías gruesas» (e. g. comunismo y fascismo)<sup>71</sup>, puede *absorber* fácilmente otras ideologías como las recién indicadas plasmándolas en argumentos y tópicos que cumplen la función de crear entre las diversas clases y demandas sociales vínculos justificativos (lo que LACLAU denomina «cadenas equivalenciales»). El caso del ecopopulismo parece paradigmático en este sentido, puesto que ha sido colonizado tanto por doctrinas gruesas de izquierdas como el comunismo o el feminismo no liberal; pero también ello ha tenido lugar por parte de doctrinas de derechas, como suceden en ciertas formas de «ecofascismo»<sup>72</sup>. Recordemos que el populismo, tal y como lo reconstruye su más ferviente apologeta teórico, Ernesto LACLAU, se caracteriza por forjar «cadenas equivalenciales» (vínculos justificativos) entre demandas muy heterogéneas, que necesitan mantener su cohesión *ad intra* y *ad extra*. *Ad intra*, tal cohesión permite consolidar un único pueblo (amigo). *Ad extra*, posibilita reforzar sus mutuos vínculos frente al «enemigo del pueblo»: el disidente. El trasfondo schmittiano de su concepción política no requiere ulterior explicación.

Por otro lado, se instrumentaliza a los indígenas, que a menudo son víctimas de los efectos contraproducentes del pachamamismo. Ciertamente, algunos han sobreponderado los efectos simbólicos a favor del reconocimiento de ciertos grupos indígenas contemplando *pragmatistamente* en el reconocimiento de derechos a la Pacha Mama una «inyección de autoestima»<sup>73</sup> para indígenas, mujeres, etc. Sin embargo, la realidad ha sido muy distinta. El ideal feminista se ha pervertido a menudo para apoyar una concepción extractivista de una Madre Tierra que nos nutre<sup>74</sup> y la presunta protección

<sup>71</sup> Vid. MUDDE, Cass y ROVIRA KALTWASSER, C., *Populismo. Una breve introducción*, M. Enguix Tercero (trad.), Madrid, Alianza, 2019, pp. 34 ss.; 51 ss.

<sup>72</sup> El nacionalsocialismo, con su «notable pulsión ecológica», instrumentalizó ciertos aspectos del ideario ecologista, como ahora lo harían ciertas élites tanto del mundo occidental como de economías emergentes a juicio de Carlos TAIBO (*Ecofascismo. Una introducción*, Madrid, Los libros de la catarata, 2022).

<sup>73</sup> PAVANI, Giorgia, *op. cit.*, p. 25. En este sentido, Vid. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, «Derechos humanos y derechos de la naturaleza», *op. cit.*

<sup>74</sup> Vid. TOLA, Miriam, «Between Pachamama and mother earth: gender, political ontology and the rights of nature in contemporary Bolivia», *Feminist review*, 118 (1) (2019), pp. 25-40; *apud* TÂNĂȘESCU, Minhea, *op. cit.*, pp. 110, 113 ss. y 126.

de los indígenas se ha tornado asimismo en contra de los propios indígenas no solo en Ecuador<sup>75</sup>, sino también en otros lugares<sup>76</sup>.

#### 4. ¿DE QUÉ NATURALEZA HABLAMOS? UNAS NOTAS EXPLORATORIAS

En principio, con el término «naturaleza» designamos un objeto empírico independiente de nuestros sentidos y de nuestro pensamiento. Es decir, la naturaleza existe con independencia de los humanos y en este sentido, Alfred WHITEHEAD<sup>77</sup> afirma que la naturaleza «está cerrada a la mente»; es decir, es «un complejo de entidades cuyas relaciones mutuas son expresables en el pensamiento sin referencia a la mente, esto es, sin referencia ni a la advertencia sensorial ni al pensamiento». Pero pese a que la naturaleza, en cuanto realidad opuesta a la cultura («nuestra segunda naturaleza», como se la ha llamado tantas veces), pueda existir sin nuestros sentidos humanos y sin nuestro pensamiento; el *concepto* de naturaleza es, en cambio, una categoría intensamente interpretativa, como lo son muchas otras del pensamiento humano con las que ordenamos lo que está *ahí fuera*. Por eso se ha dicho que la naturaleza no es una cosa, sino una idea, un «metaconcepto»<sup>78</sup>, en el sentido de que está necesariamente mediado por valoraciones humanas.

Con su habitual claridad, John Stuart MILL<sup>79</sup> distinguía entonces dos acepciones de «naturaleza». Para entendernos, podemos llamarlas, respectivamente, «naturaleza 1» y «naturaleza 2». La naturaleza 1 es todo lo que existe. La naturaleza 2 es todo lo que existe que no ha sido creado por los seres humanos. En otras palabras, la naturaleza 2 es el resultado de restar a todo lo empíricamente existente (i.e. naturaleza 1) aquello producido por los seres humanos. En rigor y si nos atenemos a la definición de WHITEHEAD, la naturaleza 2 se limita a considerar la naturaleza como aquello que puede existir sin pensamiento. Desde este punto de vista, entiendo que si la especie humana se extinguiera, en principio se extinguiría con ella el pensamiento tal y como lo conocemos, quizá con la excepción, en su caso, del «mundo 3». Veámoslo.

En la célebre teoría de FREGE sobre los tres mundos («*die Drei-Welten-Lehre*»), el mundo 1 es el mundo empírico («*Dinge der Außenwelt*»). El mundo 2 es, en cambio,

<sup>75</sup> De ello es plenamente consciente alguien tan comprometido con la Constitución de Montecristi como Alberto ACOSTA, quien ha criticado tanto la oposición del propio Evo Morales a la «Amazonía sin petróleo» por razones económicas; como que el «buen vivir» a veces ha sido malinterpretado para promover urbanizaciones con más automóviles y «megaminería» (Vid. ACOSTA, *El Buen Vivir, op. cit.*, pp. 84 y 67).

<sup>76</sup> Pensemos en el triunfo del «pragmatismo extractivista» en la Bolivia de Evo Morales y Álvaro García Linera, que denuncia de BOISSIEU, Dimitri (*Bolivie: l'illusion écologiste*, Écosociété, Quebec, 2019, pp. 290 ss.).

<sup>77</sup> WHITEHEAD, Alfred, *El concepto de naturaleza*, S. Puente (trad.), Buenos Aires, Cactus, 2019, p. 15.

<sup>78</sup> HESS, Gerald, *Éthiques de la Nature*, PUF, París, 2013, cap. 1.

<sup>79</sup> Vid. MILL, J.S., «La naturaleza», en *Tres ensayos sobre la religión*, G. López Sastre (trad.), Madrid, Trotta, 2014, p. 67.



el conjunto de representaciones («*Vorstellungen*») producto del pensamiento humano. Finalmente, el mundo 3 está conformado por entidades que ni pertenecen al mundo 1 (por ser ideales), ni tampoco pertenecen al mundo 2 en el sentido de que (por objetivas) son independientes del pensamiento humano. Por ejemplo, el teorema de Pitágoras, que no es un objeto empírico del llamado «mundo 1», es al mismo tiempo independiente del pensamiento humano («mundo 2»). De ahí que, como sugiere Thomas NAGEL, al mundo 3 tendría acceso «cualquier especie que hubiera evolucionado hasta llegar al nivel del pensamiento, aun si no existieran los vertebrados y la Tierra estuviera gobernada por una civilización de moluscos y artrópodos»<sup>80</sup>. A la vista de esta distinción, cabría concluir, en fin, que la *noción* de naturaleza pertenece al mundo 2 (i.e. es contingente y no pertenece al mundo 3), por más que su *referente* sea el mundo 1 en su totalidad. Desde esta perspectiva, si la especie humana se extinguiera totalmente, sobrevivirían muchos productos elaborados por el ser humano. Sin embargo y en rigor, ya no podrían existir *en cuanto* objetos culturales, por ser dependientes del pensamiento humano. En su pura materialidad en el mundo 1, volverían a reintegrarse en la naturaleza 2 (coextensiva entonces con la naturaleza 1), una vez desprovistos tales objetos culturales de asiento en el pensamiento y los sentidos de los seres humanos. Una vez extintos los seres humanos, no existe diferencia alguna entre los envases del detergente Brillo del supermercado y los empleados por Andy Warhol en sus instalaciones de *pop art*. Sin pensamiento ni sentidos humanos capaces de darles significado, de revestirlos de institucionalidad, solo serían naturaleza (1 y 2, pues ambos sentidos quedarían refundidos en una coextensividad causada por la extinción del ser humano)<sup>81</sup>.

En cualquier caso y de vuelta a nuestro mundo poblado por los miembros de nuestra especie, dada la insignificancia del sustraendo (los seres humanos) en la propia noción de naturaleza 2, su uso nos habla de cierta soberbia especieísta por parte de los seres humanos. La desproporción entre minuendo y sustraendo parece evidente. Por decirlo coloquialmente: en relación con la naturaleza 1, los seres humanos somos muy poca cosa. Incluso si nos ceñimos a la biosfera de nuestro planeta, a juicio de Lynn Margulis<sup>82</sup>, la propia retórica de que debamos «asumir la responsabilidad por la vida de la Tierra, es risible —la retórica de la impotencia». Ella misma abunda en la idea así: «El planeta cuida de nosotros, no nosotros de él. Nuestro imperativo moral inflamado por sí mismo de guiar a la rebelde Tierra o curar nuestro planeta enfermo es prueba de

<sup>80</sup> Th. NAGEL, *La última palabra*, México, FCE, 2000, p. 152.

<sup>81</sup> Cabría plantearse (pero esta cuestión excede los propósitos de este trabajo) si subsistirían las esencias de todo lo que ha existido en el sentido en que lo planteaba Saul Kripke, cuando defendía la esencia de, por ejemplo, «Aristóteles» al que podemos referirnos con este «designador rígido» que alude a la esencia de Aristóteles en cualquier mundo posible. Si «Aristóteles» designa una esencia transmundana, entonces las cuestiones recién planteadas se complican. Manuel PÉREZ OTERO esclarece el esencialismo aristotélico de Kripke en su *Esbozo de la filosofía de Kripke*, Montesinos, Barcelona, 2006, pp. 138 ss.

<sup>82</sup> MARGULIS, Lynn, *op. cit.*, p. 115.

nuestra inmensa capacidad de autoengaño». A la vista de estas consideraciones, puede parecer paradójico, pero resulta que los sedicentes biocentristas no pueden dejar de ser invariablemente antropocéntricos en mayor o menor medida.

Quizá no sea la única paradoja a la que conduce nuestro concepto de naturaleza. En la medida en que la naturaleza solo pueda ser una interpretación, una idea, un meta-concepto, la naturaleza es (insisto ahora en ello) un producto humano y, por tanto, la existencia de tal idea depende de los seres humanos que le sirven de sustento. En otras palabras: sin seres humanos (i.e. sin pensamiento), no existiría la naturaleza, al menos como idea y ello es absolutamente claro en el caso de la naturaleza 2, que requiere de algún ser humano capaz de formular la antropocéntrica operación aritmética de sustraer a la naturaleza 1 los productos culturales del quehacer humano. Desde esta perspectiva, las posiciones radicales de defensa de la naturaleza que llevan al extremo su biocentrismo (sugiriendo que el ser humano debiera retirarse de la faz de la Tierra<sup>83</sup> para permitir a la naturaleza 2 seguir su curso y convertirse en naturaleza 1) incurrir en una insospechada incoherencia: la defensa de su concepto de naturaleza (y singularmente de naturaleza 2) triunfaría eliminando para siempre la mera posibilidad de que exista tal *concepto* de naturaleza 2 (y también de naturaleza 1). Trivialmente, si los seres humanos desaparecieran de la faz de la Tierra, ya no habría *idea* de naturaleza que defender, sino solo una cosa, el planeta Tierra, poblado por seres vivos en ciega evolución. Parece, en definitiva, muy difícil sostener un ecologismo no antropocéntrico sin caer en insuperables contradicciones.

Afortunadamente, la mayor parte de los ecologistas no sostienen esa posición extrema que propone la autoextinción de nuestra especie. Normalmente sostienen más moderadamente que deberíamos entonces virar hacia un «Ecoceno», dejando atrás el «Antropoceno»<sup>84</sup>. Aquí surge otra posible paradoja, puesto que parece obvio entonces que, en la medida en que tal decisión de transitar desde el Antropoceno al Ecoceno sea nuestra (humana), no podrá dejar de ser del todo antropocéntrica. En rigor, ese «Gran Trabajo» que místicamente Thomas BERRY<sup>85</sup> asigna a nuestro siglo para transitar a la «Era Ecozoica» quizá ya solo pueda aspirar a alcanzar (y ello si asumimos que corresponda al ser humano perseguirla) como mucho un «Simbioceno»<sup>86</sup>, una suerte de cordial entente entre los humanos y el resto de habitantes de la biosfera. Con ello quiero

<sup>83</sup> Pensemos, por ejemplo, en el «Voluntary Human Extinction Movement» (<https://www.vhemt.org/aboutvhemt.htm#vhemt>), cuyas siglas, VHEMT, sus promotores sugieren pronunciar «vehement» (vehemente en inglés). Su lema es «May we live long and die out» y su objetivo es que, deteniendo la reproducción de nuestra especie, la naturaleza siga su curso sin nosotros.

<sup>84</sup> Acuñado el término por Paul Crutzen, el periodo ya había sido denominado «antropozoico» por Antonio Stoppani, hacia 1873.

<sup>85</sup> Vid. BERRY, Thomas, *The Great Work. Our Way into the Future*, Nueva York, Bell Tower, 1999, cap. 1.

<sup>86</sup> COLELLA, Luigi, *op. cit.*

decir que todo presunto tránsito desde el antropocentrismo al biocentrismo tiene en el fondo algo de ilusorio (desde la perspectiva de la naturaleza 1) o imposible (desde la perspectiva de la naturaleza 2). El mero hecho de que discutamos sobre su deseabilidad y decidamos en consecuencia confirma tal carácter ilusorio, entre otras cosas, porque imposible resulta ya la propia distinción entre lo natural (en sentido de naturaleza 2) y lo artificial o humano. En nuestra biosfera, ni las mariposas del campo son propiamente naturales (en sentido de naturaleza 2), ni los ordenadores plenamente artificiales (desde la perspectiva de la naturaleza 1)<sup>87</sup>.

Todas estas reflexiones (puramente exploratorias) en torno a la idea de naturaleza solo pretenden subrayar su intensa dimensión interpretativa e incluso normativa. Suele decirse que, en términos generales, la concepción andina de la naturaleza se opone al dualismo occidental adoptando un pensamiento holista, inspirado a su vez en principios como la relacionalidad, la complementaridad y la reciprocidad de todos los seres<sup>88</sup>. Josef ESTERMANN<sup>89</sup> define la Pacha Mama como un «universo ordenado en categorías espacio-temporales», pero a renglón seguido matiza que «no simplemente como algo físico y astronómico». En efecto, el concepto de Pacha Mama presupone una personificación de la naturaleza que, como hemos visto, plantea muchos problemas conceptuales vinculados, en todo caso, a su vinculación a una determinada visión del mundo, una cosmovisión de naturaleza religiosa y también un *ethos*.

De tal manera, la naturaleza concebida como Pacha Mama representa típicamente una premisa ecoteológica, que involucra necesariamente un aspecto religioso. A diferencia de Gaia, que es un mito que forma parte de una religión extinta, Pacha Mama es parte de una religión viva, por más que sean muy pocos los defensores y activistas que creen efectivamente en ella. Significativamente, como subraya con insistencia Teresa VELÁSQUEZ<sup>90</sup>, muchos de los campesinos que apoyan el indigenismo y toda la cosmovisión implícita no comparten la creencia en la Pacha Mama. Más bien (y esto es lo más significativo) simplemente «adoptan el lenguaje de la indigenidad».

En cualquier caso, la idea de Pacha Mama responde, como vengo avanzando, a una creencia religiosa de carácter animista, local y relacional. En cuanto animista, reconoce

<sup>87</sup> Se trata de ejemplos a los que aludo en un trabajo anterior («Derechos de la naturaleza, neo-constitucionalismo andino y ecopopulismo», *op. cit.*). En un bosque de Inglaterra, la falena de color claro evolucionó hasta oscurecerse porque las fábricas asentadas durante la revolución industrial habían oscurecido la corteza de los árboles, quedando las claras más expuestas a los depredadores que las oscuras, que ahora sí sobrevivían y se reproducían. En cuanto a los ordenadores, se trata de productos nuestra especie en su evolución natural (en el sentido de naturaleza 1, naturalmente).

<sup>88</sup> ESTERMANN, Josef, *op. cit.*, pp. 126 ss.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>90</sup> Velásquez, Teresa A., *Pachamama Politics. Campesino Water Defenders and the Anti-Mining Movement in Andean Ecuador*, Tucson, The University of Arizona Press, 2022.

espíritus en la naturaleza. En cuanto local<sup>91</sup> o particularista, se opone al universalismo de la tradición occidental que se enorgullece de elevar leyes universales en lo teórico y en lo práctico. En cuanto relacional<sup>92</sup>, se resiste, como acabamos de ver, a dualismos o divisionismos normalmente asociados a la cultura occidental como el de naturaleza/cultura. En todo caso, se trata de un conjunto de ideas difusas, carente de un *corpus* de dogmas consolidado, a cambio de confundirse con una amplia gama de «micronacionalismos» y micro-ortodoxias<sup>93</sup>, cuya constitucionalización debiera suscitar en todo caso la mayor de nuestras cautelas en el actual contexto de auge del populismo.

Por lo demás, no podemos olvidar que la idea de Pacha Mama involucra, en fin, un *ethos*, una particular forma de vida de carácter espiritualista, que a menudo administran chamanes o místicos (*paqos*) y que puede no ser tan homogénea como se presupone. Se trata de algo que suelen ignorar algunos apologetas del pachamamismo cuando se refieren a los indígenas (¿quizá eurocéntricamente?) como un conjunto homogéneo de gentes que, sin embargo, son muy plurales (aymaras, quechuas, uru-chipayas, kallawayas, etc.) y cuya cultura ya se halla en muchos casos en un proceso de profunda hibridación con la occidental (pensemos en los llamados «urbandinos», nativos integrados en las ciudades). En efecto, las comunidades humanas son mucho más heterogéneas y dinámicas de lo que los pachamamistas y sus adláteres parecieran presuponer<sup>94</sup>. No debemos olvidar que tanto el dualismo (tan occidental, según parece) como la subyacente polarización de lo indígena frente a lo occidental; los explotados frente a los imperialistas; los indios frente los españoles; lo tradicional frente a lo moderno; lo autóctono frente a lo extranjero o lo auténtico frente a lo artificioso, suelen esconder, en fin, un mecanismo típicamente populista, que no es otro que la «distinción política específica», que según Carl SCHMITT<sup>95</sup> hallamos en la oposición amigo-enemigo. Se trata, al fin y al cabo, de desatar «antagonismos» y reforzar fronteras en el interior de una comunidad política pretendidamente homogénea y forjada como el *auténtico pueblo* frente a un común «enemigo» (el disidente) que, claro está, será necesario expulsar de la vida pública al dictado de una oportuna «legislación discriminatoria»<sup>96</sup>.

Pero, como bien ha señalado GARCÍA CANCLINI, «(n)os aferramos a nociones de sociedad, etnia, nación o clase que en otras temporadas sirvieron para hallar orden en

<sup>91</sup> TĂNĂSESCU, Mihnea, *op. cit.*, pp. 44, 67.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 57

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>94</sup> Algo sobre lo que ha insistido el escritor Amín Maalouf en su larga trayectoria literaria y ensayística. Quizá su propia autobiografía ilustre ese espíritu de manera especialmente vívida: MAALOUF, A., *Orígenes*, M.T. Gallego Urrutia (trad.), Madrid, Alianza, 2004.

<sup>95</sup> SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, R. Agapito (trad.), Madrid, Alianza, 2.<sup>a</sup> ed., 2014, p. 59.

<sup>96</sup> *Vid.* MUELLER, Jan-Werner, *What's Populism?* Pennsylvania University Press, 2016.

los comportamientos. O para imponérselo»<sup>97</sup>. En efecto, tras las estrategias homogeneizantes de defensa de los «indígenas» se vislumbra el riesgo evidente de instrumentalizar a ciertas etnias con el fin de imponer subrepticamente una única (interpretación de una) ideología o un credo político particular al servicio del gobernante de turno. «Indígena» y «Pacha Mama» parecieran así «significantes vacíos»<sup>98</sup> al servicio de la unificación de dispersos grupos sociales (no solo indígenas) bajo un solo pueblo. Este resultado es especialmente delicado cuando el instrumento elegido para consagrar tales planteamientos es la Constitución, que en principio es un texto garante de libertad religiosa y debe estar, por tanto, abierta a múltiples confesiones y estilos de vida. ¿Acaso no puede ser contemplada, en fin, como una imposición interesada la homogeneización de lo indígena en torno a conceptos como la Pacha Mama desde el propio texto constitucional? En realidad, todas estas contradicciones sobre la instrumentalización del pachamamismo cobran sentido en un contexto populista. Después de todo, al gobernante populista, abandonado a su «nostalgia de unanimismo» (como la ha denominado Loris ZANATTA<sup>99</sup>), le conviene mantener a cualquier precio la cohesión del pueblo difuminando un pluralismo que solo un planteamiento liberal puede garantizar. Tal difuminación del pluralismo facilita un ejercicio directo («desintermediado») del poder sobre un pueblo *único*. Sin poderes intermedios que obstaculicen su acción de gobierno y sin pluralismo en el pueblo que pueda deslegitimarla con la crítica, el líder populista de turno se puede abandonar a un ejercicio del poder más cómodo, más *suelto*. Puede gobernar *legibus solutus*.

##### 5. SUBJECTIVEMOS LA DEFENSA DE LA NATURALEZA (NO LA NATURALEZA)

El éxito del llamado «neoconstitucionalismo andino» no es ajeno al éxito del neoconstitucionalismo *tout court*<sup>100</sup> y buena parte del éxito del neoconstitucionalismo *tout court* se explica porque confiere una posición preeminentísima a los derechos en nuestra cultura de los derechos. Desde esta perspectiva, me parece que la defensa de la constitucionalización de los derechos de la naturaleza por parte del neoconstitucionalismo andino puede interpretarse, bajo la fundamentación pragmatista de los derechos de la naturaleza, como una respuesta insatisfactoria a una buena intuición. Veámoslo.

La buena intuición se reconoce, como acabo de indicar, en que el neoconstitucionalismo andino ha reparado correctamente en la fuerza retórica que presenta en nuestra «cultura de los derechos» elevar un *objeto de protección* como la naturaleza a

<sup>97</sup> GARCÍA CANCLINI, Néstor, *El mundo entero como lugar extraño*, Barcelona, Gedisa, 2014, cap. 1, *in fine*.

<sup>98</sup> Vid. LACLAU, E., *La razón populista*, México, FCE, 2004, *passim*.

<sup>99</sup> ZANATTA, LORIS, «El populismo latino y la nostalgia de la unanimidad», *ACFS*, 53 (2019), pp. 15-28.

<sup>100</sup> Vid. e. g. PRIETO, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, cap. I.

*sujeto de derecho* con el fin de asegurarle un máximo nivel de protección. Desde esta perspectiva, el discurso de los derechos de la naturaleza explota el poder retórico del argumento de las generaciones de derechos (desde la primera liberal hasta la última de los derechos difusos pasando por los derechos sociales) que interpreta y anuncia una incesante ampliación de derechos y de titulares de derechos.

Sin embargo, el reconocimiento de derechos a la naturaleza supone una insatisfactoria respuesta a esta intuición porque, en el mejor de los casos, los defensores de los derechos de la naturaleza han caído irreflexivamente en la tentación de convertir un *objeto* de protección como la naturaleza en *sujeto* de derechos (y personificarla bajo la forma de Pacha Mama), sin considerar el considerable precio que tal medida impone a la filosofía de los derechos humanos (que no puede dejar de ser antropocéntrica).

Por tanto, nos encontramos ante una insatisfactoria articulación jurídico-política para canalizar esta buena intuición (o intención), porque resulta claramente desproporcionada. A la hora de examinar la proporcionalidad de una medida, es ya habitual invocar tres subprincipios del principio de proporcionalidad, que aquí merece la pena recordar: el de idoneidad o adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Quizá proceda hacerlo aquí también concentrándonos en sus consecuencias relativas a la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama en la Constitución ecuatoriana.

### 5.1. **Idoneidad de la atribución de derechos a la naturaleza para preservarla**

La primera pregunta que podemos hacernos es si la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama (y la consustancial adopción de un paradigma biocéntrico en lugar del vigente antropocéntrico) constituye una medida realmente idónea o adecuada para la preservación del medio ambiente. Se trata, por supuesto, de un juicio que se plantea bajo una perspectiva intensamente pragmatista, orillando el fundamento ecoteológico que incorpora necesariamente el mito de Pacha Mama. En principio, pudiera parecer que constitucionalizar el biocéntrico reconocimiento de derechos a la naturaleza sí sirve al propósito de proteger la naturaleza, precisamente en la medida en que el neoconstitucionalismo andino pretende atribuir al medio ambiente (y nadie debería dudar de la buena fe del empeño) el superior nivel de protección que merecen los derechos en un Estado constitucional. Sin embargo, la realidad es que la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama no se ha revelado como medio adecuado para mejorar la protección del medio ambiente y ni siquiera ha servido a otros fines, como mejorar la situación de los indígenas y las mujeres, tal y como se habría pretendido.

