CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 15 Nº 63 NOVIEMBRE 2023

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

PRESENTACIÓN

Edilberto José Rodríguez Tanta
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA
IPSO JURE

- Dr. José Rodríguez Tanta, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
- Dr. Ronald Ruiz Vásquez, en representación de los señores Jueces Especializados.
- Dras. Carla Paredes Ciccia y Sofía Pérez Santa Cruz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Pahola Samillán Ruiz y José Quiñones Quiñones.

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044

INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHOS HUMANOS. RESPONSABILIDADES COMUNES PERO DIFERENCIADAS
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 6

DWORKIN, LA EUTANASIA Y LA IDEA DE DERECHO
MANUEL ATIENZA 26

BREVES COMENTARIOS A LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LE EJECUCIÓN DE LA PENA (HONDURAS)
ENRIQUE GRILLO 37

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Dar un paso al costado es una acepción que no siempre expresa cabalmente cuanto queremos realmente manifestar y, a veces, se acerca a la emoción que pretendemos transmitir. Parece unas veces alejamiento y, otras veces, transmite nuevas formas de cercanía.

Señalamos con la afirmación que antecede que dejamos la dirección de la revista IPSO JURE, la cual, durante 63 ediciones ininterrumpidas, ha sido nuestra morada intelectual y refugio de meditaciones en muchos aspectos, pues hemos pretendido transitar incansablemente, desde aquel lejano 2008 cuando nació la revista, por distintos números en los cuales el objetivo fue abrir un espacio de reflexión intelectual para distintos académicos del Derecho, entre jueces, fiscales, abogados e incluso estudiantes, en quienes primó el interés por contribuir a enriquecer las líneas virtuales de nuestras numerosas ediciones.

Esta decisión tiene lugar, hemos de precisarlo, dentro del paso inmediato de indexación de nuestra revista propulsado por la misma Presidencia del Poder Judicial, y parecería contradictorio que, justamente cuando se da este importante paso, nos alejemos de este cultivado proyecta que representa IPSO JURE. Y, sin embargo, ello tan solo es una apariencia a esclarecer.

Las normas sobre indexación exigen, con cierta lógica razonable, que el director de la publicación no pueda escribir en la revista y, en oposición a nuestra experiencia en nuestra gaceta, justamente IPSO JURE ha sido el espacio de mucho de nuestra modesta producción en diversos ámbitos del Derecho. En consecuencia, la elección ha sido, como se podrá prever, harto compleja, en cuanto nos quedábamos en un lado o en el otro, y la decisión ha sido específica en referencia a que hemos de seguir aportando vía artículos con diversos enfoques del Derecho.

La indexación de la revista, por otro lado, es un reconocimiento institucional a la labor que hemos desarrollado desde la muy sencilla tribuna de la dirección. Hemos querido graficar, en estos casi 16 años, que los jueces y fiscales también somos partícipes del aporte al enfoque intelectual de diversas figuras del Derecho y que, precisamente, escribir complementa, de alguna forma, con visos más positivos que negativos, la función jurisdiccional, la cual de por sí ya demanda un notorio trabajo de dedicación a audiencias, examen de casos y producción de decisiones enmarcadas dentro de una debida motivación con arreglo a las leyes y la Constitución.

Ciertamente la indexación exige, por otro lado, baremos muy altos, entre la formación de comités y cuerpos editoriales, además de un equipo de trabajo que va a estandarizar las formas de examen de los artículos antes de ser publicados Todo ello demanda una adecuación de la normativa interna a estándares internacionales, lo cual hemos comenzado a trabajar para el éxito del proyecto.

De esa forma, esperamos transmitir, desde nuestro próximo número en 2024, los nuevos lineamientos de trabajo de nuestra cara revista, adecuaciones que van a constituir lineamientos de trabajo de toda nuestra producción intelectual. En ese propósito, simbólicamente alzamos nuestra copa de vino tinto para brindar por los mejores tiempos que vendrán y, en la misma secuencia, por la nueva etapa por la cual ha de atravesar nuestra publicación. Un brindis figurativo, lo dice el corazón, purifica el espíritu y le da sentido de trascendencia a las perspectivas de vida. IPSO JURE ha sido, y lo decimos con énfasis emocional, parte trascendente de nuestro transitar intelectual durante más de tres lustros de existencia, lo cual nos permite decirle “¡Gracias, por habernos dado tanto!”.

Que vengan entonces tiempos de mayor bonanza académica para IPSO JURE. Es nuestro más sincero anhelo al concluir estas últimas líneas en la dirección de la revista, cargo honroso que nos permitió contribuir, en alguna medida, a la reflexión jurídica en el país y del mundo. Además, nos permitió también entender otra dimensión de la