En realidad, la experiencia ha demostrado que la constitucionalización de los derechos de la naturaleza ha servido a menudo de cobertura para favorecer la megaminería en perjuicio de la minería artesanal de los indígenas y quizá haya servido incluso para acallar sus reivindicaciones. Después de todo, es de imaginar que poco pueden reclamar ya frente a un sistema que, aparentemente (pero solo aparentemente), les colma de

atenciones desde sus propias bases constitucionales. Significativamente, como oportunamente ha subrayado TĂNĂSESCU<sup>101</sup>, el propio proceso orientado a la declaración de los derechos de la naturaleza ha sido dirigido por élites intelectuales y económicas en connivencia con *lobbies* y entidades transnacionales. En realidad, nada hay de qué extrañarse. El «pachamamismo» siempre ha sido ha sido cosa de élites intelectuales y políticas<sup>102</sup> y de ahí que el ecocentrismo acabe a menudo convirtiéndose en un ecopopulismo, que reduce la ecología a una mera comparsa de otras ideologías y, sobre todo, otros intereses<sup>103</sup>. El reconocimiento de derechos a la naturaleza o Pacha Mama no es una medida adecuada a sus fines.

## 5.2. Necesidad de la atribución de derechos a la naturaleza para preservarla

Pero supongamos por un momento que, en efecto, la constitucionalización de los derechos de la naturaleza pudiera de por sí contribuir a mejorar sensiblemente su preservación. Ello nos conduciría a la segunda cuestión: ¿es una estrategia necesaria? ¿acaso no existen alternativas más razonables para alcanzar el mismo fin? Pues bien, todo parece indicar que, a la hora de preservar el medio ambiente, existen otras medidas menos lesivas de nuestro sistema de derechos y menos expuestas a ciertos desequilibrios jurídico-políticos. De hecho, también podemos convertir la protección de la naturaleza en *cuestión de derechos*, vinculando sencillamente su protección a la tutela de los derechos fundamentales de las personas físicas que son vulnerados cuando lo es el medio ambiente. Dicho de otro modo, el reconocimiento de derechos a la naturaleza y la asunción de ciertos riesgos asociados a tal reconocimiento resultan innecesarios, cuando existen ya otros medios idóneos con que podemos (y debemos) preservar la naturaleza para garantizar nuestros propios derechos fundamentales.

Por tanto, para asegurar la protección de la naturaleza no es necesario ceder a la tentación fácil y artificiosa de la constitucionalización de una prosopopeya que convierte la biosfera en sujeto de derechos. Más bien, basta con reconocer en la naturaleza el presupuesto necesario para proteger los derechos de los seres humanos que gozan de nuestro mayor nivel de protección y, en consecuencia, para imponer las más rigurosas obligaciones a los seres humanos en cuanto al respeto por el medio natural. No se trata de una estrategia desconocida, ni nueva. Como sabemos, los ruidos, los malos olores o la contaminación pueden afectar seriamente mi derecho a la intimidad, mi dignidad, mi vida familiar o el libre desarrollo de mi personalidad. Ello ha dado lugar a una «ecologización de los derechos fundamentales» o (desde el otro ángulo posible) a una «humanización del derecho al medio ambiente». Se trata de un argumento anunciado

<sup>101</sup> TĂNĂSESCU, Minhea, *op. cit.*, p. 107.

<sup>102</sup> ESTERMANN, Josef, *op. cit.*, p. 67.

<sup>103</sup> *Vid.* en este sentido: TĂNĂSESCU, Minhea, *op. cit.*, p. 113.

hacia 1987 por el administrativista Lorenzo MARTÍN RETORTILLO y que ha hallado vía de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 9 de diciembre de 1994)<sup>104</sup>. La profesora Consuelo ALONSO ha expresado la idoneidad y necesidad de esta vía de protección del medio ambiente con el siguiente juicio contrafáctico: «Si no hubiera estado en juego esta dimensión antropocéntrica del derecho a disfrutar del medio ambiente, si la agresión al entorno no se hubiera proyectado en la esfera de lo personal, estos pronunciamientos judiciales [del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que reconocen la dimensión subjetiva de la protección del medio ambiental] tal vez se hubieran expresado en otro sentido»<sup>105</sup>. Que la protección del medio ambiente mediante esta y otras vías sea mejorable, no justifica adoptar cualquier otra medida como la atribución de derechos a la naturaleza. Podríamos denominar «falacia de la ineficacia» al argumento que deriva de la ineficacia del Derecho ambiental la necesidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza. El *non-sequitur* es evidente, pese a lo reiterado del argumento<sup>106</sup>.

En suma, el reconocimiento de derechos a la naturaleza o Pacha Mama tampoco es una medida necesaria para cumplir con sus fines.

### 5.3. Ponderación de la atribución de derechos a la naturaleza para preservarla

Mas supongamos finalmente que el reconocimiento de derechos «a la naturaleza o a la Pacha Mama» (y singularmente su constitucionalización) fuera un medio idóneo y necesario para proteger la naturaleza. Entonces deberíamos examinar qué sacrificios supone tal medida y si están bien ponderados. Entre los riesgos implícitos en este tipo de iniciativas quizá merezcan subrayarse tres: instrumentalización, radicalización y neoconfesionalismo.

La instrumentalización se manifiesta en lo que vengo denominando genéricamente «ecopopulismo»; esto es, la interesada apropiación de las reivindicaciones ecologistas por parte de gobernantes y dirigentes populistas con fines electoralistas y partidistas. Su radicalización se advierte en el llamado «ecofascismo» y en posturas extremistas que propugnan la autoextinción de la humanidad por un supuesto bien del planeta, a las que también he aludido. En cuanto al neoconfesionalismo, se desprende, en fin, de la sustitución del paradigma antropocéntrico por uno biocéntrico en nuestros sistemas jurídico-políticos. Tras la atribución de derechos a la naturaleza late en última instancia

<sup>104</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, María Consuelo, *La protección de la dimensión subjetiva del derecho al medio ambiente*, Cizur Menor, Thomas Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 32 ss.; 74 ss. y 89 ss.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>106</sup> Lo hallamos en el propio preámbulo de la citada Ley Ley 19/2022, de 30 de septiembre que reconoce personalidad jurídica al Mar Menor y también en los propios escritos de su impulsora, la profesora, Teresa Vicente (vid. VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y SALAZAR ORTUÑO, Eduardo, «Los derechos de la naturaleza y la ciudadanía. El caso del Mar Menor», *Revista Murciana de Antropología* 29 (2022), pp. 15-26).



un espíritu ecoteológico que incorpora una cosmovisión y un *ethos* (el *sumak kawsak*) que se impone constitucionalmente.

En suma, la coherente sustitución de un paradigma jurídico antropocéntrico por otro biocéntrico y la atribución de derechos a la naturaleza representan medidas desproporcionadas, en el sentido de que no son ni idóneas, ni necesarias, ni ponderadas para conseguir preservar un medio ambiente sostenible. No son idóneas, porque tales medidas se han revelado ineficaces. No son necesarias, porque existen otras medidas menos lesivas del sistema antropocéntrico de derechos humanos y no son, en fin, proporcionadas, porque el tránsito a un paradigma biocéntrico puede redundar en una afectación demasiado onerosa de nuestro sistema de libertades y derechos individuales de seres humanos a cambio de hipotéticas mejoras en el medio ambiente.

## 6. CONCLUSIÓN

La fundamentación del reconocimiento de derechos a la naturaleza ha seguido dos vías, la pragmatista y la ecoteológica, y aquí hemos confrontado dos personificaciones de la naturaleza en las figuras mitológicas de Gaia y Pacha Mama. En el caso de Gaia la prosopopeya representa el instrumento elegido pragmáticamente por el científico, James LOVELOCK, para suturar en un plano retórico la brecha abierta en nuestro mundo desencantado entre los juicios descriptivos de la tecnociencia y los juicios prescriptivos de la ética, la política y el Derecho. Por el contrario, la constitucionalización de la Pacha Mama va más allá, en cuanto que incorpora una fuerte dimensión institucional que asume no solo una filosofía ecoteológica; sino también un *ethos*, el llamado «buen vivir». Ello supone una imposición de confesionalismo difícilmente asimilable dentro de una filosofía de los derechos humanos mínimamente liberal.

En este trabajo hemos concluido que la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama y su consustancial incorporación de un modelo biocéntrico, sedicente superador del antropocéntrico, no es una medida proporcionada de acuerdo con los sucesivos tres *tests* de proporcionalidad al uso. Hemos concluido aquí que se trata de una medida que no es idónea, porque no consigue sus fines; no es necesaria, porque existe la alternativa menos onerosa de subjetivar la protección del medio ambiente ligando ésta a la protección de derechos fundamentales de seres humanos y, en fin, no está bien ponderada en el sentido de que no tiene en cuenta los enormes riesgos de ecopopulismo, ecofascismo, radicalización y confesionalismo que una medida como el reconocimiento de derechos a la Pacha Mama supone.



---

---

## CAPÍTULO 20

# LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA Y EN EL PROCESO CONSTITUYENTE DEL PAÍS<sup>1</sup>

Ángela Vivanco Martínez<sup>2</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Desde los documentos iniciales que luego conformarían el texto de la Carta Fundamental chilena de 1980, se declaró expresamente que el listado de derechos del capítulo III, en el cual está contenido el artículo 19 de la Carta, no constituía un listado taxativo: «...*la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana. [...] si se está expresando que el Estado adoptará las medidas que tiendan a la realización del ser humano, es aquí donde debe decirse que aquél no sólo debe cautelar estos derechos específicamente enumerados, sino también los que forman parte del acervo cultural de la humanidad y que son inherentes a la naturaleza del ser humano*»<sup>3</sup>.

Dicha realidad se funda en varios aspectos, propios y reconocidos en el sistema constitucional chileno. En primer término y el más importante, la supraconstitucionalidad de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana: «Los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no nacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado, siendo, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Agradezco a la Dirección de Estudios de la Corte Suprema en la preparación de la recopilación de sentencias y otros insumos para la elaboración del presente artículo, especialmente a la abogada Alejandra Inalaf.

<sup>2</sup> Abogado, Profesor Docente Asociado, Departamento de Derecho Público de la P. Universidad Católica de Chile, de las cátedras de Derecho Constitucional y Bioética y persona, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de La Coruña, España, y ministra de la Excma. Corte Suprema de Chile. Correo electrónico: avivancm@uc.cl.

<sup>3</sup> Actas de la Comisión Ortúzar, tomo VI, Sesión 203.<sup>a</sup>, de 20 de abril de 1976. Intervención de Enrique Evans. El destacado es nuestro.

<sup>4</sup> Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, primer Memorándum de fecha 26 de Noviembre de 1973.

Además, el reconocimiento efectuado, años más tarde, por el artículo 5.º reformado, respecto a que tales derechos no se hallan sólo reconocidos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, refuerza la idea de que debemos considerar tales prerrogativas como constitución material.

En el mismo sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional e internacional, han reconocido la existencia de ciertos *derechos implícitos*, entendiéndose por tales, aquellos que «no estarían consagrados en el texto constitucional pero constituyen límites al ejercicio de la soberanía por parte de los poderes del Estado»<sup>5</sup>.

NOGUEIRA, por su parte, ha sostenido que los: «derechos fundamentales o humanos no están en las normas (internas o internacionales), ‘no se constituyen’ en la norma positiva sino que ésta sólo los asegura, los garantiza y los promueve, los derechos emanan de la dignidad humana»<sup>6</sup>.

La teoría de los derechos implícitos, sin embargo, se desprende también del artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno».

De la disposición precitada se advierte que pueden existir otros derechos, que a pesar de carecer de reconocimiento expreso en tratados o instrumentos internacionales o en la Constitución interna de un país, se entienden implícitamente garantizados.

Asimismo, se ha entendido que son derechos implícitos aquellos que, por la vía interpretativa, surgen como una manifestación de un precepto constitucional o una norma internacional<sup>7</sup>. En este sentido, el derecho al buen nombre, por ejemplo, se ha entendido como parte del derecho a la honra, que sí goza de protección explícita en Chile la Constitución.

En consecuencia, no es necesario que un derecho esté reconocido expresamente en el texto constitucional o en el derecho internacional convencional para ser un derecho humano o fundamental, ya que éstos pueden emanar de «valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> CONTRERAS, Pablo, «¿Derechos implícitos? Nota sobre la identificación de normas de Derecho Fundamental», J. Ignacio Núñez Leiva (ed.), *Nuevas Perspectivas de Derecho Público*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2011, pág. 150.

<sup>6</sup> NOGUEIRA, Humberto, «Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales», *Revista Ius et Praxis*, 11-2 (2005), págs. 15 - 64

<sup>7</sup> CONTRERAS, Pablo, «¿Derechos implícitos?...», *op. cit.*, pág. 157.

<sup>8</sup> NOGUEIRA, Humberto, «Aspectos...», *op. cit.*, pág. 37.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA

### 2.1. Aspectos generales

En lo que respecta la Corte Suprema, organismo máximo del poder judicial de Chile, se advierte el reconocimiento y protección de estos derechos en múltiples y reiterados pronunciamientos. Algunos de ellos, fundados en el amparo que éstos reciben en tratados e instrumentos internacionales, que se entienden parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico interno de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución Política de la República; y otros, como consecuencia del desarrollo doctrinal y la interpretación propia de la labor jurisdiccional, particularmente asociada a las acciones cautelares, entendiéndose comprendidos dentro de otros derechos o garantías que sí gozan de reconocimiento expreso.

#### 2.1.1. *Derechos reconocidos en instrumentos internacionales*

Dentro del primer grupo, encontramos, por ejemplo, el derecho a la identidad personal, estrechamente vinculado a la dignidad humana y cuyo reconocimiento y protección emana de diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile y vigentes; el derecho a la identidad de género, vinculado al anterior, y con reconocimiento expreso en el Derecho Internacional, pero también como una de las vías más representativas del ejercicio de la igualdad ante la ley y como un elemento intrínseco de la naturaleza humana; los derechos de los niños, niñas y adolescentes al disfrute del más alto nivel de prestaciones sanitarias en relación al interés superior de los mismos, reconocidos en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales; el derecho a contraer matrimonio, reconocido expresamente en la Convención Americana de Derechos Humanos, pero también implícito en la garantía constitucional de igualdad ante la ley; el derecho humano de acceso al agua potable, no sólo por su reconocimiento en diversos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, sino también en razón de las directrices entregadas en la materia por la Organización Mundial de la Salud, entendiéndose que resulta obligatorio proteger y garantizar este derecho, en condiciones de igualdad y no discriminación, principalmente tratándose de grupos vulnerables y protegidos por el Derecho Internacional.

Asimismo, en razón de lo dispuesto en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, se han reconocido, por la vía jurisprudencial, los mismos derechos fundamentales e implícitos a las personas con capacidades especiales, entendiéndose que éstos constituyen un límite a la soberanía nacional. Del mismo modo, en razón del principio de no devolución, recogido en múltiples Convenciones y Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos, la Corte Suprema ha sostenido de manera reiterada que dicho principio debe prevalecer por sobre toda norma interna,

respecto de aquellas personas extranjeras que han solicitado el reconocimiento de la calidad de refugiado, aun cuando respecto de ellas existiesen órdenes de expulsión vigentes decretadas en nuestro país.

### 2.1.2. *Derechos implícitos, desarrollados por la vía interpretativa*

Por su parte, dentro del segundo grupo de derechos implícitos, amparados en razón del desarrollo doctrinal y la labor interpretativa de los tribunales de justicia, el máximo tribunal ha reconocido y cautelado, a modo ejemplar, el derecho de acceso a la información pública, entendiendo que se encuentra comprendido en la garantía constitucional de libertad de información y que, por tanto, nuestra Constitución asegura y reconoce a toda persona; el derecho a la identidad de género en distintas manifestaciones, sin perjuicio de su reconocimiento internacional, como ya se expresó. Así, en materia de salud, el Excelentísimo tribunal ha sostenido que la identidad de género no es una patología ni una condición de salud, sino un atributo inherente de la personalidad y de la dignidad humana, que se materializa en el ejercicio del derecho de la igualdad ante la ley y el igual acceso a las prestaciones de salud. En materia de educación, la Corte además ha reconocido el derecho que asiste a los y las estudiantes de acudir al establecimiento educacional al que pertenecen, vestidos conforme a su identidad de género. Asimismo, en materia de cambio de nombre y sexo registral, el máximo tribunal ha ordenado facilitar su materialización, sin condicionamiento alguno, entendiendo que la identidad de género constituye una manifestación del derecho a la identidad personal que, como ya dijimos, ha sido reconocido a nivel internacional.

En el mismo sentido, dentro de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, contemplada en el inciso 1.º del artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política de la República, la Corte Suprema ha entendido implícitos el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial, cuyo objeto es la búsqueda del valor de la Justicia y, el secreto profesional, como uno de los presupuestos del debido proceso, particularmente vinculado al derecho a defensa jurídica, manifestado como un deber-obligación que permite asegurar a los letrados las condiciones de libertad en las que debe verificarse su debida intervención en el procedimiento.

Igualmente, el Excelentísimo tribunal ha entendido que el derecho a la propia imagen se encuentra comprendido dentro del atributo de privacidad de la persona (respeto y protección a la vida privada), garantizado en el artículo 19 n.º 4 de la Carta Fundamental, constituyendo una proyección física de ésta, que le imprime un sello de singularidad distintiva entre los demás individuos dentro del ámbito de la vida en sociedad.

Del mismo modo, se ha considerado el derecho al buen nombre como un derecho personalísimo que forma parte del derecho a la honra, y que consiste en el concepto que los miembros de una sociedad tienen de una persona, en relación con su

comportamiento y sus características humanas y profesionales. En lo que respecta al derecho al olvido, también se ha configurado una interesante jurisprudencia sobre éste, considerando sus relaciones con el derecho a la honra y también con el derecho a la autodeterminación informativa.

Finalmente, ha relevado el principio de confianza legítima como fuente de derechos en las relaciones de las personas con la Administración, ya sea en procesos de postulación, contratación, ejercicio de cargos públicos y permanencia en dichos cargos, como manifestación de igualdad, de certeza y seguridad jurídica, haciendo responsable a la autoridad pública de la toma de decisiones que significan actos propios frente al administrado y su estatuto de trato.

## 2.2. Derecho a la identidad personal

El derecho a la identidad personal está estrechamente vinculado a la dignidad humana y el deber de brindarle reconocimiento y protección emana de diversos instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Chile y vigentes, que lo consagran. Por tanto, aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente, ello no puede impedir que el juez constitucional le brinde la adecuada protección. A continuación, señalaremos los considerandos más importantes de la sentencia que se individualiza más abajo, técnica que se irá repitiendo en los demás derechos en revisión.

- a) Rol n.º 150.595-2020, apelación de protección, sentencia de fecha 01 de marzo de 2021, pronunciada por la Corte Suprema.

«Noveno: «... el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de *que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1.º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol n.º 834, considerando 22.º)*».

...

«Décimo: Que, de acuerdo a lo que se viene razonando, *es un hecho indubitado que el actor ha permanecido en Chile por más de 20 años y que el Servicio de Registro Civil e Identificación le ha permitido efectuar durante este lapso, una serie de actos administrativos que importan reconocer su identidad e incluso, como se explicitó, respecto de la inscripción de su hijo, legalmente estaba obligado hacerlo y, así es que, de oficio rectificó su partida de nacimiento declarando su filiación matrimonial, porque ese acto se vincula con el derecho a la identidad de ese niño*».

«Refuerza lo expuesto, el hecho que en la actualidad la base de datos del Servicio de Registro Civil e Identificación emite los certificados referidos a los antecedentes y parentesco del actor, bajo el RUN, demostrando que éste si cuenta con una filiación civil, al poseer un Rol Único Nacional que lo identifica, sin perjuicio que éste haya derivado de su filiación penal, porque en la práctica, éste se mantendrá aún en el caso que se efectuará formalmente la denominada filiación civil.»

*«Undécimo: Que, por tanto, esta Corte considera que la actuación del referido Servicio, es arbitraria e ilegal desde que vulnera la garantía de igualdad del recurrente protegida en el artículo 19 numeral 2 de la Carta Fundamental, por cuanto ha privado al actor de un documento oficial de identidad, por el hecho de carecer de una «filiación civil», lo cual en los hechos, de acuerdo a lo razonado no es efectivo, porque cuenta con un RUN cuyo objetivo, como se dijo, es procesar electrónicamente la información estadística de cada persona natural o jurídica, sobre la base de un único número de identificación y así permitir su actuar ante todos los organismos públicos.*

*Por tanto, el no otorgamiento del documento en cuestión, fundada en esa falta de filiación civil, carece de sustento fáctico y legal, dejando al actor sin identificación y en una posición de incertidumbre respecto de su situación de permanencia en el país, más aun teniendo presente el actual Estado de Excepción producto de la pandemia, que impide la libre circulación de las personas y en definitiva como una forma de regularizar su situación migratoria en nuestro país.»*

### 2.3. Derecho a la identidad de género

La identidad de género es un derecho fundamental implícito y un elemento intrínseco de la naturaleza humana, que constituye una de las vías más representativas del ejercicio de la igualdad ante la ley, dado que implica el derecho de toda persona a autodeterminar su orientación sexual.

#### 2.3.1. *Derecho a la identidad de género en materia de salud*

La identidad de género no es una patología ni una condición de salud, sino un atributo inherente de la personalidad y de la dignidad humana, que se materializa sobre la base del ejercicio del derecho de la igualdad ante la ley y el igual acceso que deben tener, por ejemplo, las personas transexuales, a las prestaciones de salud que requieran. Corresponde a las Instituciones de Salud bonificar la realización de las cirugías de reasignación sexual y/o las de reconstrucción corporal requeridas para completar la identidad de género de una persona.



**a. Rol n.º 97.283-2020<sup>9</sup>, apelación de protección, sentencia de fecha 10 de noviembre de 2020, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Cuarto: Que, es importante añadir la normativa internacional, reconocida por Chile y que ha obligado al Estado a resguardar y promover la no-discriminación y los derechos humanos en favor de las personas transexuales, lo cual deriva en general de la evolución social que ha tenido el mundo respecto de estas materias y que ha llevado a reflexionar y legislar al respecto, efectuando una relectura de la ley y, en otros casos, expresando nuevos conceptos para proteger la diferencia.»

Luego, el fallo transcribe y menciona diversos estatutos y cita lo señalado por la Asamblea General Organización de los Estados Americanos (OEA), quien desde el año 2008, ha aprobado, en sus sesiones anuales, cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género<sup>10</sup>.

Luego, el fallo en comento transcribe la observación general n.º 14 de Naciones Unidas, la cual dice:

«Prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de... orientación sexual<sup>11</sup>.

El Comité explicó que el fundamento de “cualquier otra condición social” que figura en el artículo 2 del Pacto incluye tanto la orientación sexual como la identidad de género»<sup>12</sup>.

«Quinto: Que de la normativa expuesta, es posible concluir, de manera sucinta que la noción de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad, entre esos aspectos se encuentra,

<sup>9</sup> En el mismo sentido, Rol n.º 88.713-2021, sentencia de fecha 18 de abril de 2022; Rol n.º 70.584-2016, sentencia de fecha 29 de mayo de 2018 (Cuarta Sala), todas de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

<sup>10</sup> Mediante las cuales se ha exigido a los Estados miembros la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios y, en ese mismo sentido, se dictó la «Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas», en la cual, entre otros puntos y en lo pertinente, reafirmó el principio de la universalidad de los derechos humanos, el que todas las personas tienen derecho al goce de éstos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición y, el de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

<sup>11</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 14, párr. 8

<sup>12</sup> En la Observación general n.º 20, párr. 32.

justamente, la libertad de elegir su género, siendo el Estado, en su condición de garante porque, como se dijo “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, quien debe crear las condiciones sociales necesarias “que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”, en lo particular, a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual<sup>13</sup>.»

«Sexto: Que habiéndose establecido que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda la actuación del poder del Estado, porque se relacionan directamente con el respeto y garantía de los derechos humanos, surge de manera lógica y concordante, como derecho fundamental implícito, el que la identidad de género, definida como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento”<sup>14</sup>, constituye un atributo de la personalidad –derecho humano–, el cual se ejerce, entre otras vías y, en lo pertinente a este caso particular, a través del ejercicio e igual acceso que deben tener las personas transexuales a las prestaciones médicas que requiera para conseguir dicho fin.

<sup>13</sup> Luego el fallo cita la opinión consultiva, la que señala que: «En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos humanos ha declarado – en su calidad de opinión autorizada en la materia y que interpreta una normativa de carácter general reconocida por nuestro país- que «el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende ‘directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona humana’. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos» (Opinión Consultiva 18/03).

Idea que repitió al señalar que: «la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación» (Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo; Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, Solicitada por la República de Costa Rica; Corte Interamericana de Derechos Humanos; p. 32).»

Así como también: «La jurisprudencia de esa Corte también ha indicado –vinculante en este caso para Chile- que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él que descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. (Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 101; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 216; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.91; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 238, y Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 109)»

<sup>14</sup> Artículo 1 de la Ley n.º 21.120

En otras palabras, la identidad de género constituye una de las vías más representativas del ejercicio de la igualdad ante la ley, porque refleja el derecho de todo individuo de autodeterminar su orientación sexual, desde que se reconoce en el individuo un ser racional, capaz de decidir y elegir su existencia. Consecuentemente, la identidad de género no es una enfermedad, patología ni una condición de salud, sino que forma parte de los atributos inherentes de la persona humana<sup>15</sup>.»

(...)

«Décimo octavo: ... la exegesis relativa a las normas que se refieren a las garantías constitucionales, deben ser siempre interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra afectada, más aun si se tiene presente, que su costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato, porque estas conforme se explicitó se deben incorporar y adaptar a los planes del salud de la usuaria, conforme a la homologación pertinente, razones por las que se impone acoger la presente acción constitucional, en los términos que se expondrá en lo resolutive del fallo».

### 2.3.2. *Derecho a la identidad de género en materia de educación*

Es deber del Estado velar por el respeto de la identidad de género en el ámbito educacional, al ser un atributo inherente de la personalidad y dignidad humana y constituir un derecho fundamental implícito. En consecuencia, resulta ilegal, carente de razonabilidad y vulneratorio de las garantías previstas en el artículo 19 numerales 1, 2 y 4 de la Carta Fundamental, que un establecimiento de educación impida el ingreso de una estudiante, vestida conforme a su identidad de género.

#### **b. Rol n.º 127.174-2020, apelación de protección, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2020, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Quinto: Que, sobre la base de lo expuesto, surge de manera lógica y consecuente, como derecho fundamental implícito, el de la identidad de género, definida como «la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento»<sup>16</sup>, entendiéndolo como un atributo de la personalidad –derecho humano–.»

(...)

«Octavo: Que, por tanto, el sistema educacional chileno, ha declarado tener como una de sus bases, el pleno desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de los estudiantes, en especial de los N.N.A., entendiendo que la identidad de género

<sup>15</sup> Circular n.º 336 de la Superintendencia de Salud.

<sup>16</sup> Artículo 1 de la Ley n.º 21.120

es un derecho fundamental, que constituye un atributo inherente a la personalidad humana de todo individuo, sin excepción.»

(...)

«Noveno: Que, asentadas las ideas anteriores, se evidencia correcta la decisión de los jueces de base de acoger la presente acción constitucional, desde que, como se dijo, es deber del Estado velar por la dignidad e igualdad en el trato a las personas transexuales en el ámbito educacional, porque la identidad de género constituye un elemento intrínseco de la naturaleza humana y, como tal, constituye una garantía fundamental que no puede ser renunciada o desconocida por ninguna persona natural o jurídica, porque lo contrario importaría transgredir la dignidad de ese ser humano en su ineludible e integral generalidad y, en este caso particular, además, el principio rector que rige la materia, esto es, el de la protección del interés superior de N.N.A.»

«Décimo: Que, con estos antecedentes, la negativa del Director de permitirle a la adolescente entrar al colegio vestida del uniforme femenino, fundada en que no se «respetó» el acuerdo adoptado con la apoderada en relación a ese aspecto, es contrario a la ley, carece de razonabilidad y vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 numerales 1, 2 y 4 de la Carta Política, desconociendo con ello su interés superior porque, se reitera, dicho actuar devela una discriminación arbitraria que se traduce en la no aceptación de la decisión de la adolescente en relación a su identidad de género, afectando con ello el derecho que tiene a elegirlo (...).»

### 2.3.3. *Derecho a la identidad de género como una manifestación del derecho a la identidad personal (cambio de nombre y sexo registral)*

El Estado de Chile deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral de una persona, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal, a fin que éstos sean acordes a su identidad de género auto-percibida. Lo anterior, porque aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regule expresamente esta situación, la obligación de no discriminación emana de los distintos tratados de derechos humanos ratificados por Chile, que otorgan este reconocimiento.

#### **c. Rol n.º 70.584-2016<sup>17</sup>, recurso de casación en el fondo, sentencia de fecha 29 de mayo de 2018, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Séptimo: Que aún cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente esta situación, la interpretación de la normativa vigente conduce a sostener, razonablemente, que no es posible rectificar el nombre de una persona sin que éste a su vez corresponda al sexo ahí señalado, de lo contrario la norma del artículo 31 inciso

<sup>17</sup> En el mismo sentido, Rol n.º 18.252-2017, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2018 (Cuarta Sala de la Corte Suprema)

segundo del Registro Civil estaría siendo violentada. En tal sentido, los jueces de instancia cometen un error al señalar que no existiendo norma que regule y autorice la materia, el cambio de nombre y sexo legal de las personas transexuales ha quedado entregado al criterio personal de cada juez en lo civil que conoce del caso, toda vez que la interpretación de las leyes nacionales, como ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia, debe ser efectuada a la luz de los principios constitucionales y legales, comenzando por el derecho a la identidad y la dignidad de las personas que se encuentran en estrecha vinculación, razón por la cual la primera le pertenece a todas las personas sin discriminación.»

En cuanto a las personas transgénero, deben ser siempre tratadas con pleno respeto y garantías a sus derechos humanos consagrados en los distintos instrumentos internacionales. Aunque la categoría prohibida de «identidad de género» no esté explícitamente mencionada en los tratados internacionales ratificados por Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha entendido subsumida en «cualquier otra condición social», tal como lo explicitó en el caso «Atala Riffo y otras contra Chile»... Así, la Corte Interamericana concluye que «la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.»<sup>18</sup>

...

En relación con el cambio de sexo, la Corte Interamericana ha explicitado que se basa en el «derecho a la identidad» el cual se funda en la autonomía de la persona y cuyos distintos aspectos están protegidos bajo varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber, sus artículos 3, 7, 11 y 13. Reitera una resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA, incluyendo a Chile, que establece que «que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana»<sup>19</sup>

Concluye en su opinión consultiva que el cambio de nombre y sexo registral, para que sean acordes a la identidad de género auto-percibida, constituyen un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho

<sup>18</sup> Caso Atala Riffo y otras contra Chile, párr. 91.

<sup>19</sup> Asamblea General, Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), «Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’», de 3 de junio de 2008, y Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), Derechos Humanos, Orientación Sexual, e Identidad de Género de 8 de junio de 2010. Asimismo, OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión «sobre el alcance del derecho a la identidad», resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3.)

al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana<sup>20</sup>.

Concluye el considerando noveno con lo siguiente<sup>21</sup>:

<sup>20</sup> «Sobre el particular del cambio de nombre y sexo registral, la Corte Interamericana concluyó que «El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.» (párr. 116). Estableció, asimismo, que para este reconocimiento «no [se] podrá[n] requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales» (párr. 146). Más bien, los Estados deben contar «con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.» (párr. 160).

<sup>21</sup> El mismo considerando señala que: «En cuanto a la vigencia de esta interpretación para el Estado de Chile, cabe recordar que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia «interpretación auténtica», por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual en caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos.»

Además, Chile ha firmado la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia el 22 de octubre de 2015. Según el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la firma obliga a los Estados a no contravenir el objeto y fin del tratado. En este caso, el objeto y fin del tratado, derivado de su título, preámbulo, obligaciones centrales y sentido global, es la prevención, eliminación, prohibición y sanción de actos y manifestaciones de intolerancia y discriminación. Define discriminación incluyendo a la «identidad y expresión de género», tal como nuestro país lo ha querido plasmar en su Ley 20.609 cuando indica en su artículo 2.º como una forma de discriminación: «Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos

«Por tanto, queda claro que las obligaciones internacionales que Chile ha contraído abarcan la prohibición de discriminación por identidad de género, incluyendo el derecho a la salud, integridad física y psíquica y la privacidad. En consecuencia, el Estado deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal.»

#### 2.4. Derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información pública constituye un derecho implícito que emana de la garantía constitucional de libertad de información y que, por tanto, nuestra Carta Fundamental asegura y reconoce a toda persona como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y la indispensable asunción de responsabilidades por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, representando, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas.

##### d. Rol n.º 725-2022<sup>22</sup>, recurso de queja, sentencia de fecha 02 de agosto de 2022, por la Corte Suprema.

«Cuarto: ... es menester consignar que, la Constitución Política de la República señala, en su artículo 8.º, que «son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional».

---

en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad»

En virtud de las cláusulas de interpretación de la CADH y también del PIDESC, si hubiera una definición más favorable de un derecho en la normativa interna del país, ha de usarse ésta última para el cumplimiento del tratado internacional. (Art. 29.b CADH, Art. 5.2 PIDESC, Art. 5.2 PIDCP)»

<sup>22</sup> En el mismo sentido, a modo ejemplar, Rol n.º 401-2020, sentencia de fecha 15 de febrero de 2022; Rol n.º 131.974-2020, sentencia de fecha 16 de agosto de 2021; Rol n.º 124.319-2020, sentencia de fecha 23 de junio de 2021; Rol n.º 85.203-2020, sentencia de fecha 28 de enero de 2021; Rol n.º 79.588-2020, sentencia de fecha 27 de enero de 2021; Rol n.º 58.508-2020, sentencia de fecha 23 de octubre de 2020; Rol n.º 31.927-2019, sentencia de fecha 25 de agosto de 2020; Rol n.º 12.683-2019, sentencia de fecha 25 de octubre de 2019; Rol n.º 5.250-2019, sentencia de fecha 22 de julio de 2019; Rol n.º 24.561-2018, sentencia de fecha 31 de diciembre de 2018; Rol n.º 2.788-2012, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012.

También, la Constitución Política asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19, n.º 12), que se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas.

La relevancia de este derecho público subjetivo queda de manifiesto al observar que, reconocido inicialmente a nivel legal, fue posteriormente recogido por la reforma constitucional de agosto de 2005 como una de las bases de la institucionalidad o como un principio fundamental del Estado Constitucional y democrático de derecho que funda el Código Político, donde la publicidad es la regla y el secreto la excepción.

(...)

Con todo, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar. Se sigue de ello que la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente.

En cumplimiento del mandato constitucional fue dictada la Ley n.º 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (la cual) establece dos mecanismos de transparencia. Uno, denominado transparencia activa, que consiste en la obligación de los órganos públicos de difundir o poner a disposición del público determinada información. Y transparencia pasiva, traducida en la obligación de entregar determinada información a los ciudadanos cuando éstos la soliciten. El legislador creó el Consejo para la Transparencia como un órgano de la Administración del Estado –con autonomía– con el fin de hacer efectivo el principio de publicidad previsto en la Carta Política y es en esa línea que lo dotó de facultades para conocer reclamos respecto de actos emanados de entidades que forman parte básicamente de la Administración del Estado.

*«Quinto: Que, puede decirse, entonces, que el derecho de acceso a la información pública es un derecho implícito que, como otros –entre ellos el derecho a la identidad personal o al desarrollo libre de la personalidad–, nuestro orden constitucional asegura a toda persona y, por tal consideración, merece íntegra protección.»*

## 2.5. Derecho de acceso a la justicia o tutela judicial

El derecho de acceso a la justicia o tutela judicial, constituye un derecho fundamental implícito en la garantía constitucional de igual protección de la ley en el ejercicio



de los derechos, cuyo objeto es la búsqueda del valor de la Justicia, que no tiene como límite el ejercicio formal de una acción.

**e. Rol n.º 19.058-2018, apelación de protección, sentencia de fecha 18 de diciembre de 2018, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Cuarto: Que no obstante lo anterior, se debe tener en consideración que el recurso ha sido interpuesto por E.E.A.A., por sí y en representación de la Comunidad Indígena Colla Pai Ote, invocando como disposiciones infringidas, entre otras, el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile con fecha 15 de septiembre de 2008 y vigente desde el 15 de septiembre de 2009, además de la «Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas» adoptada en sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de fecha 13 de septiembre de 2007, suscrita por nuestro país con la misma data.

En términos generales, tanto el Convenio n.º 169 como la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas reconocen diversos derechos fundamentales y garantías inherentes a los pueblos originarios, estableciendo como deber para los Estados firmantes, entre otros, el de fomentar su participación en la adopción de decisiones que puedan afectar tales derechos y garantías.»

Las citadas disposiciones del considerando quinto<sup>23</sup> deben ser enlazadas, a nivel del derecho interno, con el derecho fundamental de acceso a la justicia o tutela judicial, implícito en la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos contemplada en el inciso 1.º del artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política de la República, cuyo propósito es la búsqueda del valor de la Justicia, sin que éste pueda restringirse al ejercicio formal de una acción.

Finalmente, el inciso 2.º del artículo 1.º de la Ley n.º 19.253 dispone: «El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del

<sup>23</sup> «Quinto: Que, en este orden de ideas, el artículo 12 del Convenio n.º 169 dispone: «Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos».

Por su parte, el artículo 18 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas señala: «Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones». Por último, en lo que importa al recurso, el artículo 40 establece: «Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre estas controversias (...) En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos».

país (...) El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores».

«Sexto: Que, en estas condiciones, *es manifiesto que los recurrentes –pertenecientes a la Comunidad Indígena Colla Pai Ote- se han limitado de buena fe al ejercicio de la acción de protección en el contexto de su derecho fundamental de acceso a la justicia o tutela judicial*, al estimar que las acciones de la recurrida, supuestamente ilegales y arbitrarias, afectaban sus derechos y garantías, razón por la cual se debe concluir que litigaron con fundamento plausible.»

## 2.6. Secreto profesional como parte del derecho a defensa

El secreto profesional es un derecho constitucional implícito que se encuentra subsumido como uno de los presupuestos del debido proceso, particularmente vinculado al derecho a defensa jurídica, y que se manifiesta como un deber-obligación que permite asegurar a los letrados las condiciones de libertad en las que debe verificarse su debida intervención en el procedimiento.

### f. Rol n.º 2.582-2012<sup>24</sup>, recurso de queja, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, pronunciada por la Corte Suprema.

«Duodécimo: Que si bien nuestra Constitución no tiene referencia directa al secreto profesional si se observa, por ejemplo, la Carta Española de 1978 en su artículo 20 n.º 1 letra d), dicho deber-obligación se encuentra subsumido como uno de los presupuestos del debido proceso, particularmente vinculado al derecho a defensa jurídica que toda persona tiene y que se encuentra garantizado en el numeral 3.º del artículo 19 de la Carta Fundamental, norma que importa asegurar las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento. Ello es así pues, sin una legítima expectativa de confidencialidad por parte del cliente, la confianza en que esa relación se basa se vería seriamente perjudicada y con ello su derecho a defensa técnica gravemente menoscabada.»

(...)

«Vigésimo cuarto: Que para descartar esa alegación basta considerar que el secreto profesional, del modo en que se ha venido conceptualizando, está garantizado a nivel constitucional y es precisado en el Código de Ética Profesional, por lo cual se vería seriamente conculcado si se admitiera que el Consejo de Defensa del Estado está obligado a remitir al Consejo para la Transparencia los antecedentes, documentación e informes que reciba para las asesorías, defensas o patrocinios que en cumplimiento de las obligaciones que le impone su ley orgánica debe asumir en

<sup>24</sup> En el mismo sentido, Rol n.º 6.059-2013, sentencia de fecha 17 de marzo de 2014; Rol n.º 2.788-2012, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012; Rol n.º 2.423-2012, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012.

favor de autoridades y órganos del Estado. *Desde luego porque siendo un derecho constitucional implícito, asegurado a todos los letrados, pero que constituye para éstos a la vez un deber al que quedan sujetos, incluso, bajo sanción penal, el mismo no puede ser afectado por el requerimiento que haga un órgano que integra la Administración del Estado, como lo es el Consejo para la Transparencia, aun cuando la ley que lo estableció lo haya dotado de autonomía frente a los restantes órganos pertenecientes a la Administración, ya que constitucionalmente sólo mediante autorización judicial previa, la que en el presente caso no existe, podría permitirse un requerimiento tal. No es admisible entonces, porque carece de la facultad para ello, que el Consejo para la Transparencia recabe antecedentes que obran en poder del órgano del Estado encargado de la defensa fiscal y que de revelarse conduciría a la afectación de un bien jurídico de la más alta significación, el que sólo podría ceder eventualmente ante un requerimiento judicial.»*

## 2.7. Interés superior del niño y derechos de los N.N.A al disfrute del más alto nivel de prestaciones sanitarias

En aquellos casos en que se ha recurrido por la cobertura de medicamentos de alto costo en favor de niñas, niños y adolescentes, la Corte Suprema ha sostenido que, por aplicación del artículo 5.º de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile cumplir los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de tratados internacionales, tales como la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, que reconocen el derecho de éstos al disfrute del más alto nivel de prestaciones sanitarias, vinculado a su interés superior.

### g. Rol n.º 11.122-2022<sup>25</sup>, sentencia de fecha 18 de mayo de 2022, pronunciada por la Corte Suprema.

«Séptimo: Que, en relación a lo establecido precedentemente, es necesario hacer presente que el numeral 1 del artículo 24 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, suscrita por Chile y promulgada por Decreto Supremo n.º 830, de fecha 27 de septiembre de 1.990»<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, y a modo meramente ejemplar, Rol n.º 66.657-2022, sentencia de fecha 25 de agosto de 2022; Rol n.º 8.790-2022, sentencia de fecha 22 de abril de 2022; Rol n.º 60.898-2021, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2021; Rol n.º 66.045-2021, sentencia de fecha 16 de septiembre de 2021; Rol n.º 4.289-2021, sentencia de fecha 30 de julio de 2021; Rol n.º 92.151-2020, sentencia de fecha 27 de agosto de 2020; Rol n.º 43.772-2020, sentencia de fecha 24 de junio de 2020; Rol n.º 33.083-2020, sentencia de fecha 15 de mayo de 2020; Rol n.º 27.591-2019, sentencia de fecha 29 de octubre de 2019; Rol n.º 7484-2019, sentencia de fecha 01 de julio de 2019; Rol n.º 25.161-2018, sentencia de fecha 04 de febrero de 2019.

<sup>26</sup> Dicha norma dispone «Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

«Octavo: Que el instrumento antes referido, por aplicación del artículo 5.º de la Constitución de la República, resulta obligatorio para el Estado de Chile, siendo compelido a dirigir sus acciones y decisiones para asegurar que ningún niño o niña sea privado del disfrute del más alto nivel respecto de prestaciones sanitarias, a fin de resguardar el derecho a la vida e integridad física y síquica del menor recurrente en estos autos. En consecuencia, en las determinaciones de la administración de salud en Chile que involucren menores, debe prevalecer el respeto irrestricto a los compromisos adquiridos como consecuencia de la suscripción de los tratados, tales como la convención antes referida, que los criterios de orden económico, los que resultan derrotados al ser contrapuestos al interés superior del niño.»

## 2.8. Derecho a contraer matrimonio

El derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental que emana de la naturaleza humana, subsumido en la garantía constitucional de igualdad ante la ley, y que ha sido reconocido expresamente en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, aun cuando personas extranjeras carezcan de residencia legal, no pueden ser turbadas en el ejercicio de este derecho y ser sometidas a exigencias formales previas con tal fin.

### **h. Rol n.º 6.109-2018<sup>27</sup>, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2018, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Tercero: Que ya esta Corte Suprema ha sostenido antes la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. Ello se deduce del texto del artículo 1.º de la Constitución Política de la República y del reconocimiento expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.»

«Cuarto: Que, en relación a la validez actual del Decreto Ley n.º 1094, los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, puesto que tratándose de una norma constitucional posterior pueden recurrir al criterio temporal para resolverlo, conforme al principio que ante una antinomia o contradicción entre normas jurídicas, debe tenerse presente que una: «Ley posterior deroga a la ley anterior, si versan sobre la misma materia».

---

Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios».

<sup>27</sup> En el mismo sentido, y a modo meramente ejemplar, Rol n.º 85.147-2020, sentencia de fecha 31 de marzo de 2021; Rol n.º 33.316-2019, sentencia de fecha 20 de julio de 2020; Rol n.º 20.502-2018, sentencia de fecha 29 de octubre de 2019; Rol n.º 12.130-2018, sentencia de fecha 12 de julio de 2018; Rol n.º 6.111-2018, sentencia de fecha 18 de abril de 2018.

(...)

«Sexto: Que la disposición legal en referencia permite a las autoridades estatales, requeridas en actos de su competencia, exigir a los extranjeros que comprueben la legalidad de su residencia.

Las citadas normas constitucionales reconocen la posibilidad de contraer matrimonio como un derecho que emana de la naturaleza humana, por lo tanto que no puede estar sometido a exigencias formales previas.

Surge así una antinomia, contradicción o falta de armonía que deber resolverse en favor de la salvaguarda de la igualdad de derechos e igualdad ante la ley y la justicia de todas las personas que habitan nuestro país, incluidos los extranjeros, por lo cual resulta injustificadamente discriminatoria la exigencia efectuada a quienes no son nacionales chilenos que se encuentran irregularmente en nuestro país, que presenten su cédula de identidad para contraer matrimonio. Esto, sin perjuicio de cumplir las demás determinaciones que la autoridad administrativa haya dispuesto a su respecto. Conclusión que adquiere mayor fundamento si se tiene en consideración el hecho que la Contraloría General de la República dispuso que esa exigencia ya no es exigible a los extranjeros que se encuentran irregularmente en nuestro país, para inscribir el nacimiento de sus hijos.

Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho, a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho. Por su parte, la norma legal, indirectamente, y por vía interpretativa de la autoridad administrativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio a la ciudadana extranjera por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile.

Por tales razonamientos es posible concluir que la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975 se encuentra derogada por las diferentes disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de una extranjera que habita en Chile.»

## 2.9. Derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen constituye una proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el nombre, un signo genuino de identificación de todo individuo. Si bien nuestra Constitución no lo garantiza expresamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que se encuentra implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona.

**i. Rol n.º 13.407-2022<sup>28</sup>, sentencia de fecha 03 de agosto de 2022, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Cuarto: Que, por otro lado, el derecho a la propia imagen ha sido entendido por esta Corte como: «Referido a una proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el nombre, un signo genuino de identificación de todo individuo» (C.S. Rol n.º 2506-2009).

(...)

«Quinto: Que, en lo tocante al resguardo constitucional del derecho a la propia imagen, a que precisamente tiende la acción propuesta en autos, es cierto que el artículo 20 de la Carta Fundamental no lo enumera determinadamente entre las garantías susceptibles de ampararse por ese arbitrio cautelar, pero, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 n.º 4 de la Carta Fundamental, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar.»

«Sexto: Que, por lo mismo, se ha señalado que la primera y más antigua dimensión de la protección a la propia imagen se vincula estrechamente con el derecho a la vida privada, hecho que estuvo presente en los redactores del artículo que dio comienzo a la moderna discusión del «right to privacy.»

El titular del derecho a la privacidad de su propia imagen tiene la facultad de controlarla y por tanto, el poder de impedir la divulgación, publicación o exhibición de los rasgos que la singularizan y comprende, naturalmente, su imagen propiamente tal, su voz, y su nombre, protegiendo con esto el ámbito privado de su persona y su entorno familiar, el cual queda, indudablemente, sustraído al conocimiento del alcance de terceros. Esta protección reviste especial importancia en la actualidad, dado el creciente desarrollo de tecnologías y procedimientos que posibilitan enormemente la captación, difusión y deformación de imágenes de las personas.»

No obstante que la Constitución de 1980 no incorporó el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental, los tribunales superiores de justicia de nuestro país han acogido acciones vinculadas a las dimensiones que reviste su protección. De este

<sup>28</sup> En el mismo sentido, y a modo meramente ejemplar, Rol n.º 12.021-2022, sentencia de fecha 03 de agosto de 2022; Rol n.º 94.623-2021, sentencia de fecha 06 de enero de 2022; Rol n.º 81.246-2021, sentencia de fecha 10 de noviembre de 2021; Rol n.º 47.309-2021, sentencia de fecha 04 de agosto de 2021; Rol n.º 132.263-2020, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2020; Rol n.º 127.201-2020, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2020; Rol n.º 2327-2019, sentencia de fecha 22 de abril de 2019; Rol n.º 16.439-2018, sentencia de fecha 06 de septiembre de 2018; Rol n.º 33.280-2016, sentencia de fecha 03 de octubre de 2016; Rol n.º 9.973-2015, sentencia de fecha 10 de noviembre de 2015; Rol n.º 21.499-2014, sentencia de fecha 08 de octubre de 2014; Rol n.º 9.970-2011, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2011; Rol n.º 2.506-2009, sentencia de fecha 9 de junio de 2009.

modo, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado, precisamente, respecto del derecho a la propia imagen, vinculándolo con el derecho a la vida privada, al honor y a su crédito comercial.<sup>29)</sup>»

## 2.10. Derecho al buen nombre

El buen nombre constituye un derecho personalísimo que forma parte del derecho a la honra, consistente en el concepto que del individuo tienen los demás miembros de la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales.

### **j. Rol n.º 81.246-2021<sup>30</sup>, sentencia de fecha 10 de noviembre de 2021, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Décimo: Que aunque la libertad de expresión ha sido fundamental en el imaginario mundo de la comunicación en el ciber espacio, la experiencia ha demostrado que en los entornos de comunicación virtual ella puede entrar en conflicto con otras libertades individuales, como son por ejemplo el derecho al buen nombre, cuando este es vulnerado con una afirmación deshonrosa publicada en un grupo, frente a la cual la persona tiene limitadas posibilidades de exigir y lograr una pronta corrección.»

«Undécimo: Que conforme a lo anteriormente razonado, la libertad de expresión no tiene un carácter absoluto y, por cierto, queda limitada por el derecho al buen nombre que le asiste al afectado por las expresiones deshonrosas que se han vertido en una red social pública.»

## 2.11. Derecho al olvido

El derecho al olvido se ha conceptualizado como una herramienta que asiste a las personas naturales a requerir que se borre la información sobre ellas después del paso de un determinado lapso de tiempo, considerando que la permanencia de ésta en bases de datos o plataformas puede estigmatizarlas o afectar su honra y privacidad. Si bien

<sup>29</sup> ANGUITA RAMÍREZ, Pedro, *La Protección de Datos Personales y el Derecho a la Vida Privada. Régimen Jurídico. Jurisprudencia y Derecho Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 155 -156.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, y a modo meramente ejemplar, Rol n.º 13.402-2022, sentencia de fecha 03 de agosto de 2022; Rol n.º 12.021-2022, sentencia de fecha 03 de agosto de 2022; Rol n.º 41.011-2021, sentencia de fecha 03 de noviembre de 2021; Rol n.º 47.309-2021, sentencia de fecha 04 de agosto de 2021; Rol n.º 39.664-2020, sentencia de fecha 30 de abril de 2020; Rol n.º 90.737-2020, sentencia de fecha 11 de diciembre de 2020; Rol n.º 2.327-2019, sentencia de fecha 22 de abril de 2019; Rol n.º 20.403-2018, sentencia de fecha 09 de enero de 2019; Rol n.º 2.536-2015, sentencia de fecha 05 de mayo de 2016.

en Chile no hay referencias expresas en la Constitución ni regulación legal sobre este derecho, ha encontrado buena acogida en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>31</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado sobre dicho derecho, en las siguientes tres situaciones:

### 2.11.1. *Prevalencia del derecho a la información cuando se compromete el interés público*

Si la información se considera de interés público debido a la actualidad y relevancia del hecho, el derecho a la información tiende a prevalecer. En caso contrario, la reserva de la información personal ha de imponerse a través de su supresión de los motores de búsqueda, pero sin que ello implique la eliminación absoluta de todo antecedente en todos los sistemas dispuestos para su registro: el acceso a la información se limita a las fuentes oficiales, de manera que puedan ser siempre consultadas por quien tenga un interés real en conocerla y con alguna finalidad específica.

De esta forma, la jurisprudencia ha señalado que:

«Quinto: Que, a mayor abundamiento, el principal cuestionamiento del actor radica en que se mantienen indexadas en las bases de datos de los motores de búsqueda Google y Bing, noticias manifiestamente desactualizadas, y no tanto en la ausencia de respuesta de parte de las aludidas empresas periodísticas.»

«Sexto: Que, en cuanto al fondo, la recurrente tacha de arbitraria e ilegal la mantención de diversas publicaciones electrónicas efectuadas entre los años 2013 a 2016 y que hasta la fecha se conservan indexadas en las bases de datos de los motores de búsqueda Google y Bing, además del portal web del Poder Judicial [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), cuya administración compete a la Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial. Cabe precisar, desde luego, que la afectación a las garantías fundamentales de la vida e integridad psíquica, la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, y la protección de la honra, la vida privada y los datos personales, invocadas por el recurrente, no se originan en la inexactitud, falta de integridad o falsedad de la noticia, sino en su permanencia en la web en tanto datos desactualizados, vale decir, es su publicación constante e indefinida, como teme que ocurra, la actuación que objeta en su recurso.»

«Séptimo: Que, en las condiciones vertidas en la motivación precedente, corresponde determinar la procedencia a favor del actor de la eliminación, cancelación o actualización de una información desfavorable, accesible desde cualquier punto de la red informática mundial internet, por concurrir un motivo plausible que en este

<sup>31</sup> VIVANCO, Ángela. «El derecho al olvido y el eventual poder que tenemos sobre nuestra propia “historia”», en Sentencias destacadas 2016, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2017, pp. 349-382.



caso correspondería a la desactualización de la noticia y el menoscabo a la imagen personal del afectado, según éste invoca en su recurso.»

«Octavo: Que, a los efectos de resolver el asunto planteado debe determinarse el modo en que se conjugan y preservan las garantías constitucionales en potencial conflicto, esto es, por un lado, la protección del derecho a la integridad psíquica y la honra y, por el otro, las libertades de informar, de expresión y de emitir opinión. Sobre el punto, durante un primer tiempo los intereses amparados bajo la forma de las referidas libertades fundamentales garantizadas en la Constitución Política de la República pueden llegar a superponerse a las garantías de signo contrario concernientes a la integridad síquica y a la honra; lapso inicial en el que es necesaria y útil que la información se haga pública frente al derecho individual amagado, existiendo un legítimo interés de la comunidad en contar con la referida información. Sin embargo, este predominio decae al extenderse el lapso de la publicación y sobreviene un segundo período en el que la persistencia de la publicación se va tornando inútil desde la perspectiva del rendimiento de una noticia caduca para la libertad de información y de emitir opinión, pero sin embargo persiste la perturbación a la honra, la integridad síquica del afectado y la afectación a su legítima expectativa de reintegrarse en plenitud a la sociedad.

Como puede advertirse, con especial intensidad se presenta en el ámbito penal la colisión potencial entre el derecho al olvido del pasado judicial como vía idónea para preservar la honra y el derecho a la información, comprensivo del ágil acceso a la misma, donde el elemento temporal juega un rol preponderante según se ha esbozado. En efecto, si la información se considera de interés público debido a la actualidad e importancia del hecho, el derecho a la información tiende a prevalecer. En caso contrario, la reserva de la información personal se impone a través de su supresión de la red pública digital, pero sin que ello implique la eliminación absoluta de todo antecedente en todos los sistemas dispuestos para su registro: el acceso a la información se limita a las fuentes oficiales, de manera que puedan ser siempre consultadas por quien tenga un interés real en conocerla y con alguna finalidad específica.»<sup>32</sup>.

### 2.11.2. *Deber de actualización o complementación de noticias publicadas*

No procede la eliminación de la noticia publicada lícitamente. Sin perjuicio de ello, el medio de comunicación tiene un deber de actualización o contextualización de las noticias que, por el paso del tiempo, devienen en incorrectas o incompletas, lesionando los derechos de los afectados.

«Tercero: Que, como es sabido y se ha señalado por esta Corte el denominado derecho al olvido que invoca el recurrente no está establecido en nuestra legislación, por lo que la decisión de otorgar la cautela jurisdiccional que se invoca debe ser

<sup>32</sup> Rol n.º 18.818-2019, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2019.

analizada desde la perspectiva de los derechos que se pueden ver afectados, el de la libertad de información y el derecho a la honra o en su caso, como sostienen algunos autores, el derecho a la vida privada.»

(...)

«Sexto: Que por consiguiente, la información publicada que vincula al actor con la comisión de un delito de malversación de caudales públicos (...) innegablemente es una información que en todos sus extremos tanto respecto del *factum* imputado, su calificación, así como de la calidad de su presunto autor está dentro del ámbito protegido por el derecho fundamental de la libertad de información, siendo subsistente el interés público comprometido en el conocimiento de aquella información, no sólo en su origen, a propósito de lo que en este caso fue lo publicado, sino también en su conclusión lo que incide en el sobreseimiento definitivo del actor y que evidentemente no se visualiza en la noticia en cuestión.

En dicho escenario, en este caso no procede la eliminación de la noticia que en su día fue publicada lícitamente, sin embargo, es un deber de las empresas periodísticas recurridas complementarla a efectos de actualizar el dato, incorporando además, un link con el texto íntegro de la resolución que declaró el sobreseimiento definitivo del recurrente, procedimiento que permitirá ciertamente a quienes accedan a esta noticia conocer lo dictaminado finalmente por los tribunales de justicia en favor del actor.»

«Séptimo: (respecto de algunos recurridos) cabe concluir que existe una actuación arbitraria, puesto que mantienen una publicación en que la información es parcial, ya que al no ser actualizada han omitido parte relevante de ésta como lo es el sobreseimiento definitivo del actor dictaminado hace más de dos años y nada menos que por aparecer claramente establecida su inocencia, vulnerándose así el derecho a la honra que garantiza el n.º4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República...»<sup>33,34</sup>

### 2.11.3. *Responsabilidad de los motores de búsqueda*

Si bien los motores de búsqueda no crean los datos y contenidos publicados en la web, no es posible afirmar que éstos siempre quedarán exentos de responsabilidad por dicha circunstancia. Bajo ciertas condiciones, puede existir responsabilidad del

<sup>33</sup> Rol n.º 140.332-2020, apelación de protección, sentencia de fecha 26 de febrero de 2021.

<sup>34</sup> En el mismo sentido, las siguientes sentencias de la Tercera Sala de la Corte Suprema: Rol 90.746-2020, sentencia de fecha 20 de julio de 2021 (Considerandos Quinto, Séptimo y Octavo); Rol 41.260-2019, sentencia de fecha 19 de mayo de 2020 (Considerandos Cuarto, Noveno y Décimo); Rol 18.818-2019, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2019 (Considerandos Duodécimo y Décimo Tercero); Rol 14.034-2019, sentencia de fecha 05 de agosto de 2019 (Considerandos Cuarto y Sexto); Rol 23.107-2018, sentencia de fecha 15 de enero de 2019 (Considerandos Cuarto y Noveno); Rol 20.406-2018, sentencia de fecha 03 de enero de 2019 (Considerandos Cuarto, Noveno y Décimo); Rol 65.341-2016, sentencia de fecha 24 de julio de 2017 (Considerandos Quinto y Décimo).

buscador, si se considera que las actividades que éstos realizan pueden, eventualmente, corresponderse con los verbos que señala el artículo 2.º letra o) de la Ley n.º 19.628, de modo que no puede sostenerse *ex ante* la irresponsabilidad de dichos motores en el tratamiento de los datos personales, como tampoco afirmarse su responsabilidad objetiva. Tal es el caso de la sentencia de la Corte Suprema de Chile, Rol n.º 28.480-2018, sentencia de fecha 20 de marzo de 2019, cuyos considerandos de relevancia son:

«Cuarto: Que, en cuanto a la función específica que la recurrida cumple en su condición de motor de búsqueda de Internet, este Tribunal ha señalado que: «(...) si bien se comparte que Google es un buscador de Internet y como tal no es el creador de los datos y contenidos publicados en la web, no es posible afirmar que siempre quedará exento, y a todo evento, de responsabilidad por esta sola circunstancia. Como acertadamente señala el TJUE, bajo ciertas condiciones –en armonía con la legislación interna y con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado- puede haber responsabilidad del buscador, sobre todo si se considera que las actividades que realiza el motor de búsqueda consistentes en «recoger» información, que luego «extrae» «organiza» y «registra» en el marco de programas de indexación; «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» a sus usuarios, podrían eventualmente corresponderse con los verbos que señala el artículo 2o letra o) de la Ley No 19.628, de modo que no puede sostenerse *ex ante* la irresponsabilidad de Google en el tratamiento de los datos personales como tampoco afirmarse su responsabilidad objetiva, que parecen ser los extremos que defienden las partes de este juicio, debiendo resolverse la situación en cada caso concreto conforme al mérito de los antecedentes.

De acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, en cada caso particular habrá de ponderarse el grado de afectación que supone la mantención de datos de carácter personal en la base indexada por los motores de búsqueda, toda vez que el tratamiento de los datos personales se encuentra sometido a las disposiciones de la Ley n.º 19.628, sin perjuicio de lo señalado en la letra p) del artículo 85 de la Ley n.º 17.336.»<sup>3536</sup>.

## 2.12. Derecho humano de acceso al agua potable

Conforme a los compromisos adquiridos por el Estado de Chile, al suscribir y ratificar tratados internacionales en materia de derechos humanos y otros instrumentos, y conforme a las directrices entregadas por la Organización Mundial de la Salud, existe la obligación de proteger y garantizar el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación, principalmente tratándose de grupos vulnerables y protegidos por el Derecho Internacional.

<sup>35</sup> Rol n.º 28.480-2018, sentencia de fecha 20 de marzo de 2019.

<sup>36</sup> En el mismo sentido, Rol n.º 19.134-2018, sentencia de fecha 22 de enero de 2019.

**k. Rol n.º 72.198-2020<sup>37</sup>, sentencia de fecha 18 de enero de 2021, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Séptimo: Que el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del Derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5, inciso 2.º, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1.º y 4, todos los cuales se insertan en el capítulo I del Texto Político, intitulado «De las Bases de la Institucionalidad».

Así, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida, desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de «vida digna», que incluye el derecho de acceso al agua. En la misma dirección, la Convención establece el derecho a la integridad personal en su artículo 5 n.º 1: «Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral».

(...)

«Noveno: De las disposiciones recientemente citadas, emerge nítidamente una conclusión irredargüible: toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones.»

«Décimo: Que, si el derecho al agua es un derecho humano fundamental, con mayor razón lo es tratándose de ciertos grupos vulnerables y categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los pobres de zonas urbanas y rurales; las mujeres (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979); los niños (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989); las personas con discapacidad (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006); los refugiados y las personas internamente desplazadas; y los pueblos indígenas (Folleto Informativo n.º 35: «El derecho al agua», *op. cit.*, páginas 19 a 26).»

«Undécimo: Que, respecto de estos grupos y categorías protegidas, la obligación del Estado es especialmente intensa considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. De esta manera, el Estado de Chile, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y los demás órganos competentes debe asegurar la provisión de, a lo menos, 100 litros diarios por persona, respecto de estos grupos o categorías protegidas, modificando los criterios y requisitos establecidos en el Oficio

<sup>37</sup> En el mismo sentido, Rol n.º 92.616-2021, sentencia de fecha 10 de febrero de 2022; Rol n.º 78.670-2021, sentencia de fecha 21 de enero de 2022; Rol n.º 5.413-2021, sentencia de fecha 16 de abril de 2021; Rol n.º 131.140-2020, sentencia de fecha 23 de marzo de 2021.

Ordinario n.º 18.087 de 31 de diciembre de 2016 de la Subsecretaría del Interior, a fin de garantizar el acceso del vital elemento a favor de estos grupos.»

## 2.13. **Derechos fundamentales reconocidos a personas con capacidades especiales**

Las personas con capacidades especiales gozan de los mismos derechos fundamentales que todo ser humano y a los derechos expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH<sup>38</sup>, constituyendo un límite a la soberanía nacional, conforme al artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución chilena vigente.

### 1. **Rol n.º 11.443-2019<sup>39</sup>, sentencia de fecha 16 de junio de 2021, pronunciada por la Corte Suprema.**

«Sexto: Que como lo ha señalado esta Corte en otras oportunidades, a saber, Roles n.ºs 8.034-2018, 41.388-2017 y 41.884-2017, a la luz de la normativa internacional que rige la materia -Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad- es dable concluir que las personas con capacidades especiales gozan de los mismos derechos fundamentales que todo ser humano, que deben ser respetados, y que cualquier acto u omisión que se traduzca en una discriminación en razón de su discapacidad, afecta no solo su dignidad sino la igualdad en el ejercicio de dichos derechos; y, atendido lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2.º, de la Constitución Política de la República, configura lo que se denomina «bloque constitucional de derechos fundamentales», que la doctrina lo entiende como «...el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5.º inciso segundo de la Constitución chilena vigente».

<sup>38</sup> La disposición citada dispone «Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno».

<sup>39</sup> En el mismo sentido, Rol n.º 8.034-2018, sentencia de fecha 10 de octubre de 2019; Rol n.º 41.884-2017, sentencia de fecha 09 de octubre de 2018; Rol n.º 41.388-2017, sentencia de fecha 25 de julio de 2018, todos de la Cuarta Sala de la Corte Suprema.

## 2.14. Principio de no devolución en relación a la protección de la condición de refugiado

La protección de la condición de refugiado y el principio de no devolución de los ciudadanos extranjeros que han solicitado tal protección conforme al ordenamiento jurídico chileno, deberán prevalecer por sobre el derecho interno, por razones de jerarquía normativa, de control de convencionalidad y de cumplimiento del deber de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales que imponen al Estado de Chile, la Convención de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 5 inciso 2.º de la Constitución Política de la República.

### m. Rol n.º 69.492-2021<sup>40</sup>, sentencia de fecha 20 de septiembre de 2021, pronunciada por la Corte Suprema<sup>41</sup>.

«Undécimo: Que, así las cosas, lo que esta Corte debe dilucidar es si la existencia de órdenes de expulsión vigentes, decretadas por la autoridad competente con anterioridad a la solicitud de refugio, constituye o no un impedimento para solicitar refugio conforme a la Convención de Ginebra, a la Ley n.º 20.430 y su Reglamento.»

(...)

«Como se indicó, el principio de no devolución se encuentra establecido en los artículos 31 y 33 de la Convención de Ginebra y en el inciso 1.º del artículo 4 de la Ley n.º 20.430, en términos de una prohibición para el Estado de expulsar o disponer cualquier medida que tenga por resultado la devolución del extranjero a su país de origen o a otro cualquiera, siempre que se hubiere solicitado la condición de refugiado, que es precisamente lo que acontece en el presente caso.»

«Duodécimo: Que la interpretación anterior es la que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otros, en el caso «Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia.»

<sup>40</sup> En el mismo sentido, Rol n.º 129.214-2020, sentencia de fecha 26 de julio de 2021; Rol n.º 138.326-2020, sentencia de fecha 26 de julio de 2021; Rol n.º 131.078-2020, sentencia de fecha 15 de marzo de 2021; Rol n.º 131.056-2020, sentencia de fecha 15 de marzo de 2021; Rol n.º 129.433-2020, sentencia de fecha 18 de enero de 2021.

<sup>41</sup> En este mismo sentido, la Tercera Sala de la Corte Suprema además ha señalado, en relación al artículo 32 del Decreto Supremo n.º 837 de 14 de octubre de 2010 (Reglamento de la Ley n.º 20.430), que en cuanto dicha norma dispone que «no pueden formalizar la solicitud de refugiados aquellos que tengan medida de expulsión vigente, mientras ésta no se suspenda o se deje sin efecto», ésta debe ser interpretada conforme al Principio de No Devolución, expresando en tal sentido que «la clave para interpretar tal disposición está en la frase final del mencionado artículo, que dispone que se respetara el principio de no devolución, «mientras se resuelve al respecto». Lo anterior sólo puede tener una lectura, que se vincula con la facultad de suspender la orden de suspensión, permitiendo la formalización de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, hasta que esta sea resuelta.» (Rol n.º 23.261-2019, sentencia de fecha 29 de octubre de 2019 y Rol n.º 19.536-2019, sentencia de fecha 29 de octubre de 2019.

En efecto, por sentencia de 25 de noviembre de 2013, la Corte señaló que la detención de una persona en situación migratoria irregular nunca debe ser con fines punitivos, además de que el Estado debe analizar cada caso y considerar medidas menos restrictivas.

Por otra parte, y en cuanto al punto específico de la solicitud de refugio, la Corte privilegió el derecho de buscar y recibir asilo, así como el principio de no devolución, contenidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales no fueron respetados por el Estado de Bolivia al rechazarse su solicitud de refugio sin un adecuado análisis.

La Corte incluso va más allá, al extender el principio de no devolución a personas que no son solicitantes de asilo o refugio cuando «su vida, integridad y/o libertad (e incluso formas del debido proceso) estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentra.»

«Décimo tercero: Que, de la manera en que se reflexiona, por razones de jerarquía normativa, de control de convencionalidad y en cumplimiento del deber de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales que al Estado imponen la Convención de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 5 inciso 2.º de la Constitución Política de la República, se debe concluir que tales preceptos y principios han de prevalecer frente a los artículos 6.º de la Ley n.º 20.430, y 8 y 32, inciso final, de su Reglamento. En consecuencia, aun cuando las órdenes de expulsión de los recurrentes son anteriores a las respectivas solicitudes de refugio y se encuentran vigentes, se debe preferir la aplicación de las disposiciones de rango constitucional, que propenden a la no devolución de los ciudadanos extranjeros que han solicitado refugio conforme al ordenamiento jurídico.»

## 2.15. Principio de confianza legítima como fuente generadora de derechos estatutarios frente a la Administración

La Corte Suprema afirma en su jurisprudencia que «En virtud de este principio, el juez podrá sancionar la utilización regular en sí misma, por parte del autor del acto o norma administrativos que han sido cuestionados por afectar a tal principio. Y ello porque el ejercicio de tales poderes de normación o resolución se ha llevado a cabo en condiciones que “sorprenden la confianza que los destinatarios de la norma discutida podían legítimamente tener en que el marco jurídico de desenvolvimiento de su actividad no sería modificado, sin al menos la adopción de ciertas medidas transitorias»<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> CASTILLO BLANCO, Federico, *Protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 108.

A modo ejemplar, en materia de cambios de criterio de la Administración, la Corte Suprema ha sostenido que éstos sólo pueden ampararse en razones legítimas, «las que deben expresarse, fundamentarse y sostenerse con claridad y precisión frente al administrado»<sup>43</sup>, dado «que las actuaciones de los poderes públicos generan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones»<sup>44</sup>. Frente a ello, la protección de la confianza legítima se alza como expresión de previsibilidad y estabilidad de las relaciones jurídicas entre el Estado y sus administrados, buscando dar certeza y seguridad a las situaciones jurídicas creadas a partir de las propias actuaciones anteriores de la Administración.

Tratándose de empleo público, particularmente en materia de no renovación o término anticipado de contratos, el máximo tribunal ha sostenido como criterio general, que luego de reiteradas y sucesivas renovaciones de un contrato, se genera respecto del funcionario «la confianza legítima de mantenerse vinculad[a] con la Administración, de modo tal que su relación sólo puede terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita»<sup>45</sup>.

### 3. DERECHOS NUEVOS EN LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN<sup>46</sup>

En noviembre de 2019, como consecuencia de las masivas manifestaciones ciudadanas iniciadas en octubre de ese mismo año, se anunció un acuerdo político para

<sup>43</sup> Rol n.º 59.302-2021, sentencia de fecha 14 de febrero de 2022.

<sup>44</sup> Rol n.º 47.588-2016, sentencia de fecha 05 de diciembre de 2016.

<sup>45</sup> Rol n.º 19.111-2021, sentencia de fecha 12 de julio de 2021.

<sup>46</sup> La propuesta de nueva constitución fue rechazada en el plebiscito de 4 de septiembre de 2022.

El 12 de diciembre de 2022, se celebró el «Acuerdo por Chile», en el que se establecieron no sólo los órganos que conformarán el proceso constituyente, sino que también se señalan las Bases Constitucionales, entre las que podemos mencionar el carácter de República Democrática, la soberanía nacional, la forma de Estado Unitario, límites a la soberanía, reconocimientos de los pueblos indígenas, que Chile es un Estado social y Democrático de Derecho, la existencia de 3 poderes separados e independientes entre sí, como son el Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo Bicameral, la consagración de diversos órganos autónomos constitucionales, entre otros principios.

Con fecha 17 de enero de 2023 se promulgó la Reforma a la Constitución que establece el Nuevo Proceso Constituyente, el cual es el producto del “Acuerdo por Chile”. En él, se establece que se elegirá un Consejo Constitucional, compuesto por 50 personas elegidas por votación popular directa de acuerdo con el sistema electoral aplicable a las circunscripciones senatoriales, bajo sufragio universal y obligatorio, con listas abiertas compuestas por partidos o pactos de partidos, que podrán incluir a personas independientes. El Consejo Constitucional se integrará bajo el principio de paridad de entrada y salida y las elecciones se realizarán el 7 de mayo de 2023.

Igualmente, la Cámara de Diputados y el Senado elegirán a los miembros de la Comisión Experta, la cual estará compuesta por 24 personas, quienes tendrán como misión proponer al Consejo Constitucional un anteproyecto de propuesta de nueva Constitución, y realizar las demás funciones que esta Constitución le fije.

Finalmente, existirá un Comité Técnico de Admisibilidad, órgano compuesto por 14 personas, que será encargado de resolver los requerimientos que se interpongan contra aquellas propuestas de normas aprobadas por la Comisión o por el plenario del Consejo Constitucional, o por la Comisión Experta.



generar una nueva constitución que reemplazara a la de 1980, el cual implicó un plebiscito de entrada, que se desarrolló el 25 de octubre de 2020 y en el cual la ciudadanía debía manifestarse respecto de dos consultas. Tal como lo dispone el artículo 130 de la Constitución, las cédulas contenían las siguientes preguntas: “¿Quiere usted una Nueva Constitución?” pudiendo aprobar o rechazar, y la segunda: “¿Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución?”, siendo las alternativas “Convención Mixta Constitucional” o “Convención Constitucional”.

En el plebiscito señalado resultó ganadora la opción relativa a la elaboración de una nueva constitución y que está la realizara una Convención Constitucional elegida plenamente al efecto. Esta opción resultó vencedora con casi el 80% de los votos y tuvo una participación de 7.500.000 de electores.

Con el triunfo de la opción Apruebo en el plebiscito de octubre de 2020, se inició el proceso para elegir en mayo de 2021 una Convención Constitucional, compuesta por 155 integrantes elegidos bajo las normas de las elecciones de la Cámara de Diputadas y Diputados, de los cuales 17 escaños están reservados para los pueblos originarios.

La Convención Constitucional inició sus sesiones el 4 de julio de 2021. El plazo máximo para la redacción de la nueva constitución era el 4 de abril de 2022 (al cumplirse nueve meses desde su instalación); en caso de usarse la prórroga prevista en el art.137 de la constitución vigente, este plazo vencería el 4 de julio de 2022. Tras la aprobación de su Reglamento General y otras normas anexas, el inicio del debate constitucional ocurrió el 18 de octubre de 2021.

Luego de un año de funcionamiento, la Convención Constitucional finalizó sus funciones y se declaró disuelta el 4 de julio de 2022; en la misma ocasión fue presentado el texto definitivo de la propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, que fue sometida a plebiscito el 4 de septiembre del mismo y finalmente rechazada por un resultado del 62% en contra de esta propuesta. En este proceso participaron más de 13.000.000 de electores, siendo una cifra récord de participación.

Una de las características del texto aprobado por la Convención Constitucional y sometido al plebiscito de septiembre de 2022 era el establecimiento de un innovador catálogo de más de 100 derechos, el cual fue calificado como uno de los más progresistas del mundo a nivel de constituciones. Destacaba también el carácter maximalista del texto constitucional, con sus casi 400 artículos, los principios ecológicos que de ella emanan y el establecimiento de la plurinacionalidad, entre otros aspectos.

---

Con todo, ya se han presentado algunas mociones parlamentarias con miras a ampliar el catálogo de derechos contenida en ella, como es el caso del boletín 15333-07 que «modifica los artículos 19 y 20 de la Carta Fundamental, con el objeto de establecer el derecho a la vivienda y su inclusión dentro de los derechos y garantías considerados en el recurso de protección. Dicha moción fue presentada por los senadores Elizalde, Galilea, Gática, Sandoval y Walker, el 12 de septiembre de 2022.

### 3.1. **Derechos con una correlación con el catálogo de derechos existente en la Constitución vigente**

#### 3.1.1. ***Derecho a la vida, medioambiente, seguridad social y salud***

La propuesta de Nueva Constitución, en lo que refiere al derecho a la vida, en su artículo 21 incorporaba los conceptos de integridad psicosocial, sexual y afectiva. Por último, se consagraba el derecho a la muerte digna.

Igualmente, la propuesta señalaba que toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos

En la propuesta de Nueva Constitución, en su artículo 44, se consagraba el derecho a «la salud». Además, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la medicina tradicional y se crea el Sistema Nacional de Salud.

Por otro lado, en los artículos 103 a 106, la naturaleza pasaba a ser titular de derechos y se introduce el concepto de ecología.

También hay derechos de las personas en cuanto a los derechos de la naturaleza, como son: «el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y derecho al aire limpio durante el ciclo de vida.»

Finalmente, se contemplaba que la ley podría establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos para proteger el medioambiente y la naturaleza.

El artículo 45 indicaba que toda persona tiene derecho a la seguridad social<sup>47</sup>.

#### 3.1.2. ***Igualdad***

En cuanto a la igualdad, agregaba en los incisos 3.º y siguientes del artículo 25, que el Estado asegura «la igualdad de género para las mujeres, niñas, diversidades y disidencias sexuales y de género, tanto en el ámbito público como privado. Agregaba o especificaba las categoría sospechosas<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> «Derecho a la seguridad social, fundada en los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, igualdad, suficiencia, participación, sostenibilidad y oportunidad.

La ley establecerá un sistema de seguridad social público, que otorgue protección en caso de enfermedad, vejez, discapacidad, supervivencia, maternidad y paternidad, desempleo, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y en las demás contingencias sociales de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo. En particular, asegurará la cobertura de prestaciones a quienes ejerzan trabajos domésticos y de cuidados.»

<sup>48</sup> «Está prohibida toda forma de discriminación, en especial cuando se funde en uno o más motivos tales como nacionalidad o apatridia, edad, sexo, características sexuales, orientación sexual o afectiva, identidad y expresión de género, diversidad corporal, religión o creencia, raza, pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal, opiniones políticas o de otra naturaleza, clase social, ruralidad, situación migratoria o de refugio, discapacidad, condición de salud mental o física, estado civil, filiación o condición social, y cualquier otra que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos.»

Finalmente, disponía que las acciones que debe tomar el Estado para la corrección de dichas situaciones<sup>49</sup>.

### 3.1.3. *Libertad individual*

En cuanto a las penas, el artículo 23 prohibía las penas de destierro, relegación o ser sometido a desplazamiento forzado, así como al exilio (aún cuando no es una pena contenida en nuestro Código Penal).

Igualmente, el artículo 122, disponía una nueva regulación a la indemnización por error judicial<sup>50</sup>.

### 3.1.4. *Libertad de conciencia*

El artículo 65 se refiere particularmente al respeto de la integridad cultural de los pueblos indígenas.

Asimismo, reconoce la espiritualidad como elemento esencial del ser humano.

### 3.1.5. *Autodeterminación informativa*

El artículo 87 incluía que «toda persona tiene derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de datos personales. Este derecho comprende la facultad de conocer, decidir y controlar el uso de los datos que le conciernen, acceder, ser informada y oponerse al tratamiento de ellos, y a obtener su rectificación, cancelación y portabilidad, sin perjuicio de otros derechos que establezca la ley.

El tratamiento de datos personales solo podría efectuarse en los casos que establezca la ley, sujetándose a los principios de licitud, lealtad, calidad, transparencia, seguridad, limitación de la finalidad y minimización de datos.»

<sup>49</sup> «El Estado adoptará todas las medidas necesarias, incluidos los ajustes razonables, para corregir y superar la desventaja o el sometimiento de una persona o grupo. La ley determinará las medidas de prevención, prohibición, sanción y reparación de toda forma de discriminación, en los ámbitos público y privado, así como los mecanismos para garantizar la igualdad sustantiva. El Estado debe tener especialmente en consideración los casos en que confluyan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o motivo.»

<sup>50</sup> «Toda persona que haya sido condenada por sentencia dictada con error injustificado o falta de servicio judicial tendrá derecho a ser indemnizada de todos los perjuicios que el proceso y la decisión condenatoria le hayan causado.

Si todo o parte del daño deriva de la privación de libertad, la compensación, que siempre se podrá exigir conforme al artículo anterior, será imputada a la presente indemnización. La misma indemnización procederá por las actuaciones o decisiones administrativas derivadas del funcionamiento judicial que, con falta de servicio, generen daño.»

### 3.1.6. *Libertad de expresión*

En los artículos 84 y 85, el texto proponía la creación de medios de comunicación públicos y prohibición del monopolio estatal<sup>51</sup>.

### 3.1.7. *Derecho a la educación*

En el artículo 35, incluye el derecho a la educación ambiental y ponía énfasis en la no discriminación en la educación.

### 3.1.8. *Derechos laborales*

La propuesta, en el artículo 46 señalaba que:

«El Estado garantiza el trabajo decente y su protección. Este comprende el derecho a condiciones laborales equitativas, a la salud y seguridad en el trabajo, al descanso, al disfrute del tiempo libre, a la desconexión digital, a la garantía de indemnidad y al pleno respeto de los derechos fundamentales en el contexto del trabajo.

El Estado generará políticas públicas que permitan conciliar la vida laboral, familiar y comunitaria y el trabajo de cuidados.

El Estado garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, eliminando riesgos que afecten la salud reproductiva y resguardando los derechos de la maternidad y paternidad.

Se prohíbe toda forma de precarización laboral, así como el trabajo forzoso, humillante o denigrante.»

El artículo 47 regulaba los aspectos relativos a la parte colectiva del derecho laboral, siendo importante destacar que se consagra la libertad sindical tanto para empleados públicos como privados.

«No se puede prohibir el derecho a huelga en el proyecto, sino que limitarse respecto de servicios esenciales cuya paralización afecte la vida, la salud o la seguridad de la población.»

<sup>51</sup> «el Estado fomente la creación de medios de comunicación e información y su desarrollo a nivel regional, local y comunitario e impide la concentración de la propiedad de estos. En ningún caso se podrá establecer el monopolio estatal sobre ellos. Corresponderá a la ley el resguardo de este precepto.»

Igualmente, que «existirán medios de comunicación e información públicos, en distintos soportes tecnológicos, que respondan a las necesidades informativas, educativas, culturales y de entretenimiento de los diversos grupos de la población.

Estos medios serán pluralistas, descentralizados y estarán coordinados entre sí. Asimismo, gozarán de independencia respecto del Gobierno y contarán con financiamiento público para su funcionamiento. La ley regulará su organización y la composición de sus directorios, la que estará orientada por criterios técnicos y de idoneidad.»

### 3.1.9. *Derecho de propiedad*

Agregaba, en el artículo 78, que corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su función social y ecológica. Igualmente, protección a la propiedad indígena.

### 3.2. **Derechos nuevos, innovaciones de la Convención Constitucional**

De manera breve y sucinta enunciaremos los derechos nuevos que reconocía el proyecto y que fueron rechazados, en algunos casos transcribiendo y en otros, sintetizando el contenido de los mismos, en atención a la extensión con que fueron plasmados.

Artículo 26: reconocimiento de: «Niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile.»

Artículo 27: «Todas las mujeres, las niñas, las adolescentes y las personas de las diversidades y disidencias sexuales y de género tienen derecho a una vida libre de violencia de género en todas sus manifestaciones, tanto en el ámbito público como en el privado, sea que provenga de particulares, instituciones o agentes del Estado.

El artículo 29 reconoce la neurodiversidad y les «garantiza a las personas neurodivergentes su derecho a una vida autónoma, a desarrollar libremente su personalidad e identidad, a ejercer su capacidad jurídica y los derechos reconocidos»

Lo mismo ocurría con las personas mayores, reconociéndoles, como grupo de especial protección en el artículo 33.

En cuanto a los pueblos originarios, señalaba en el artículo 34 que: «Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.»

El artículo 49, reconocía expresamente los trabajos domésticos y de cuidados. Agregando que «constituyen una actividad económica que contribuye a las cuentas nacionales y deben ser considerados en la formulación y ejecución de las políticas públicas.»

El artículo 51 garantizaba el derecho a la vivienda, agregando la forma que ella debe tener y el acceso a la misma.

Por su parte, el artículo 52, aseguraba «el derecho a la ciudad y al territorio como un derecho colectivo orientado al bien común y que se basa en el ejercicio pleno de los derechos humanos en el territorio, en su gestión democrática y en la función social y ecológica de la propiedad.»

Igualmente, el artículo 53 señalaba «el derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia. Así como el deber del Estado en cuanto a la prevención, persecución y sanción de los delitos.»

Artículo 54: «Es deber del Estado asegurar la soberanía y seguridad alimentaria», el cual se complementaba con el artículo 55: «El Estado garantiza el derecho de campesinas, campesinos y pueblos y naciones indígenas al libre uso e intercambio de semillas tradicionales.» Así como también, con el artículo 56 (Toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada, saludable, suficiente, nutricionalmente completa y pertinente culturalmente.)

El artículo 57, consagraba «el derecho humano al agua y al saneamiento suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible. Es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones. Asimismo, el art. 58 reconocía a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas.»

Artículo 59: mínimo vital de energía asequible y segura.

Artículo 60: derecho al deporte, a la actividad física y a las prácticas corporales.

Artículo 62: «Toda persona tiene derecho a la autonomía personal, al libre desarrollo de su personalidad, identidad y de sus proyectos de vida.»

Artículo 64: «Toda persona tiene derecho al libre desarrollo y pleno reconocimiento de su identidad, en todas sus dimensiones y manifestaciones, incluyendo las características sexuales, identidades y expresiones de género, nombre y orientaciones sexoafectivas.»

El artículo 66 aseguraba a los pueblos y naciones indígenas el derecho a ser consultados previamente en cuanto a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen.

Por su parte, el artículo 71: derecho a buscar y recibir asilo y refugio.

El artículo 81 reconoce los derechos de las personas en cuanto consumidores.

El artículo 91, reconocía el derecho al ocio, al descanso y a disfrutar el tiempo libre.

Artículo 93: el derecho del pueblo tribal afrodescendiente

Artículo 100: prohibición de ser discriminado por razones lingüísticas.

#### 4. CONCLUSIONES

1. El reconocimiento de los derechos implícitos ha tenido su origen de dos maneras: la primera se funda en el amparo que éstos reciben en tratados e instrumentos internacionales, que se entienden parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico interno y la segunda, como consecuencia del desarrollo doctrinal y la interpretación propia de la labor jurisdiccional, particularmente relacionada con las acciones cautelares de derechos, entendiéndose comprendidos dentro de otros derechos o garantías que sí gozan de reconocimiento expreso.
2. En el primer grupo encontramos el derecho a la identidad personal, el derecho a la identidad de género, los derechos de los niños, niñas y adolescentes

al disfrute del más alto nivel de prestaciones sanitarias en relación al interés superior de los mismos, el derecho a contraer matrimonio, el derecho humano de acceso al agua potable, entre otros. En el segundo grupo, el de derechos implícitos, encontramos el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la identidad de género en distintas manifestaciones, no obstante que cuenta con reconocimiento internacional, en materia de salud, se ha sostenido que la identidad de género no es una patología ni una condición de salud, sino un atributo inherente de la personalidad y de la dignidad humana, entre otros que ya fueron desarrollados. También el principio de confianza legítima y el derecho al olvido, por mencionar otros.

3. Ambas formas de reconocimiento y establecimiento de los derechos van de la mano, apoyándose y sirviendo de sustento uno del otro, siendo en ocasiones, una forma de pormenorizar y nutrir de mejor manera los derechos implícitos.
4. Esta creación jurisprudencial por la Corte Suprema chilena ha venido a superar las naturales limitaciones de una Constitución creada hace más de cincuenta años<sup>52</sup>, ha conseguido ampliar el espectro proteccional de los derechos por la vía interpretativa y también extendida la posibilidad de cobertura de las acciones cautelares a derechos no considerados originalmente respecto de la procedencia de ellos.
5. La propuesta de nueva Constitución que se formuló para Chile contenía cerca de cien derechos, convirtiéndose en una propuesta de las constituciones que más derechos fundamentales contenía en el mundo. Este extenso catálogo, así como su regulación, van de la mano con el maximalismo que predominó en la propuesta.
6. Una parte considerable de ellos tiene una contrapartida o una correlación con los derechos fundamentales contenidos en la actual y vigente Constitución.
7. Algunos de los derechos nuevos, tienen una contrapartida en derechos contenidos en tratados internacionales, de los cuales Chile es signatario, así como también en el desarrollo jurisprudencial ya expuesto en el trabajo, como es el caso del derecho al agua.
8. Igualmente, una porción considerable de los nuevos derechos apuntan a la consagración de los pueblos y naciones originarias, redundando en la prohibición de discriminación por pertenecer a ellos y también, en lo relacionado con la parte lingüística. Además, por vía de este catálogo, reconocían al pueblo afrodescendiente como miembro de los pueblos o naciones originarias.

<sup>52</sup> Si bien la Constitución entró en vigencia en 1981, su elaboración, particularmente en materia de derechos fundamentales, se discutió durante el primer quinquenio de los años setentas.

9. El órgano redactor de la propuesta, consideraba que, a mayor grado de reconocimiento o establecimiento de derechos en el texto constitucional, mayor sería el nivel de aseguramiento de los mismos.
10. Es posible que alguna de estas propuestas sea considerada en el proceso constitucional que a futuro se seguirá desarrollando en el país, en pos de conseguir otorgar una nueva Carta Fundamental a los chilenos, o en proyectos de reforma consitucional adicionales.



---

**PARTE VI**  
**DEMANDAS EN EL LÍMITE**



**UNA MANO AMIGA: SEXO, DISCAPACIDAD Y ESTADO *SATISFYER***

Pablo de Lora<sup>1</sup>

**1. INTRODUCCIÓN**

Si una persona que sufre una discapacidad física o incluso psíquica puede recabar apoyos para ejercer su «derecho a morir con dignidad»<sup>2</sup>, ¿no debería el poder público también garantizar que los discapacitados puedan disfrutar de su sexualidad mediante «apoyos»<sup>3</sup>?

En una encuesta elaborada en el Reino Unido el 70% de los encuestados declara que no considerarían la posibilidad de tener relaciones sexuales con una persona discapacitada. En ese mismo país, los datos de un estudio de la organización *Disability Now* muestran que el 22,6% de los varones con discapacidad habían usado los servicios sexuales de una prostituta; que no llegaba al 1% el porcentaje de las mujeres con discapacidad que habían recurrido a ellos, si bien más de un 16% lo habían considerado y que más de un 19% usaría esos servicios si estuvieran legalmente regulados<sup>4</sup>.

Cabe conjeturar que en otros países la realidad no será muy distinta y es por ello por lo que más de un autor, y no pocas organizaciones y activistas en pro de los derechos de las personas con discapacidad, postulan que la actual legislación, imperante en muchos países, debería hacer una excepción en su política prohibicionista o abolicionista sobre la prostitución para amparar la posibilidad de contratar los servicios sexuales de un «asistente» (una forma, cabría decir, de prestar un «apoyo razonable» al despliegue de la agencia moral de las personas discapacitadas tal y como ampara nuestra reciente legislación<sup>5</sup>), o incluso proveer de asistencia sexual pública en el marco del llamado «sistema de la dependencia», una alternativa cuya defensa ha proliferado

<sup>1</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>2</sup> Véase la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, especialmente los artículos 4.3., 5.2. y 9.

<sup>3</sup> APPEL, Jacob M., «Sex rights for the disabled?», *Journal of Medical Ethics*, 36 (2010), pp. 152-154.

<sup>4</sup> JEFFREYS, Sheila, «Disability and the male sex right», *Women's Studies International Forum*, 31 (2008), p. 332.

<sup>5</sup> La más relevante es sin duda la operada en la legislación civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio.

en algunos países como Dinamarca, Reino Unido, Suiza o Australia<sup>6</sup>. En Japón una asociación ofrece entrenamiento a las enfermeras para prevenir la disfunción sexual y ayudar a los hombres con discapacidad física a eyacular<sup>7</sup>. Una diputada alemana del grupo de los verdes ha propuesto que algo semejante se institucionalice en Alemania<sup>8</sup>.

En un trabajo publicado en 1998 Diane RICHARDSON se refería a la «ciudadanía sexual» como el conjunto de prácticas institucionales —normas jurídicas primordialmente— o informales, pero socialmente prevalentes, que determinan la posibilidad de vivir la sexualidad por parte de los individuos<sup>9</sup>. Su preocupación, entonces, era mostrar las carencias en «ciudadanía sexual» de lo que hoy, con campanuda, pero vacua jerga se denominan «sexualidades no normativas», es decir, los individuos que tienen una orientación homosexual, ya sea como gays o lesbianas.

¿Tienen los discapacitados un déficit de «ciudadanía sexual»? Esta pregunta convoca, en primer lugar, la ardua y sugerente cuestión filosófica de la relevancia o significado de la actividad sexual; si satisfacer la pulsión sexual debe incluirse como una de nuestras necesidades e intereses básicos. Esto me ocupará en el apartado II, lo cual despejará el camino para abordar, en el epígrafe III, si hay un «derecho al sexo», lo cual haré mediante la elucidación conceptual del significado de «tener un derecho» y qué implicaciones habría de tener una respuesta afirmativa a la pregunta acerca de la existencia de ese postulado derecho al sexo. Así, en el apartado IV plantearé si los discapacitados deben gozar de una excepción o eximente frente a la general regulación prohibitiva o «abolicionista» de la prostitución o si además tienen un derecho prestacional o «social» a que el Estado, mediante la provisión de un servicio de «asistencia sexual», satisfaga dicho derecho. Repasaré los argumentos a favor de dar una respuesta afirmativa a la primera de las cuestiones: un argumento liberal de alcance general, y un argumento específico que encuentra apoyo en las implicaciones del llamado «modelo social de la discapacidad» y la consagración de los ajustes razonables como forma de honrar el principio de igualdad y no discriminación. En el epígrafe V analizaré los argumentos esgrimidos en contra del derecho a las relaciones sexuales de los discapacitados cuando esto implica la asistencia sexual en alguna de sus formas: el argumento de la estigmatización de la discapacidad, el argumento feminista que ve en cualquiera de las dimensiones del ejercicio del derecho una perpetuación y solidificación de la explotación de las mujeres y el argumento del «alcance» de la eximente. Concluiré que ninguna

<sup>6</sup> GEYMONAT, Guilia Garofalo, «Disability Rights Meet Sex Workers' Rights: the Making of Sexual Assistance in Europe», *Sexuality Research and Social Policy*, 16 (2019), p. 214.

<sup>7</sup> GAMMINO, Giorgia Rosamaria; FACCIO, Elena y CIPOLLETTA, Sabrina, «Sexual Assistance in Italy: An Explorative Study on the Opinions of People with Disabilities and Would-Be Assistants», *Sexuality and Disability*, 34 (2016), p. 158.

<sup>8</sup> <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/germany-sexual-assistance-prostitution-disabled-people-greens-scharfenberg-a7519721.html> (última visita el 30 de septiembre de 2022).

<sup>9</sup> RICHARDSON, Diane, «Sexuality and Citizenship», *Sociology*, 32-1 (1998), pp. 83-100.

de esas objeciones me parece concluyente y que los discapacitados, como cualesquiera otras personas, deben poder contratar, bajo ciertas condiciones, los servicios sexuales que se brinden por precio (y en ese sentido, como una inmunidad, existe un «derecho al sexo» de los discapacitados y de cualquier individuo). Sin embargo, argüiré que el poder público dispone de buenas razones para restringir esa prestación de asistencia sexual como correlato del derecho entendido como derecho social a las personas que más severamente se encuentran impedidas para tener relaciones sexuales.

## 2. LA (IR)RELEVANCIA MORAL DEL SEXO

En un contexto de discusión muy distinto a este —el de la reprochabilidad moral de la mutilación genital femenina (MGF)— la politóloga Yael TAMIR nos conmina a pensar en un lugar imaginario, «Libidia», en el que se celebra un rito de paso especularmente opuesto a la MGF: las jóvenes, lejos de ver su disfrute sexual comprometido, ven su clítoris manipulado de forma tal que experimentarán orgasmos más largos y placenteros, aunque, eso sí, cuando alcancen la madurez su exceso de libido les dificultará la concentración y otras tareas<sup>10</sup>. La moraleja del cuento que he adaptado a los propósitos de la discusión que aquí me concierne, es que el sexo, por decirlo en términos ralswianos, pudiera no ser el «bien primario» con el que blandimos nuestra censura frente a la MGF. Y sin embargo...

«La salud sexual es fundamental para la salud y bienestar en su conjunto de los individuos, las parejas y las familias, y para el desarrollo social y económico de las comunidades y los países. La salud sexual... requiere una aproximación positiva y respetuosa a la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales seguras y placenteras, libres de coerción, discriminación y violencia...». Así se pronuncia la Organización Mundial de la Salud, añadiendo: «La capacidad de los hombres y mujeres para alcanzar la salud sexual depende de que puedan vivir en un ambiente que afirma y promueve la salud sexual»<sup>11</sup>. Desde el punto de vista fisiológico, la actividad sexual es analgésica, contribuye a la percepción de estar socialmente integrado y puede tener una influencia muy positiva en la salud y en la longevidad»<sup>12</sup>.

Esta concepción de la actividad sexual como la pura expresión fisiológica propicia que el sexo se desdibuje en su relevancia moral abriéndose paso la que David BENATAR ha denominado «concepción casual del sexo» en oposición a la visión «significativa»

<sup>10</sup> TAMIR, Yael, «Hands Off Clitoridectomy», 1 de junio de 2016 (<https://bostonreview.net/articles/yael-tamir-hands-off-clitoridectomy/>).

<sup>11</sup> [https://www.who.int/health-topics/sexual-health#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/sexual-health#tab=tab_1)

<sup>12</sup> GAMMINO, Giorgia Rosamaria; FACCIO, Elena y CIPOLLETTA, Sabrina, «Sexual Assistance in Italy», *op. cit.*, p. 158.

defendida célebremente por Roger SCRUTON<sup>13</sup>. Así, un sintagma como «moral sexual» habría de ser tan pintoresco como «moral digestiva» o «moral respiratoria»<sup>14</sup>. En las palabras de GOLDMAN: «No existe la moralidad intrínseca al sexo, si bien las reglas morales generales se aplican al trato con los demás en las relaciones sexuales del mismo modo en que se aplican a todas las relaciones humanas»<sup>15</sup>.

Bajo esta concepción, la actividad sexual es moralmente «aprobématica» si bien tiene como restricción en su despliegue el respeto a las libertades ajenas. El consentimiento de quienes intervienen operaría como condición necesaria y suficiente de la licitud de las relaciones sexuales, con lo que nada habría que objetar a que la persona que sufre de discapacidad se agencie la satisfacción de su pulsión sexual mediante un precio, sea quien preste un servicio una «asistente» o «trabajadora sexual», de la misma manera que colma otras necesidades mediante el pago de bienes y servicios. Solo bajo una doble condición de justicia distributiva y de ser la necesidad sexual una necesidad básica, los discapacitados con menos recursos deberían poder recibir el servicio independientemente de su capacidad de pago.

Hay razones para dudar de que esta «desacralización del sexo» sea compatible con el *ethos* liberal realmente existente en nuestras sociedades, con muchas de sus instituciones, normas jurídicas o con algunas intuiciones firmes o «*considered judgments*» en la terminología rawlsiana<sup>16</sup>, pero independientemente de ello conviene consignar que para quienes se ubican en las coordenadas de la concepción significativa del sexo, también habría razones, precisamente la significación o importancia del sexo, para que la insatisfacción sexual de las personas con discapacidad mueva a la acción. Cuestión distinta es qué tipo de «remedio» conviene desplegar, lo cual me ocupará enseguida. En resumen: tanto si el sexo importa moralmente como si no importa moralmente nada, la imposibilidad de que las personas con discapacidad puedan acceder a él es moralmente relevante.

<sup>13</sup> BENATAR, David, «Two Views of Sexual Ethics: Promiscuity, Pedophilia, and Rape», *Public Affairs Quarterly*, Vol. 16, 3, pp. 191-201. También David ARCHARD, «The Wrong of Rape», *Philosophical Quarterly*, 57, n.º 228, pp. 374-393, pp. 390-391. Repárese, por poner un botón de muestra, en la descripción que hace Robert NOZICK del valor del sexo en *The Examined Life*: «[el sexo es] una exploración metafísica, el conocimiento del cuerpo y la persona del otro como un mapa o microcosmos de la realidad más profunda, una clave de su naturaleza y propósito». He tomado la referencia de Alan SOBLE (*The Philosophy of Sex. An Introduction*, Paragon House, 1998) y no puedo dejar de mencionar su ácida interpolación a la cita: «... como si investigar los granos del culo de tu pareja te proporcionara una reflexión de orden cósmico» (p. XXV). Por supuesto, hay también toda una tradición iusnaturalista, de raigambre kantiana o católica que insufla enorme densidad moral a la actividad sexual.

<sup>14</sup> SCRUTON, Roger, *Sexual Desire. A Philosophical Investigation*, Bloomsbury, 1986, p. 2.

<sup>15</sup> GOLDMAN, Alan H., «Plain Sex», *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 6, n.º 3, 1977, pp. 267-287, p. 280.

<sup>16</sup> Sobre todo ello me permito remitirme a mi libro *Lo sexual es político (y jurídico)*; vid., LORA, Pablo De, *Lo sexual es político (y jurídico)*, Madrid, Alianza, 2019.

### 3. ¿DERECHO AL SEXO?

Los derechos al sexo de los discapacitados presuponen una visión del sexo como un bien, como un elemento nuclear de lo que constituye una «buena vida», o a la inversa: la imposibilidad de mantener relaciones sexuales, o la exclusión de las mismas por estigmatización, supone un daño para ellos<sup>17</sup>. Las relaciones sexuales, de hecho, constituyen una de las actividades básicas de la vida diaria de acuerdo con el Catálogo de la Asociación Americana de Terapeutas Ocupacionales<sup>18</sup> y en la Carta de Derechos sexuales en favor de las personas con discapacidad promovida en La Habana en 1981 por el movimiento asociativo cubano, así se presupone<sup>19</sup>. Pero, ¿tienen los discapacitados o cualquier individuo un «derecho al sexo»?

Como ocurre en relación con otros presuntos intereses o necesidades — «tener hijos» y «morirse» son casos paradigmáticos— es frecuente en la literatura sobre la materia encontrar la impugnación a dicha pretensión con el expediente de que no nos encontramos en puridad ante derecho alguno sino ante un mero «deseo»<sup>20</sup>. Por ello, ni el Estado debe garantizar la reproducción humana asistida o regular permisivamente la gestación por sustitución o el supuesto «derecho a morir», ni cabe en absoluto plantearse que se deba garantizar el disfrute sexual a nadie, cuando, como acostumbran a señalar los anglosajones, «*it takes two to tango*». Usted —viene a remacharse en el razonamiento— podrá tener relaciones sexuales «si puede», es decir, si encuentra a alguien que consienta en tenerlas con usted, pero el poder público no debe desplegar recurso alguno —material o normativo— a tal fin, ni existe, por supuesto, la obligación general positiva de ayudar a nadie a que se satisfaga sexualmente.

El derecho al sexo habrá entonces de entenderse más bien como una «inmunidad», es decir, como la pretensión de que el Estado no prohíba que el discapacitado obtenga por precio un servicio o prestación que no obtendría «desinteresadamente». El derecho al sexo de las personas con discapacidad, en definitiva, tiene como correlato la prohibición de que el Estado prohíba el «apoyo» lucrativo para que otro pueda satisfacerse sexualmente.

Esta especificidad encuentra su acomodo en una distinción, por momentos escolástica, entre «asistencia sexual» (*sexual surrogacy*) y «servicio sexual equivalente a prostitución», y sobre la misma se asienta la proposición de ley italiana (Ley 1442/2014) o la apuesta del diputado francés Jean Francois Chossy en 2011. En palabras de GEYMONAT, las asistentes sexuales «... solo accederán a masturbar y no a otro contacto sexual,

<sup>17</sup> GEYMONAT, Guilia Garofalo, «Disability Rights Meet Sex Workers' Rights», *op. cit.*, p. 215.

<sup>18</sup> Tomo la referencia de De Asís; *vid.* Asís, Rafael de, «¿Es la asistencia sexual un derecho?», *Revista Española de Discapacidad*, 5-2 (2017), p. 15.

<sup>19</sup> Asís, Rafael de, «¿Es la asistencia sexual un derecho?», *op. cit.*, p. 14.

<sup>20</sup> Para el ámbito, concretamente de la actividad sexual de los discapacitados, así lo considera Rafael de Asís; *Ibid.*, p. 15.

que serán reclutados en el sector de los cuidados, que no serán pagadas directamente por los clientes, o que el número de sesiones será limitado, de acuerdo con el «modelo terapéutico»<sup>21</sup>. Se trata del tipo de rol que desempeña el personaje representado por Helen Hunt en la película *The Sessions*, una figura cuyos orígenes se remontan a la «Sexual Partner Therapy» teorizada en los estudios de sexología de Masters y Johnson de la década de los 70 del siglo pasado.

De acuerdo con Rafael DE ASÍS, la accesibilidad universal de las personas con discapacidad no es ilimitada, sino que como ejercicio de un derecho encuentra el límite de lo necesario, posible y razonable. Tratándose de una necesidad de «segundo orden», lo propio de la asistencia sexual como apoyo a la discapacidad es la «preparación para la actividad sexual» y «la actividad sexual de una persona sobre su propio cuerpo». De forma tal que, «... con ese significado puede ser el objeto de un contrato en el que se establezcan derechos y obligaciones»<sup>22</sup>.

El problema de esta estrategia es que se evade el problema, pues tanto la preparación para la actividad sexual, como la facilitación de la actividad masturbatoria (así creo que cabe entender la «actividad sexual sobre el propio cuerpo») no son más que formas de legítima, indiscutida y pacífica «asistencia personal». Y no: hablamos de sexo, o sea de tener relaciones sexuales con otra persona.

Pero es que, además, una consideración de que estamos ante la «asistencia sexual de los discapacitados» de naturaleza «terapéutica» despierta recelos en buena parte del colectivo de las personas con discapacidad pues es difícilmente compatible con el llamado «modelo social de la discapacidad», un modelo que, como veremos en el siguiente apartado, surge en fiera oposición al denominado «modelo médico». Como destaca el estudio del que da cuenta GEYMONAT, los asistentes sexuales de la organización BodyUnity se oponen a la prestación pública de un servicio de asistencia sexual por el componente «clínico», de control médico, o gestión burocrático-pública que conlleva.

#### 4. ASISTENCIA SEXUAL AL DISCAPACITADO: ¿EXENCIÓN FRENTE A UNA PROHIBICIÓN GENERAL?

De acuerdo con el llamado «modelo social de la discapacidad», una de las consecuencias, según destacan algunos estudiosos, de los triunfos cosechados por la lucha en pos de los derechos civiles de las mujeres y de las minorías raciales que acontecieron a finales de la década de los 50 del siglo pasado, es que las dificultades que afrontan las personas con discapacidad para desarrollarse como agentes morales, su «diferencia», se vincula más al diseño institucional o social que a la existencia de una «anomalía», «tara»

<sup>21</sup> GEYMONAT, Guilia Garofalo, «Disability Rights Meet Sex Workers' Rights», *op. cit.*, p. 223.

<sup>22</sup> ASÍS, Rafael de, «¿Es la asistencia sexual un derecho?», *op. cit.*, p. 13.



o «enfermedad» que los individuos padecen<sup>23</sup>. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada en Nueva York en 2006 así como la Observación general número 1 que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad dictó en 2014, son los más relevantes instrumentos jurídicos en los que se consagra esa concepción «social» o «constructivista» de la discapacidad. Así, el artículo 9 de la Convención establece la obligación de la accesibilidad para que las personas con discapacidad puedan gozar de una vida independiente y plenamente participativa.

Tomemos como ejemplo el hecho de estar ciego, sordo o limitado en la bipedestación por una paraplejía. La imposibilidad de ver, oír o desplazarse andando merma la satisfacción de intereses o necesidades de un individuo no *porque padezca una minusvalía o discapacidad*, sino *porque la vida social está diseñada* para que formas alternativas, no mayoritarias, de vivir sensorialmente, o de moverse en el espacio no resulten posibles. De acuerdo con dicho modelo, en referencia al célebre cantante Stevie Wonder que padece una ceguera congénita no deberíamos afirmar «no puede conducir *porque está ciego*», sino: «no puede conducir *porque la circulación viaria en vehículo no está adaptada* a las personas como él». La «normalidad» de que los ordenadores tengan pantalla o existan orquestas sinfónicas tiene que ver con la estadística: la mayoría podemos ver y oír con el sentido de la vista y el oído. En palabras de ROMANACH y PALACIOS que vale la pena transcribir en su integridad:

«Las mujeres y hombres con diversidad funcional tienen que ver con sociedades que, siendo intrínsecamente imperfectas, han establecido un modelo de perfección al que ningún miembro concreto de ellas tiene acceso, y que definen la manera de ser física, sensorial o psicológicamente, y las reglas de funcionamiento social. Y que este modelo está relacionado con las ideas de perfección y «normalidad» establecidas por un amplio sector que tiene poder y por el concepto de mayorías meramente cuantitativas»<sup>24</sup>.

En esa medida, Stevie Wonder y todos aquellos que se reclaman «diversos funcionales» estarían discriminados y de lo que se trataría es de acabar con el «capacitismo» —la preferencia por quienes no sufren de una discapacidad— que impera en nuestras sociedades<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> De acuerdo con Lorella TERZI, es la obra de Michael Oliver, *Understanding Disability: From Theory to Practice* el locus más importante en el desarrollo de dicho modelo; *vid.* TERZI, Lorella, «The Social Model of Disability: A Philosophical Critique», *Journal of Applied Philosophy*, 21-2 (2004), pp. 141-157; OLIVER, Michael, *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Basingstoke, Palgrave, 1996.

<sup>24</sup> PALACIOS, Agustina y ROMANACH, Javier, *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Madrid, Diversitas, 2006, pp. 106-107.

<sup>25</sup> Sobre las razones del uso del término «diversidad funcional» frente a otros con carga peyorativa, así como la genealogía de los términos, puede verse PALACIOS y ROMANACH, *El modelo de la diversidad*, *op. cit.*, pp. 34 y ss. y pp. 102 y ss.

Si trasladamos estas consideraciones al ámbito de la actividad sexual, las «adaptaciones», «apoyos» o «remoción» de obstáculos a una persona discapacitada implican, por un lado, garantizar su capacidad en materia sexual cuando estemos en presencia de una discapacidad «mental» —prohibición de una incapacitación que suponga anular el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos<sup>26</sup>— y, de otra parte, que en el caso de la discapacidad física se le permita recurrir a la prostitución o asistencia sexual, para lo cual el Estado debería introducir una exención si es que la prostitución estuviera prohibida. Así lo ha defendido APPEL<sup>27</sup>. En esa estela THOMSEN ha blandido igualmente la exención siempre y cuando esté circunscrita a la existencia de una condición mental o física anómala que de manera suficiente impide la satisfacción de sus necesidades sexuales<sup>28</sup>. Un derecho general de libertad que englobaría el derecho al sexo entendido como inmunidad y un argumento basado en el bienestar abonarían la conclusión de ambos.

La discrepancia surge, y por buenas razones, en relación con la restricción que establece THOMSEN: tanto por su vaguedad, cuanto por la discriminación que puede generar. Como en esa línea ha destacado LIBERMAN<sup>29</sup>, bajo la categorización de aquél —la discapacidad ha de ser relevante para impedir ejercer la ciudadanía sexual— ¿acaso no debieran incluirse los feos, quienes tienen gustos raros, o rasgos de la personalidad que, por odiosos, resultan impenitentes como la misoginia? ¿Y no debería incluirse como discapacidad sexual, tal y como sagazmente ha señalado SRINIVASAN<sup>30</sup>, el propio hecho

<sup>26</sup> Señala a esos efectos el párrafo 13 de la Observación citada: párrafo 13 de la Observación que reza: «... el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica». Sobre las consecuencias perniciosas genéricas de anular esta forma de paternalismo justificado, *vid.*, ALEMANY, Macario, «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 52 (2018), pp. 201-222; ALEMANY, Macario, «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad» en Pedro Mundar (ed.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Pedro Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 21-45. Sobre las implicaciones, en particular, de la actividad sexual de las personas con discapacidad y las aporías e incongruencias que genera en el sistema jurídico, me he ocupado en otro lugar a partir de los hechos declarados probados en la STS 610/2019 de 11 de diciembre; *vid.* LORA, Pablo De, *El ‘oui’ de las discapacitadas*, *The Objective*, 19 de septiembre de 2020. URL: <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2020-09-19/oui-las-discapacitadas-discapacidad/>.

<sup>27</sup> APPEL, Jacob M., «Sex rights for the disabled?», *op. cit.*, pp. 152-154.

<sup>28</sup> THOMSEN, Frej Klem, «Prostitution, disability and prohibition», *Journal of Medical Ethics*, 41 (2015), pp. 451-459.

<sup>29</sup> LIBERMAN, Alida, «Disability, sex rights and the scope of sexual exclusion», *Journal of Medical Ethics*, 44-4 (2018), pp. 253-256.

<sup>30</sup> SRINIVASAN, Amri, «Does anyone have the right to sex?», *London Review of Books*, 40-6 (2016). URL: <https://www.lrb.co.uk/v40/n06/amia-srinivasan/does-anyone-have-the-right-to-sex>

de no encontrar *partenaire*, como arguyen los llamados «célibes involuntarios» (*incels* en la terminología anglosajona)?

En definitiva, las buenas razones que abonan que los discapacitados tengan permiso para contratar los servicios de un trabajador sexual fundamentan la permisión de la prostitución *tout court*, como por otra parte han defendido Brian EARP y Ole Martin MOEN<sup>31</sup>.

## 5. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA ASISTENCIA SEXUAL A LOS DISCAPACITADOS

Es por ello por lo que la oposición al pretendido derecho sexual de los discapacitados se basa, en buena medida, en una defensa del statu quo prohibicionista o abolicionista de la prostitución también *tout court*. Los argumentos resultarán por tanto familiares pues son los presentes en el debate general sobre la prostitución y si es lícito el intercambio de sexo por dinero. Así, el llamado «apoyo» de la asistencia sexual no es sino una forma de vulnerar los derechos de las mujeres como grupo pues la prostitución implica esencialmente «explotación sexual», «cosificación», y, al fin, «consolidación del patriarcado»<sup>32</sup>.

En otro lugar he defendido que estas no son condiciones necesarias sino más bien contingentes<sup>33</sup>, dependientes de la regulación que se imponga al ejercicio del trabajo sexual, pero es que, además, en el contexto de la sexualidad de los discapacitados estas conocidas razones de corte feminista pierden fuerza si consideramos que el recurso al apoyo o servicio sexual no es tan predominantemente masculino como cuando nos referimos al contexto de las personas sin discapacidad<sup>34</sup>, y, sobre todo, que estamos en presencia de «clientes masculinos» particularmente vulnerables si es que no absolutamente inermes.

Se ha argüido también que la vindicación del derecho al sexo que se traduce en la exigencia especial para las personas con discapacidad «estigmatiza» a los discapacitados que son vistos como «inhábiles sexuales». Bien, lo cierto es que lo son en sentido relevante, es decir, necesitan una ayuda o apoyo, y negarlo supone sencillamente no querer asumir la realidad de las cosas. De otra parte, ese argumento prueba demasiado puesto que de él se sigue que todo «apoyo» tendría ese efecto estigmatizante y por tanto

<sup>31</sup> EARP, Brian D. y MOEN, Ole Martin, «Paying for sex – only for people with disabilities?», *Journal of Medical Ethics*, 42-1 (2016), pp. 54-56.

<sup>32</sup> JEFFREYS, Sheila, «Disability and the male sex right», *op. cit.*, pp. 328, 331-332; LIBERMAN, Alida, «Disability, sex rights and the scope of sexual exclusion», *op. cit.*, p. 253.

<sup>33</sup> LORA, Pablo De, *Lo sexual es político (y jurídico)*, *op. cit.*, *passim*; LORA, Pablo De, «La prostitución: notas para el debate», *Labos*, 1-2 (2020), 2050. URL: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5542>

<sup>34</sup> GEYMONAT, Guilia Garofalo, «Disability Rights Meet Sex Workers' Rights», *op. cit.*, p. 215; ABBOTT, David, «Nudge, nudge, wink, wink: love, sex and gay men with intellectual disabilities – a helping hand or a human right?», *Journal of Intellectual Disability Research*, 57 (2013), pp. 1079-1087.

no podría brindarse. De hecho, como bien ha señalado GEYMONAT<sup>35</sup> lejos de significar a los discapacitados, el problema de permitir el acceso a la prostitución solo a ellos, de entender que esa forma de trabajo sexual es la pulcra, generosa o justa, a quien estigmatiza en puridad es al resto de clientes, que serán tenidos aún como más indeseables, viciosos o explotadores.

También se ha apuntado, por último, que permitir la prostitución para las personas con discapacidad da pábulo, irresponsablemente, a la entrada como asistentes sexuales a quienes tienen algún tipo de fijación o parafilia precisamente con los discapacitados; que esa sea, en definitiva, la razón de su empleo o ayuda<sup>36</sup>. El argumento, a mi juicio, no prospera: excepción hecha de los casos en los que el trabajador sexual impone prácticas o realiza acciones que van contra las preferencias y el consentimiento del asistido, sus anhelos, deseos o intenciones íntimas no importan: es más, si resulta que son debidas precisamente a la atracción sexual que el asistente tiene hacia las personas con discapacidad, miel sobre hojuelas.

Una cautela, con todo, sí habrá de imponerse: tal y como se ha señalado anteriormente, los discapacitados mentales deben poder disfrutar de su sexualidad con los apoyos que sean precisos y justificables. Puesto que su condición de vulnerabilidad es mayor, y corren el peligro de ser ellos los explotados, a la luz de las anteriores consideraciones se impone una suerte de «meta-asistencia» o acompañamiento del individuo que quiere recibir los servicios del asistente sexual o prostituta.

## 6. CONCLUSIÓN: ¿ESTADO SATISFYER?

Rafael DE ASÍS ha señalado que la ventaja de postular un «derecho humano a la sexualidad» de carácter universal, también para las personas con discapacidad, es que el Estado tenga que implicarse para satisfacerlo<sup>37</sup>. Ya el socialista utópico Charles FOURIER propuso en *El nuevo mundo amoroso* que el Estado garantizara un «mínimo sexual» de la misma manera que se ha de asegurar un mínimo de alimento<sup>38</sup>, y, mucho más contemporáneamente Manuel ARIAS MALDONADO se ha referido a la posible existencia de un «Ministerio de Redistribución del Capital Erótico»<sup>39</sup>.

Que podamos o no postular un derecho al sexo que tenga carácter de «básico» o «humano» y como correlato un deber prestacional del poder público no habrá de ser el

<sup>35</sup> GEYMONAT, Guilia Garofalo, «Disability Rights Meet Sex Workers' Rights», *op. cit.*, p. 215.

<sup>36</sup> GAMMINO, Giorgia Rosamaria; FACCIO, Elena y CIPOLLETTA, Sabrina, «Sexual Assistance in Italy», *op. cit.*, p. 160.

<sup>37</sup> ASÍS, Rafael de, «¿Es la asistencia sexual un derecho?», *op. cit.*, pp. 7-18.

<sup>38</sup> FOURIER, Charles: *El nuevo mundo amoroso*, Daniel de la Iglesia (trad.), Madrid, Fundamentos, [1975 (1817)].

<sup>39</sup> ARIAS MALDONADO, Manuel, *(Fe)Male Gaze. El contrato sexual en el siglo XXI*, Madrid, Anagrama, 2019.

resultado de una decisión «estratégica» —la «ventaja» — sino de buenos argumentos. Hasta ahora he tratado de mostrar que las razones para impedir que ese derecho revista el carácter de una inmunidad y que permita que, garantizando condiciones dignas en el ejercicio de la prestación, cualquier persona, también los discapacitados, puedan acceder a los servicios de un trabajador sexual, no resultan convincentes.

No quiere ello decir, en cambio, que no podamos resistirnos a la conclusión de FOURIER. Así, me parece que solo en los supuestos límite, aquellos en los que THOMSEN defiende la exención para que los discapacitados puedan acceder a los servicios sexuales de las prostitutas, estaría justificado que se prestara un servicio público de satisfacción sexual. Mis razones para esa restricción son, lo confieso, tentativas y más bien de carácter prudencial. Creo que el coste, para empezar, sería inasumible pues habría de tener, por coherencia, naturaleza universal o cuasi universal. Y creo que, junto a ello, esa forma de intervencionismo estatal tendría un efecto devastador para su deseable carácter neutral: el Estado se vería obligado a «meter sus manos» en aguas turbulentas, desplegar un conjunto de acciones que a la larga resultarían disruptivas. Pensemos por un momento en el despliegue de toda la maquinaria de contratación pública, selección de personal, requisitos, perfiles, puntos, promociones, formación, etc. que gravitarían en torno a ese servicio de «la mano, la vagina o el pene amigo».

Ante esos riesgos, no desdeñables ni menores, de intromisión corrosiva para la propia actividad estatal que contribuirían a que el Estado se alienara con esa concepción absolutamente desacralizada, no significativa del sexo, parece preferible que sea un mercado, siquiera sea fuertemente regulado en atención a los muchos intereses en juego, particularmente los de las mujeres, el que distribuya la satisfacción sexual atendiendo a las preferencias y necesidades de quienes tienen, por razones de discapacidad, su «ciudadanía sexual» más comprometida.



**¿EXISTE UN DERECHO AL DEPORTE?**

José Luis Pérez Triviño

1. INTRODUCCIÓN

El deporte es en la actualidad un fenómeno de incuestionable importancia social, económica y política lo que ha conducido a que se haya ido incorporando progresivamente a las constituciones, en función de las distintas ideologías sustentadas por los Estados y de las concepciones del bien público que merecía tutelarse o fomentarse por aquellos. En este sentido, el derecho al deporte se ha ido configurando como uno de los derechos de naturaleza económica, social y cultural, por cuanto su sentido último es el desarrollo de la personalidad. Es a partir de esta consideración cuando el deporte comenzó a ser incorporado en las constituciones<sup>1</sup>.

En los últimos años ha resurgido el tema de la caracterización del deporte en el entramado constitucional<sup>2</sup> a raíz de que varios países han incorporado en sus constituciones el deporte como derecho humano<sup>3</sup>. Ciertamente, ya el Barón de Coubertain señaló a principios del siglo pasado que el deporte era un bien básico para los seres humanos que debía extenderse no solo a los deportistas profesionales y *amateurs*, sino

<sup>1</sup> PACHOT, Karel Luis, «El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 35 (2016), p. 127.

<sup>2</sup> CUCHI DENIA, Javier Manuel, «La constitucionalización del derecho al deporte. ¿Existe un derecho al deporte?», *Revista Vasca de Administración Pública*, 74 (2006); PACHOT, Karel, *idem*; CASTILLA, Karlos, «El derecho humano a la práctica del deporte. Una propuesta desde y para la Constitución mexicana», *FairPlay, Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 3 (2015); IRELAND-PIPER, Danielle y WEINERT, Kim, «Is there a «Right» to sport?», *Sports Law e Journal*. <http://epublications.bond.edu.au/slej/21>, 2014.

<sup>3</sup> En el ámbito español, diversas leyes autonómicas han ido por el mismo camino de reconocimiento como derecho. Las comunidades que recogen tal derecho en su respectiva ley del deporte son País Vasco, Cataluña, Madrid, Extremadura, Cantabria, Navarra, Comunidad Valenciana, Illes Balears, Galicia, Región de Murcia, Castilla-La Mancha, Andalucía, Aragón, Castilla y León y Canarias.

a toda la ciudadanía. Siguiendo esa misma estela, el COI proclamó que el deporte era un derecho humano<sup>4</sup>.

Es obvio que la delimitación de la noción de deporte y de si se constituye en un derecho no es solo un divertimento para filósofos, pues de ella se derivan efectos jurídicos, sociales y económicos relevantes. Pero, sin duda alguna, la principal consecuencia de la caracterización del deporte como derecho afecta a la posibilidad de los eventuales sujetos titulares del derecho de reclamar protección de los poderes públicos en caso de incumplimiento de esa prestación o exclusión de su práctica<sup>5</sup>.

Así pues, la cuestión que se dirime en este debate acerca de si el deporte es un derecho humano o no es, en primer lugar, una dilucidación de si es un bien esencial para los ciudadanos. Y, en segundo lugar, cuál debería ser el nivel de compromiso de los poderes públicos respecto de la práctica deportiva y, en particular, de protección de los intereses de aquellos individuos que deseen realizar una práctica deportiva.

Resolver dichas cuestiones requiere previamente realizar un análisis de las dos grandes concepciones acerca del derecho del deporte (como principio programático y como derecho en sentido estricto). En segundo lugar, cabe también realizar un análisis acerca de la noción de «deporte» para así delimitar, en el caso eventual de que exista un derecho al deporte, en qué debería traducirse la referencia a los titulares del derecho, los obligados y el contenido de las acciones a llevar a cabo para satisfacerlo. En este sentido, distinguiré dos grandes concepciones: a) el deporte como deporte recreativo; b) el deporte institucionalizado.

Del análisis de estos sentidos pueden obtenerse cuatro concepciones posibles de la recepción constitucional del deporte, esto es, como:

1. principio programático al «deporte» recreativo
2. principio programático al deporte institucionalizado
3. derecho al «deporte» recreativo
4. derecho al deporte institucionalizado

En lo que sigue abordaré: 1) las diversas regulaciones nacionales e internaciones del derecho al deporte, esto es, como derecho en sentido estricto y como mandato programático a los poderes públicos; 2) la noción de deporte y en particular, los diversos sentidos en los que se puede utilizar dicho término, «deporte» recreativo y deporte institucionalizado; 3) por último, señalaré las posibilidades y consecuencias de cada uno de esos cuatro posibles sentidos de la constitucionalización del deporte.

<sup>4</sup> Tal consideración alcanzó su máxima expresión en la formulación del octavo de los principios fundamentales de la Carta 1996 por la 105 Sesión del Comité Olímpico Internacional, en Atlanta, Estados Unidos) y donde se preceptuó: «La práctica del deporte es un derecho humano. Toda persona debe tener la posibilidad de practicar deportes según sus necesidades». International Olympic Committee. Sport as a Human Right, 20 de diciembre de 2021. <https://olympics.com/ioc/pierre-de-coubertin/sport-as-a-human-right>.

<sup>5</sup> CASTILLA, Karlos, «El derecho humano a la práctica del deporte», *op. cit.*



## 2. LA DISTINTA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL DEPORTE: COMO PRINCIPIO PROGRAMÁTICO Y COMO DERECHO AUTÓNOMO

En el plano internacional, la conciencia de la importancia del deporte en las sociedades contemporáneas ha tenido lugar en las últimas décadas del siglo xx. Así, la Carta Europea del Deporte para Todos (adoptada en 1976 por el Consejo de Ministros responsables del deporte del Consejo de Europa) y la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte (aprobada en 1978 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), establecieron el acceso a la práctica del deporte como un derecho fundamental de todas las personas<sup>6</sup>.

No obstante, estos documentos son declarativos, es decir, no gozan de carácter plenamente vinculante para los Estados. Ningún tratado internacional, ni regional de derechos humanos reconoce expresamente esa calidad a la práctica del deporte, es decir, no lo reconocen como derecho autónomo.

Si se centra la atención en el plano estatal, el deporte ha sido recogido constitucionalmente de manera diversa. En la mayoría de países como principio o directriz, esto es, como fin que el Estado debe promover y fomentar. Este ha sido el caso de la Constitución española más allá de algunas posturas discrepantes. Más recientemente y sobre la base de los efectos positivos que tiene el deporte a nivel individual y social, algunos países lo han incorporado como derecho fundamental<sup>7</sup>.

### 2.1. El derecho al deporte como principio programático

El deporte se ha incorporado en las fases más tardías de la evolución del constitucionalismo del siglo xx. No obstante, la primera constitución que lo recogió fue la soviética de 1936, en concreto, en su artículo 126, ubicado en el capítulo X «Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos», al recoger el derecho de los ciudadanos a agruparse en organizaciones sociales, donde expresamente incluyó, entre las mismas, a las deportivas. Pero esta fue una mención que no tuvo continuidad hasta después de la Segunda Guerra Mundial, donde la referencia al deporte se hizo de manera indirecta a través de la educación pública, incluyendo su aspecto físico, entendiéndose el deporte

<sup>6</sup> En dicha Carta Internacional de manera expresa, en cuanto a lo que aquí interesa, se establece:

Artículo primero. La práctica de la educación física y el deporte es un derecho fundamental para todos.

1.1. Todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física y al deporte, que son indispensables para el pleno desarrollo de su personalidad.

<sup>7</sup> Algunos autores, como es el caso de A. Camps, señalan que, en cualquier caso, el deporte es catalogado como un derecho, pero con distinto nivel de protección jurídica: «Una cosa es el derecho y otra su nivel de garantía, y la imposibilidad de que sea directamente exigible no hace inexistente el derecho». CAMPS I POVILL, Andreu, «El artículo 43.3 de la Constitución española», en José Luis Carretero Lestón (ed.), *La Constitución y el deporte*, Málaga, Junta de Andalucía, 1993, pág. 27.

como un medio de desarrollo de la misma. Así, como señala PACHOT<sup>8</sup>, las constituciones panameña de 1946 (artículo 77), vietnamita de 1959 (artículo 35), y posteriormente la uruguaya (artículo 71) y paraguaya (artículo 98), promulgadas ambas en 1967, reconocieron el deber esencial del Estado relativo a asegurar una educación que se debía manifestar, entre otros, en su dimensión física. Por su parte, las constituciones yugoslava de 1963 (artículo 56) y panameña de 1972 (artículo 82) vincularon el deporte a la protección de la salud y al desarrollo de la cultura, respectivamente.

La primera incorporación del deporte como un valor independiente de otros derechos debe atribuirse en la República Democrática Alemana de 6 de abril de 1968. Así, el artículo 25.3, (capítulo 1 «Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos» de la parte II) estableció que «a fin de lograr la plena realización de la personalidad socialista y dar una cada vez más amplia satisfacción a sus necesidades culturales y a sus aspiraciones creadoras, el Estado y la sociedad estimulan la participación de los ciudadanos en la vida cultural, la práctica de los deportes y la cultura física».

A partir de entonces, son numerosos los Estados que han incorporado el deporte a sus respectivas constituciones: Bulgaria (1971, artículos 47.2 y 52.1), Rumania (1974, artículos 24 y 27), China (1975, artículo 12), Albania (1976, artículos 33 y 36) y la extinta Unión Soviética (1977, artículos 24 y 41). También en las de Grecia (1975, artículo 16.9), y España (1978, artículos 43.3 y 148.19), representativas, estas últimas, de regímenes de transición democrática. También Croacia (1990, artículo 68.5), Andorra (1993, artículo 80.1 inciso k) y Rusia (1993, artículos 41.2 y 72). También son destacables otros casos como, por ejemplo, Mozambique (1990, artículos 93 y 123), Cabo Verde (1992, artículo 80) y Angola (1992, artículos 31 y 49).

En todas esas recepciones, se concibe que es deber del Estado el fomento, promoción y subvención del deporte. En este sentido, tal forma de reconocimiento supone «la posibilidad de reclamar ante el Estado el cumplimiento de un deber constitucionalmente asignado a éste, pero ... su incumplimiento no conllevaba las consecuencias jurídicas relevantes para los derechos»<sup>9</sup>.

En el caso español, la interpretación mayoritaria del art. 43.3 CE es que se establece la obligación de acción positiva, esto es, una intervención pública promocional de carácter social, jurídico y económico. En efecto, concebir al deporte como mandato programático implica que el Estado debe desarrollar el deporte como parte de una política pública o herramienta para alcanzar otros derechos. Es sintomática la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 1702/1988, de 23 de marzo, que en su fundamento jurídico 7º establece que: «la Constitución española de 1978, en su artículo 43.3, no consagra ciertamente un ‘derecho al deporte’, sino que únicamente establece su ‘fomento público’, pero la inclusión del fenómeno del

<sup>8</sup> PACHOT, Karel, «El derecho constitucional al deporte», *op. cit.*, pág. 124

<sup>9</sup> *Idem.*

deporte en el Texto Constitucional no entraña únicamente un significado simbólico pues origina unas consecuencias jurídicas; el poder constituyente, al comprender la importancia del «hecho deportivo» en la sociedad moderna y recogerlo así en la norma suprema, ha manifestado su criterio de que el deporte, como las demás instituciones del país, deben empaparse de los principios sustanciales de la Constitución, lo cual ha tenido una importante repercusión dentro del ordenamiento jurídico-deportivo; se trata de amparar una actividad de indudable utilidad pública, y que forma parte del conjunto de elementos que tienden no sólo ya a proporcionar medios materiales a los ciudadanos, sino a mejorar la calidad de su vida cotidiana».

Siguiendo a CUCHI DENIA<sup>10</sup>, las obligaciones que supone esta caracterización para los poderes públicos son:

1. El poder público interviene bajo el principio de intervención administrativa proporcionada y menos restrictiva para el ejercicio de los derechos individuales;
2. Es una acción positiva de los poderes públicos de carácter finalista, que no se limita al simple fomento y abarca acciones de policía y servicio público;
3. La actividad deportiva permite la conexión con todas las técnicas de intervención administrativa por parte de Administraciones públicas;
4. Establece una «obligación de resultado» para que este sector quede efectivamente, fomentado, promovido, y garantizado, sin que establezca el «cómo» esos objetivos deben ser alcanzados. Ello incluiría tanto apoyar la organización privada existente, como actuar mediante una decidida acción pública promotora.

Pero en definitiva, el derecho al deporte no existe como tal si concebimos el término derecho como una pretensión de los ciudadanos que el Estado debe satisfacer.

## 2.2. El derecho al deporte como derecho fundamental

La primera constitución que recoge al deporte como derecho fundamental es la cubana de 24 de febrero de 1976 cuyo artículo 51 establecía que: «Todos tienen derecho a la educación física, al deporte y la recreación»<sup>11</sup>. Con poca diferencia de tiempo, Portugal incluyó en su Constitución de 1976, en los artículos 64.2 inciso b, y 79, que «*Todos têm direito à cultura física e ao desporto*».

A partir de estos precedentes, otras constituciones, especialmente latinoamericanas, recogieron esta misma dimensión del deporte: Nicaragua (1986, artículo 65), Brasil (1988, artículo 217), Mozambique (1990, artículo 93), Colombia (1991, artículo 52), Cabo Verde (1992, artículo 80), Venezuela (1999, artículo 111), Ecuador (2008, artículo

<sup>10</sup> CUCHI DENIA, Javier Manuel, «La constitución y las fuentes del derecho del deporte», en MILLÁN GARRIDO, Antonio y GAMERO CASADO, Eduardo (Eds.), *Manual del Derecho del deporte*, Madrid, Tecnos, 2021, pág. 82.

<sup>11</sup> PACHOT, Karel, «El derecho constitucional al deporte», *op. cit.*, pág.127.

24), Bolivia (2009, artículo 104), República Dominicana (2010, artículo 65) y, finalmente, México (2011, artículo 4). No obstante, el tratamiento no es homogéneo. Así, en la constitución brasileña, el deporte es recogido como derecho, pero no en la lista de derechos fundamentales (derecho a la educación, a la salud, al trabajo, la maternidad, etc.). En cambio, donde se recoge con más énfasis es en la constitución mexicana en la que el deporte es caracterizado explícitamente como derecho humano, ofreciendo «las mismas garantías jurídicas que todos los comprendidos en sus respectivos catálogos, sin que hubiera distinción por motivos de su aplicación inmediata o diferida» (CASTILLA).

Esta recepción constitucional como derecho fundamental impone unos deberes concretos al Estado. En estos casos, la positivación con esta naturaleza tiene un carácter constitutivo, regulando entonces situaciones subjetivas, otorgándole entonces el alcance técnico necesario para su efectivo desarrollo como pleno derecho público subjetivo (entiéndase todas las garantías concretas, jurídicas o no, y las abstractas o normativas). De ese modo, los titulares del derecho (sujetos activos) estarán legitimados para exigir directamente el cumplimiento de sus obligaciones como sujeto pasivo a los Estados, y, en caso del menoscabo o lesión en su ejercicio, podrán acudir a los órganos encargados de su defensa y salvaguarda para su posterior restablecimiento<sup>12</sup>.

Hay, en estos supuestos, una pretensión de tutela judicial efectiva, ordinaria o específica a través del recurso de amparo. Sin embargo, una posición realista debe conducir necesariamente a distinguir entre el reconocimiento formal del derecho al deporte en el texto constitucional y la efectiva garantía jurídica. Como señala CASTILLA no siempre el «reconocimiento no va acompañado de las garantías necesarias para que la expectativa de derecho sea una real posibilidad de exigencia y protección»<sup>13</sup>.

Una vez examinados los dos principales modos en los que puede incorporarse el deporte en una constitución, se hace necesario cuestionarse el sentido de deporte que merece o debe recogerse como contenido de tal derecho.

### 3. LA NOCIÓN DE DEPORTE

Con el deporte sucede algo parecido que con un elefante; si nos lo encontramos a la vista, lo reconocemos sin problema, pero si se nos pide que lo definamos, ahí ya encontramos más problemas a la hora de señalar las propiedades que lo caracterizan. De hecho, los filósofos del deporte llevan décadas tratando de ofrecer una caracterización de este que todavía no ha logrado unanimidad. Los problemas que L. Wittgenstein señaló respecto del término «juego» como ejemplo paradigmático del fenómeno de la vaguedad combinatoria pueden trasladarse a la noción de «deporte»<sup>14</sup>. En efecto,

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág 126.

<sup>13</sup> CASTILLA, Karlos, «El derecho humano a la práctica del deporte», *op. cit.*, pág. 6.

<sup>14</sup> Como es sabido, «juego» comprende cosas como los juegos de mesa, el fútbol, los juegos de palabras, los juegos infantiles, el rugby, el boxeo, los juegos malabares, el solitario, la lotería. ¿Qué es

podemos hablar de deporte aficionado, profesional, escolar, espectáculo, competitivo, de ocio, etc. Ahora bien, como ocurría con la palabra juego, ¿existe un rasgo común en todas esas expresiones del deporte?

A pesar de la que la literatura existente sobre la caracterización del deporte es inmensa y son diversas las formas en las que el deporte se puede expresar, limitaré aquí mi análisis a las que considero son las principales caracterizaciones: el deporte en sentido amplio y en sentido restringido, o dicho en otras palabras, el deporte recreativo y el institucionalizado o federativo.

### 3.1. La noción amplia de deporte

La Ley del Deporte de 2022 establece en su artículo 2 la siguiente definición:

Se entiende por práctica deportiva a efectos de esta Ley todo tipo de actividad física que, mediante una participación organizada o no, se realice con objetivos relacionados con la mejora de la condición física, psíquica o emocional, con la consecución de resultados en competiciones o actividades deportivas, con la adquisición de hábitos deportivos o con la ocupación activa del tiempo de ocio»<sup>15</sup>.

Esta noción, por ejemplo, aparece reflejada en varias leyes del deporte autonómicas o que defienden expertos como E. BLANCO, ex presidente de la Asociación Española de Gestores deportivos y ex director general del Consejo Superior de Deportes, para quien:

hace ya tiempo que se reflexiona y se concibe el término ‘deporte’, como paraguas que alberga todas y cada una de las manifestaciones y tendencias desarrolladas en su evolución, a lo largo de todo el siglo xx, incluyendo otras prácticas o formas de actividad física que no reúnen las características que han definido el deporte en su origen<sup>16</sup>.

Por eso, dicho autor no dudar en incluir en esta concepción amplia de deporte a los juegos y deportes de competición, como también las actividades de aire libre, las actividades estéticas, así como las de mantenimiento de la condición física.

---

común a todos ellos? La respuesta, según Wittgenstein, no es nada fácil, pues aunque podamos encontrar ciertas similitudes y relaciones, es improbable que una propiedad común los caracterice a todos ellos: no todos son divertidos, no hay en todos vencedores y perdedores, no hay en todos competencia, no en todos ellos es relevante la habilidad o la suerte, etc. Ver WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona-México, Unam-ed. Crítica, 1988.

<sup>15</sup> Esta noción amplía todavía más la recogida en la Carta Europea del deporte de 1992: «...todo tipo de actividades físicas que, mediante una participación, organizada o de otro tipo, tengan por finalidad la expresión o la mejora de la condición física y psíquica, el desarrollo de las relaciones sociales o el logro de resultados en competiciones de todos los niveles».

<sup>16</sup> BLANCO, Eduardo, *Una concepción moderna y europea del deporte*, Iusport, 2021, URL: <https://iusport.com/art/73748/una-concepcion-moderna-y-europea-del-deporte>.

En esta concepción amplia de deporte, este incluiría cualquier variante de «actividad física», esto es, una actividad planificada, estructurada y repetitiva que busca un objetivo claro como meta<sup>17</sup>. Esto es independiente de que la actividad sea individual o colectiva, que no esté reglada o institucionalizada, que busque objetivos educativos, de ocio, de entretenimiento, etc.

Si se toma en consideración que la Ley del Deporte de 1990 no ofrece en su articulado una definición de su objeto. En cambio, la reciente ley de 2022, ofrece una caracterización amplia de dicho fenómeno al incluir prácticas no organizadas y actividades físicas que suponen la ocupación activa del tiempo de ocio. Pero el cambio respecto a la configuración legal del deporte no acabaría aquí, pues si el deporte era en la ley del 90 objeto de las políticas programáticas, en la Ley del Deporte de 2022 se establece aquel como derecho. Así reza el apartado primero: «Todas las personas tienen derecho a la práctica de la actividad física y el deporte, de forma libre y voluntaria, de conformidad a lo previsto en esta Ley».

### 3.2. La noción restringida de deporte: el deporte institucionalizado

Frente a la noción amplia de deporte, la concepción restringida trata de delimitar los elementos distintivos que caracterizan la práctica deportiva frente a la actividad física apelando a su carácter competitivo e institucionalizado.

Intentos de caracterizar el deporte de una forma más precisa se han llevado a cabo desde la filosofía y la sociología. Desde la perspectiva filosófica, una de las principales aportaciones fue la de B. SUITS, quien incluía en su definición cuatro características: 1) es un juego de habilidad; 2) en concreto, de habilidad física; 3) es una actividad que recibe un amplio seguimiento por los practicantes; 4) es una actividad que ha logrado un cierto nivel de estabilidad institucional. Sin embargo, esta definición fue objetada por no incluir el componente competitivo, de ahí que otros autores, como por ejemplo Simon, incluyeran posteriormente este elemento al afirmar que la función principal de las competiciones atléticas es comprobar y establecer comparaciones entre las distintas capacidades físicas de los deportistas.

Por su lado, desde un prisma más sociológico, J.M. CAGIGAL también coincidía en que el deporte supone al menos tres rasgos centrales: actividad física, competición y regulación por reglas. Desde postulados similares, GARCÍA FERRANDO define también deporte como «una actividad física e intelectual, humana, de naturaleza competitiva y gobernada por reglas institucionalizadas».

<sup>17</sup> Véase definición de la OMS.

Transitando esta misma aproximación definicional, seguiré a J. PARRY quien configura el deporte como una competición de habilidad física humana, institucionalizada y gobernada por reglas<sup>18</sup>.

Veamos a continuación el significado de estos elementos:

**Humano:** El deporte es una empresa eminentemente humana<sup>19</sup>, pero podría cuestionarse si puede ser practicado por seres no humanos. En algún sentido, sería razonable admitir que los animales pueden jugar y obtener algunos de los beneficios derivados de esta actividad como la diversión. También es factible afirmar que pueden que participar en ciertos deportes (*e.g.*, hípica) aunque lo hacen siempre y solo a instancias de los humanos. No obstante, lo que no se puede aceptar es que tengan las habilidades y competencias para organizar deportes. Lo mismo ocurre con las máquinas —hasta el momento actual—: cuando forman parte del deporte, siempre están bajo el control de los seres humanos<sup>20</sup>.

**Físico:** El deporte es físico en el sentido de que los movimientos realizados por los deportistas producen los resultados evaluados deportivamente. Este elemento es común a la mayor parte de definiciones de deporte, en el sentido de que es una manifestación de la dimensión externa del ser humano, de sus cualidades físicas: resistencia, potencia, elasticidad, agilidad, reflejos, habilidad, destreza, etc.<sup>21</sup>.

No obstante, la delimitación de este elemento no es fácil en todas las prácticas humanas susceptibles de ser calificadas como deporte. Así, por ejemplo, la inexistencia de movimiento físico es determinante para no considerar al ajedrez como deporte<sup>22</sup>, pero no es tan clara respecto de los *e-sports*. De ahí el debate entre expertos que señalan que en dichas prácticas no hay movimiento físicos relevantes<sup>23</sup> y otros, que lo afirman<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> PARRY, Jim, «E-sports are Not Sports», *Sport, Ethics and Philosophy*, 13-1 (2019). Una noción similar es defendida por REAL FERRER, Gabriel, «Bases estructurales del sistema jurídico-deportivo», en Eduardo Gamero Casado y Antonio Millán Garrido (eds.), *Manual de Derecho del Deporte*, Madrid, Tecnos, 2021, págs. 41-73.

<sup>19</sup> Aunque hay prácticas deportivas donde se combinan la contribución humana y la mecánica, como ocurre con los deportes de motor y el ciclismo, la delimitación de si son deportes o no radica en el grado de contribución humana al rendimiento deportivo en cuestión. Por esa razón, los deportes de motor no son olímpicos, pero el ciclismo sí.

<sup>20</sup> LÓPEZ FRÍAS, FRANCISCO JAVIER Y PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS, «Will robots ever play sports?» *Sport, Ethics and Philosophy*, 10-1 (2019), págs. 67-82.

<sup>21</sup> REAL FERRER, GABRIEL. «Bases estructurales del sistema jurídico-deportivo», *op. cit.*, pág. 45.

<sup>22</sup> Gabriel Real señala que «la capacidad física del ajedrecista es irrelevante y que, incluso no requiere la participación directa del sujeto pues bien podría ordenar las jugadas y que las ejecutara materialmente otro sujeto o una máquina». Completa su explicación señalando que «en el ajedrez el competidor puede ordenar las jugadas sin interactuar en absoluto con el mundo físico. El rendimiento que se exige es exclusivamente intelectual». *Ibidem*, págs., 46 y 50.

<sup>23</sup> PARRY, JIM, «E-sports are Not Sports», *op. cit.*, pág. 6

<sup>24</sup> DE MATÍAS, JOSÉ, *Los e-sports son deporte y serán deporte*, Iusport, 2017. URL: <https://iusport.com/art/46193/los-esports-son-deporte-y-seran-deporte>

Habilidad: Existe un consenso generalizado en afirmar que los deportes requieren el desarrollo y el ejercicio de alguna habilidad física humana: velocidad, resistencia, potencia, precisión, etc. Esto descarta como deporte aquellas actividades que, aunque impliquen algún tipo de elemento físico (humano), no exigen ningún nivel significativo de aprendizaje de habilidades del participante<sup>25</sup>.

Esa habilidad puede ser perfeccionada por el ejercicio físico y hasta puede ser objeto de «educación»<sup>26</sup>, pero no puede haber confusión entre ambos. Así, entrenar no es una actividad deportiva en sí misma, a pesar de que contribuya a que aquella se perfeccione. Como señala G. Real «ensayar algunas jugadas de fútbol durante un entrenamiento no es practicar deporte ‘fútbol’, sino entrenarse para su práctica»<sup>27</sup>.

Competición: Todos los deportes son competiciones, es decir, se construyen como actividades esencialmente que comparan habilidades desplegadas por los participantes, para lo cual es indispensable una regulación a través de normas que sirvan a los efectos de configurar el juego, la competición, los resultados, etc.

Como se ha señalado anteriormente, esto excluye de la calificación de deporte el ejercicio y la actividad física como recoge la definición del Consejo de Europa o ir a caminar o el baile que, como señala PARRY, «no es una actividad esencialmente competitiva. Un tango puede interpretarse como un ritual, una exhibición, una celebración o como parte de un evento social, sin que sea comparado o juzgado en contra de ninguna otra actuación (de hecho, este suele ser el caso)»<sup>28</sup>.

No obstante, dado que cualquier actividad puede ser objeto de competición, incluidas el caminar por la montaña o el baile, pueden ser potencialmente «deporte». Así ha sucedido con el senderismo<sup>29</sup> o el «*cheerleading*»<sup>30</sup> que han sido reconocidos como deportes.

Gobernada por reglas: Los deportes están gobernados por reglas, por lo que se excluyen todas aquellas actividades que no requieren especificaciones de reglas para determinar el proceso para obtener la victoria o determinar los resultados<sup>31</sup>. La natura-

<sup>25</sup> PARRY, Jim, «E-sports are Not Sports», *op. cit.*, pág. 7

<sup>26</sup> Real señala que durante mucho tiempo ha sido frecuente el tratamiento simultáneo y confuso del deporte y la educación física, como sucedió en España con la Ley 23 de diciembre de 1961, sobre Educación Física.

<sup>27</sup> REAL FERRER, Gabriel. «Bases estructurales del sistema jurídico-deportivo», *op. cit.*, pág. 46.

<sup>28</sup> PARRY, Jim, «E-sports are Not Sports», *op. cit.*, pág. 8

<sup>29</sup> Actividad deportiva y recreativa que consiste en recorrer a pie caminos señalizados o no, preferentemente tradicionales. Véase la web de la Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada. URL: <https://fedme.es/#1642594467491-bfcb11cc-04eb>. Última visita: 23 de Julio de 2022.

<sup>30</sup> La Unión Internacional de Animadores obtuvo el reconocimiento provisional del COI en 2016, haciéndose oficial en 2021, de forma que el *cheerleading* es una nueva categoría deportiva con posibilidades de convertirse en deporte olímpico.

<sup>31</sup> Un caso interesante es el de surf. Los surfistas rechazan las reglas y las instituciones y por tanto, niegan que su actividad sea deporte. Ver ALEMANN, Jasper. «The Distributive Justice of Waves for Surfing».



leza de las reglas puede ser diversa: reglas de juego o reglas de conducta. Las primeras suelen tener carácter definicional o constitutivo, mientras que las segundas incorporan sanciones.

Institucionalizado: Los deportes son competiciones de habilidad física humana gobernados por las reglas que han alcanzado el estatus institucionalizado. Así, en un sentido similar, G. REAL señala que «cada deporte nace en el momento en que la reiteración en la práctica de una determinada actividad física prende en un concreto ámbito social de manera que la hace suya como forma cultural provista de sus propias reglas y principios, y los sujetos practicantes se dotan de una organización orientada a facilitar la competición»<sup>32</sup>. En términos similares se expresa PARRY cuando señala la institucionalización supone haber «logrado proporcionar una representación coherente de sí mismo a sus circunscripciones nacionales e internacionales, como lo demuestran las federaciones nacionales e internacionales»<sup>33</sup>. Así pues, esta noción de deporte (competitivo e institucionalizado) se expresa en la mayoría de sociedades en lo que se conoce como deporte federado dado que las principales organizaciones que han procedido a la institucionalización de las prácticas deportivas son las federaciones<sup>34</sup>.

Ahora bien, como bien señala el propio PARRY estas propiedades propuestas son vagas, es decir, tienen un ámbito de referencia claro (el deporte federado)<sup>35</sup>, pero también dejan abierta una zona donde la presencia de las propiedades es indeterminada

---

*FairPlay*, *Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 5 (2015). URL: <https://raco.cat/index.php/FairPlay/article/view/293261>.

<sup>32</sup> REAL FERRER, Gabriel. «Bases estructurales del sistema jurídico-deportivo», *op. cit.*, pág. 47.

<sup>33</sup> PARRY, Jim. «E-sports are Not Sports», *op. cit.*, pág. 9.

<sup>34</sup> Pero las federaciones no son las únicas organizaciones que pueden ofrecer el rasgo de institucionalidad, ya que este puede ser desplegado por otras organizaciones privadas o públicas. Así entre las primeras, en estos últimos años se han desarrollado competiciones no organizadas por las federaciones, sino al margen de estas. Ejemplo paradigmático ha sido por su repercusión e importancia en un futuro en lo que concierne al monopolio de las competiciones oficiales por parte de las federaciones, el caso de la sociedad coreana Icederby International Co. Ltd que preveía organizar en Dubái (Emiratos Árabes Unidos) una competición de patinaje de velocidad al margen de la ISU, International Skating Unión (Unión Internacional de Patinaje). Pero no es el único caso, pues con frecuencia cada vez mayor se observa la celebración de pruebas atléticas por parte de organizaciones y empresas privadas (marathones, carreras populares, etc.)

Entre las pruebas deportivas organizadas por los poderes públicos puede incluirse no solo las que puedan organizar por iniciativa propia, sino también las de carácter escolar, cuando sea el caso de que se trate de centros de enseñanza pública. Aunque entre sus propósito también se incluye la recreación o un espíritu educativo, en la medida que incluyan una competición reglada, no habría problema para considerarlas competiciones deportivas

<sup>35</sup> En sentido inverso, no tendrían tal carácter de deporte aquellas prácticas que carezcan de alguna de las propiedades que hemos examinado. En particular:

toda competición de habilidades que no sea desarrollada principalmente por humanos

toda forma de ejercicio o actividad física donde no haya competición de habilidades físicas;

toda forma de ejercicio o actividad física que involucre algún tipo de habilidad pero que no tenga un carácter eminentemente competitivo.

(zona de penumbra). Por ejemplo, en lo que hace referencia al carácter humano de la práctica deportiva: ¿son el automovilismo o el motociclismo un deporte? O en lo que hace referencia las competiciones escolares que involucran elementos competitivos con educativos, ¿dejan de ser deporte? Y lo mismo con el elemento institucional, ¿dejan de ser deportes aquellas competiciones en las que las reglas de juego o de competición no están tan estructuradas como en las competiciones federadas?

En todo caso, a pesar de estas dudas, habría una zona de certeza en la cual la caracterización del deporte reúne las propiedades antes señaladas (actividad física, reglas, institucionalización) que conducen a afirmar que en la actualidad la mayoría de actividades que se califican de deportes sean de carácter *federado*. Pero debe quedar claro que, aunque sean las federaciones las que casi monopolizan el deporte competitivo-institucionalizado, puede haber otras organizaciones privadas y públicas que puedan organizar competiciones deportivas.

#### 4. EL OBJETO DEL DERECHO AL DEPORTE

Una vez realizadas estas distinciones conceptuales puede analizarse el *encaje* del derecho al deporte en las constituciones según como este haya sido recogido y conceptualizado o pudiera serlo.

##### 4.1. El «deporte» recreativo e institucionalizado como principio programático e institucionalizado

La mayoría de las constituciones que recogen el derecho al deporte en su texto lo contemplan como principio programático sin distinguir si se trata del deporte recreativo o del deporte institucionalizado, ya que en ambos se encuentran razones para su fomento. En el primero, por su conexión directa con la salud y los valores éticos que promueve. El segundo, por una variedad de factores: a) indirectamente, contribuye a que la ciudadanía se sienta motivada a realizar actividades físicas saludables a través de las prácticas deportivas; b) porque hay un interés por parte de los estados en que el deporte federado, especialmente el de élite, los represente en las competiciones deportivas internacionales. Estas serían, entonces, las principales razones para que, respecto al deporte recreativo y federado, se exija una acción positiva de los poderes públicos de carácter finalista.

##### 4.2. El deporte como derecho

La reclamación de que el deporte sea un derecho autónomo va más allá del compromiso por parte de los poderes públicos con políticas programáticas, pues incluye un compromiso más fuerte con el respeto, protección y garantía del interés de cualquier individuo en practicar deporte, llegando al supuesto de poder reclamar judicialmente tal prestación. Como ya se ha señalado, la constitución mexicana recoge este sentido

de deporte como derecho humano. En España, como ya se ha señalado antes, aparece así configurado en la de ley del deporte de 2022.

Pero cabe aquí preguntarse sobre qué sentido de deporte se predica tal derecho, del deporte en sentido amplio (o recreativo) o de sentido estricto (o institucionalizado).

#### 4.2.1. *El deporte «recreativo» como derecho*

Si se trata del deporte en sentido amplio o «deporte» recreativo, puede verse que esta reclamación coincide con la propuesta de K. CASTILLA cuando analiza el derecho humano al deporte en la constitución mexicana. Para este autor, «dicha práctica es un derecho de toda persona que esos órganos estatales deben respetar, proteger y garantizar cuando organicen, promuevan, estimulen y subvencionen» lo cual tiene como consecuencia que «como cualquier derecho humano cualquier restricción a éste para considerarse válida debe satisfacer los requisitos que toda restricción a derechos humanos debe cumplir»<sup>36</sup>.

Además de las consecuencias procesales que supone la caracterización del deporte como derecho humano, CASTILLA señala la ampliación de los titulares, que ya no quedan reducidos al deportista federado (profesional, para-profesional y *amateur*) sino que se extiende al deportista en el ámbito recreativo y esporádico-recreativo. El ámbito recreativo sería aquel en que las personas que de manera ordinaria practican alguna *actividad física*. Como señala el autor:

En esta categoría podría encontrarse, por ejemplo, el deporte escolar no competitivo y todas aquellas actividades deportivas que de manera común y constante llevan a cabo las personas en centros deportivos, playas, parques y otros espacios<sup>37</sup>

La práctica esporádica sería la realizada por las personas que de manera ordinaria practican alguna actividad física. Como puede colegirse, estas dos últimas categorías corresponderían con lo que la OMS denomina actividad física.

Según Castilla, y esta es una de sus principales pretensiones,

«el espectro de cobertura del derecho a la práctica del deporte es amplio, por lo que cualquier ley que pretenda desarrollarlo ... debe ocuparse de todos para distinguirlos, determinar su alcance, contenido y límites y, con ello, proteger, garantizar y respetar ese derecho que tiene reconocido toda persona»<sup>38</sup>.

Sin embargo, si se acepta la distinción entre actividad física y deporte, o dicho de otra manera, entre «deporte» *meramente* recreativo y deporte en sentido estricto, parece que la conclusión a la que debería llegarse es que para el ejercicio y la actividad física

<sup>36</sup> CASTILLA, «El derecho humano a la práctica del deporte», *op. cit.*, p. 106.

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 116

no hace falta la calificación de derecho subjetivo, pues como señala GAMERO<sup>39</sup> esas actividades forman parte de la libertad general de cualquier ciudadano. Así, señala que:

«Nadie discute que los ciudadanos tengan derecho a practicar libremente el deporte –a correr por el parque o jugar al tenis en su club privado–, pero tal derecho se inserta en el ámbito general de libertad de que disfruta cualquier individuo para hacer todo aquello no expresamente prohibido por la ley –principio de negative Bindung o vinculación negativa, artículo 9.3 CE–, sin necesidad de un recordatorio constitucional expreso: tampoco es preciso que la Constitución diga que los ciudadanos tienen derecho a ir de compras o al teatro, a respirar o a cantar, pues todo ello forma parte de su inmenso abanico de libertades».

Si este argumento es suficientemente convincente y, por tanto, no es necesario extender la calificación de derecho humano a actividades físicas o, si se prefiere, al «deporte» recreativo, entonces, la pretensión de caracterizar como derecho humano solo se podría predicar del deporte en sentido estricto o deporte institucionalizado.

#### 4.2.2. *El deporte institucionalizado como derecho*

Concebir el deporte institucionalizado como derecho en sentido técnico implica que los ciudadanos gozan de la posibilidad de reclamar judicialmente la obligación comprometida, esto es, solicitar a las administraciones públicas el acceso a la práctica de una competición deportiva organizada institucionalmente y en el caso de que no fuera satisfecho podría reclamar ante los tribunales que, eventualmente, podrían sancionar a los organizadores por dicho incumplimiento.

Sin embargo, concebir el deporte federado como derecho humano presenta varios problemas: conceptuales, económicos y jurídicos. Analizaré a continuación estos tres problemas.

##### 4.2.2.1. El problema conceptual

La principal dificultad de concebir como derecho el acceso al deporte institucionalizado deriva de las propias características de este último, al tener como objeto las competiciones, tal y como estén configuradas por la institución que gobierne la modalidad deportiva. Como es obvio, y dada la intrínseca naturaleza competitiva del deporte, el acceso a las competiciones se lleva a cabo según criterios meritocráticos. Por tanto, la pretensión del ciudadano de participar en una competición deportiva estará condicionada a su capacidad física (méritos deportivos) para cumplir los requisitos que

<sup>39</sup> GAMERO CASADO, Eduardo, «Aproximaciones al objeto y a los principios rectores de la Ley del Deporte de Andalucía», *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, 4 (2004). PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, «Ámbito de aplicación, funciones y valores del deporte. Definiciones», en Antonio Millán Garrido (ed.), *Comentarios a la nueva Ley del Deporte de Andalucía*, Madrid, Reus, 2016.

cada federación haya establecido para dicho acceso a las competiciones. Dicho de otra manera, sería difícil afirmar que cualquier ciudadano tiene derecho a participar en la final olímpica de los 100 metros<sup>40</sup>.

Otra cosa sería que el ciudadano pretendiera tener la posibilidad de acceder a la situación que le permita competir y participar en una prueba según las reglas de la respectiva modalidad deportiva. Esta sería una pretensión cualitativamente distinta a participar en una competición deportiva pues más bien, estaríamos entonces ante un caso de ejercicio del derecho de asociación. Significa esto que un club, en primer lugar, y posteriormente, la federación (o la institución que organice la competición) debe permitir la inscripción de cualquier individuo, sin que ello sea garantía de que vaya a disputar la prueba deportiva.

#### 4.2.2.2. El problema económico

Entender el acceso a la práctica deportiva como derecho subjetivo en sentido estricto plantea algunos interrogantes acerca si hay suficientes recursos para dar satisfacción a todos los ciudadanos que reclamen el acceso al deporte. En opinión de Gamero, la proclamación del acceso al deporte como derecho subjetivo en sentido fuerte solo implicaría una proclamación formal de ese derecho, ya que en las condiciones para su práctica dependería de los recursos económicos disponibles. Es decir, en la mayoría de las ocasiones tal proclamación no sería más una mera fórmula ritual o retórica desprovista de toda efectividad.

#### 4.2.2.3. La redundante protección jurídica

En el supuesto de que todo ciudadano gozara de un derecho al deporte habría que cuestionar su eficacia dada la estructura actual del deporte federado y su monopolio respecto a la organización de competiciones deportivas. En tal situación, la entrada del deportista en ese ecosistema jurídico supone por parte del deportista aceptar voluntariamente diversas normativas que tienen como efecto la modulación de la extensión de su derecho fundamental al deporte ya que colisionará con las potestades federativas de diseñar las modalidades y las competiciones. En efecto, a diferencia de otros derechos que tienen una aplicación amplia, cuando un individuo ingresa voluntariamente en el ecosistema deportivo asume que se encontrará con una serie de modulaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Si la exclusión se fundamente en otras razones: sexo, raza, nacionalidad, etc. En cuyo caso, y con las salvedades que a continuación se señalarán, deberán ser objeto de protección constitucional sobre la base de la infracción de derechos fundamentales.

<sup>41</sup> Estas restricciones han ido disminuyendo progresivamente, dado el cada vez mayor grado de concienciación de los deportistas acerca de sus derechos. Resultado de ello es la aparición de declaraciones informales de derechos de los deportistas o la inclusión de estos en el Proyecto de Ley del Deporte.

Para entender correctamente esta situación hay que retrotraerse al nacimiento del deporte moderno, pues este nació de la iniciativa privada, es decir, al margen del Estado<sup>42</sup>. Fueron individuos quienes en su esfera privada inventaron las reglas de las distintas disciplinas deportivas, así como decidieron asociarse en clubes, posteriormente en federaciones, para finalmente asumir voluntariamente someterse al Comité Olímpico Internacional (COI), una organización privada de mayor rango que se autootorga las competencias normativas en el reconocimiento de las federaciones y de las reglas deportivas. Por ello, estas organizaciones deportivas privadas han aspirado desde sus orígenes a gobernar autónomamente la práctica del deporte, al menos si por tal entendemos el deporte de competición. De ahí que en ocasiones se caracterice la posición de las federaciones sobre la disciplina que regulan y las competiciones que organizan como «monopolística», lo que ha dado lugar a una burbuja inmune, en gran medida, a la legalidad jurídica estatal.

Este rasgo del deporte —que, como tal, ha sido formalmente reconocido en el Tratado de Lisboa de la Unión Europea— concede un amplio margen de maniobra a las organizaciones deportivas en lo que respecta a las reglas de juego y de competición, como también las reglas de carácter general. De ahí, que la propia UE acepte que haya dos ámbitos del deporte con particularidades propias en la organización y diseño de las competiciones y en la propia estructura deportiva potencialmente refractarias a las disposiciones del propio Tratado de Funcionamiento de la UE y de los derechos allí recogidos. En definitiva, se tolera que los deportistas aceptan libre y conscientemente que la participación en la práctica deportiva pueda implicar una modulación de la esfera de sus derechos fundamentales: salud, integridad física, acceso a la justicia, libertad de expresión, etc.<sup>43</sup>.

Ahora bien, las federaciones no gozan de unas potestades ilimitadas e irrestrictas al configurar las modalidades y competiciones deportivas y en especial, los criterios de acceso a las pruebas deportivas. Están, como toda asociación vinculada al respeto de los derechos fundamentales, condicionadas al respecto a los derechos fundamentales y, en particular les está vedada cualquier discriminación injustificada al determinar la participación de los deportistas en las competiciones<sup>44</sup>. Es decir, que cualquier arbitrariedad que impidiera o restringiera la participación del deportista en una competición

---

Véase al respecto: MEDINA MORALES, Diego, «Derechos y deberes de los deportistas», en Antonio (ed.), *Comentarios al proyecto de ley del deporte*, Madrid, Reus, 2022, págs. 133-152.

<sup>42</sup> Cfr. ESPARTERO CASADO, Julián, *Deporte, asociacionismo deportivo y derecho de asociación: Las federaciones deportivas*, León, Universidad de León, 2000.

<sup>43</sup> Algunas de estas regulaciones restrictivas de derechos fundamentales de los deportistas son cuestionables desde un punto de vista jurídico, aunque no examinaré aquí este debate. Véase al respecto RODRÍGUEZ GARCÍA, José, *Deportistas y federaciones: el difícil encaje de los derechos*, Terrassa, Hexis, 2022.

<sup>44</sup> ESPARTERO CASADO, Julián, *Deporte, asociacionismo deportivo y derecho de asociación, op. cit.*

sobre la base de apelar a la raza, sexo, religión, nacionalidad, etc., supondría afectar injustificadamente a su derecho al deporte.

En este sentido, cabe señalar que la Ley del Deporte de 2022 establece una lista extensa de derechos de los que gozan los deportistas, diferenciando, ahora sí, entre deportistas federados y deportistas de ocio, pero también entre los deportistas de alto nivel y rendimiento y los deportistas profesionales. Así, establece como derechos generales: la igualdad de trato y oportunidades en la práctica deportiva sin discriminación alguna por razón de sexo, edad, discapacidad, salud, religión, orientación sexual, identidad de género, nacionalidad, origen racial o étnico, etc.; el respeto a su integridad, dignidad, intimidad personal y libertad de expresión; la protección de datos personales; el desarrollo de su actividad en condiciones adecuadas de seguridad y salud; la libertad de asociación; y la gestión propia y autónoma de sus derechos de imagen<sup>45</sup>.

A pesar de la novedad que supone esta inclusión de los derechos, dicho elenco no tiene más virtualidad que la simbólica, pues como señala la propia Exposición de Motivos no aportan ninguna protección adicional de la que ya gozaban los titulares de esos derechos. ESPARTERO CASADO se hace eco de esta situación cuando señala:

«esta categorización de deportistas, por ser tales, y como consecuencia de ello, finalmente, se les atribuye por la norma proyectada una serie de derechos y de obligaciones que, como bien reseña en su propia Exposición de motivos, ‘el ordenamiento jurídico ya reconoce de forma general a todas las personas? Entonces, ¿para qué sirve la tautología que supone esta genérica categorización de deportista?’»<sup>46</sup>.

Es decir, que aun cuando se interpretara que el derecho al deporte fuese una categoría que protegiese al deportista frente la arbitrariedad de las federaciones en el acceso a las competiciones (por razones de sexo, raza, etc.) la realidad sería que es la apelación a los derechos fundamentales la base de su garantía jurídica. En este sentido, la remisión al derecho al deporte sería superflua.

Ahora bien, siguiendo la lógica desarrollada en este trabajo, aquello que debería constituirse como propiamente un derecho subjetivo al deporte sería la exclusión de participar en una competición por razones deportivas injustificadas, como por ejemplo, aquella que resulta de aplicar errónea, arbitraria o deliberadamente los criterios que la federación establece para acceder (o permanecer) a una determinada prueba. Este sería en mi opinión, el contenido del derecho al deporte: el no ser injustamente excluido en el acceso a las competiciones deportivas sobre la base de motivos estrictamente deportivos relacionados con los criterios de acceso o selección. La cuestión que emerge entonces es si esta afectación al interés de un deportista es de suficiente entidad para considerar

<sup>45</sup> Por su parte, los derechos específicos de los deportistas federados giran en torno a su situación e intereses frente a las federaciones.

<sup>46</sup> ESPARTERO CASADO, Julián, «Los actores del deporte: Clasificación y definiciones», en Antonio Millán Garrido (ed.), *Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte*, Madrid, Reus, 2022, págs. 114-115.

justificado que pueda llevar su reclamación más allá de los propios órganos federativos o administrativos existentes en la actualidad y extender tal posibilidad hasta el Tribunal Constitucional.

## 5. CONCLUSIONES

El deporte se ha convertido en los últimos cien años en una actividad de enorme popularidad en las sociedades contemporáneas, de forma que muchas constituciones lo han ido incluyendo en la lista de derechos que atribuyen a sus ciudadanos. En la mayoría de las ocasiones tal recepción ha sido en términos de «principios programáticos». En las últimas décadas, algunos países han cambiado el estatus del deporte en sus constituciones para configurarlo como derecho humano.

En este trabajo, he tratado de examinar tal pretensión sobre la base de clarificar el sentido de la expresión «derecho al deporte» distinguiendo entre los sentidos de derecho antes mencionados y los sentidos de deporte como «deporte» recreativo y deporte en sentido estricto o federado. He tratado de argumentar que no hay problemas en concebir el deporte recreativo o federado en términos de principios programáticos, pero sí los hay cuando se configura como derecho en sentido estricto. En efecto, concebir el «deporte» recreativo como derecho apenas aporta nada dado que las actividades físicas forman parte de la libertad general de los individuos y no se ve necesario recogerlo como un derecho específico.

Por otro lado, caracterizar el deporte federado (eminentemente competitivo, reglado e institucionalizado) dificulta atribuir el derecho de forma universal, pues el acceso a las competiciones deportivas se rige por el mérito. También es un problema desde el punto de vista económico, dada la dificultad que supondría para los poderes públicos financiar tales pretensiones. Por último, aun cuando se aceptara la configuración del deporte como derecho, habría que tener en cuenta la diversidad de restricciones que derivarían de la especificidad de aquel.



---

---

*colección*

---

---

**FILOSOFÍA, DERECHO Y SOCIEDAD**

---

---

*Directores:* PEDRO SERNA BERMÚDEZ  
ALFONSO J. GARCÍA FIGUEROA  
ANTONIO M. PEÑA FREIRE

- 1 LA UNIÓN DE HECHO Y EL DERECHO A NO CASARSE  
Talavera Fernández, Pedro A.
- 2 DERECHO, INTERESES Y CIVILIZACIÓN  
García Ruiz, Leopoldo
- 3 POSITIVISMO METODOLÓGICO Y RACIONALIDAD POLÍTICA  
Blanco Miguélez, Susana
- 4 DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA A LA HERMENÉUTICA  
Serna, Pedro (dir.)
- 5 EL DERECHO COMO FENÓMENO PSICOSOCIAL  
Vergara Lacalle, Óscar
- 6 LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA  
Alexy, Robert
- 7 LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN DE VALORES  
Cruz, Luis M.
- 8 EL ÚLTIMO ESLABÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO  
Seoane, José Antonio; Rivas, Pedro
- 9 HERMENÉUTICA Y DERECHO  
Kauffmann, Arthur
- 10 IDEOLOGÍAS JURÍDICAS Y CUESTIÓN SOCIAL  
Monereo Atienza, Cristina
- 11 LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA EN LA OBRA Y VIDA DE FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY  
Fernández-Crehuet López, Federico
- 12 REFORMA PROTESTANTE Y ESTADO MODERNO  
Álvarez Caperochipi, José Antonio

- 13 ARTHUR KAUFMANN EN LA ENCRUCIJADA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA ALEMANA DE LA POSGUERRA  
Santos, José Antonio
- 14 LA AUTORIDAD DEL DERECHO  
Pereira Sáez, Carolina
- 15 EL PODER EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN  
de Miguel Beriain, Íñigo
- 16 DERECHO, PODER Y VALORES  
Silva Abbott, Max
- 17 NEOCONSERVADORES Y CHOQUE DE CIVILIZACIONES  
García Neumann, Jaime
- 18 TEORÍAS DEL SISTEMA JURÍDICO  
Vergara Lacalle, Óscar (ed.)
- 19 ¿ESTADOS FALLIDOS O ESTADOS EN CRISIS?  
Fernández, Encarnación
- 20 OBJETIVIDAD Y DETERMINACIÓN DEL DERECHO  
Etcheverry, Juan B.
- 21 INTRODUCCIÓN AL DERECHO  
Álvarez Caperochipi, José Antonio
- 22 EL CABALLO DE TROYA DEL POSITIVISMO JURÍDICO  
Etcheverry, Juan B.; Serna, Pedro (eds.)
- 23 LOS FUNDAMENTOS A PRIORI DEL DERECHO CIVIL  
Reinach, Adolf
- 24 ENTRE TECNÓCRATAS Y WISHFUL THINKERS  
Haba, Enrique Pedro
- 25 DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS Y ARGUMENTACIÓN  
Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R; Oliver-Lalana, Daniel (coords.)
- 26 LEGITIMIDAD A TRAVÉS DE LA COMUNICACIÓN  
Oliver-Lalana, Daniel
- 27 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL  
Martínez-Pujalte, Antonio-Luis; de Domingo, Tomás
- 28 LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES DE PHILIPP HECK  
García Salgado, María José

- 29 INTERPRETACIÓN, DERECHO, IDEOLOGÍA  
Rodríguez Puerto, Manuel Jesús
- 30 EL DERECHO A LA JUSTICIA IMPARCIAL  
Carpintero Benítez, Francisco; Londoño Lázaro, M.<sup>a</sup> Carmelina (coords.)
- 31 EL OCASO DE LA POLÍTICA  
Muñoz de Baena Simón, José Luis
- 32 LA INCLUSIÓN DE LOS OTROS: SÍMBOLOS Y ESPACIOS DE LA  
MULTICULTURALIDAD  
Gutiérrez, Ignacio; Presno, Miguel Ángel (eds.)
- 33 RELIGIÓN, RACIONALIDAD Y POLÍTICA  
Ollero, Andrés
- 34 DE VITORIA A LIBIA  
Fernández, Encarnación
- 35 ÉTICA Y DERECHO EN LA PUBLICIDAD  
Megías Quirós, José Justo; Cabrera Caro, Leticia
- 36 PRUEBA Y RAZONAMIENTO PROBATORIO EN DERECHO  
García Amado, Juan Antonio; Bonorino, Pablo Raúl (coords.)
- 37 SOBRE DERECHO Y ARGUMENTACIÓN  
Cabra Apalategui, José Manuel
- 38 DERECHOS HUMANOS Y BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PRO-  
CESO PENAL  
Torres Chedraui, Ana María
- 39 DISCORDIA CONCORS (VOL. II)  
Gil Cremades, Juan José
- 40 ¿POR QUÉ EL ESTADO ES DÉBIL?  
González Madriz, Yelitza
- 41 DISCORDIA CONCORS (VOL. I)  
Gil Cremades, Juan José
- 42 SÓCRATES, HOPLITA DE LA PÓLIS: DERECHO Y OBEDIENCIA EN  
EL CRITÓN DE PLATÓN  
Esteban Magoja, Eduardo
- 43 LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS  
Sánchez Sánchez, Javier
- 44 OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO Y RAZONES PARA LA ACCIÓN  
Cruz Ortiz de Landázuri, Luis M.<sup>a</sup>

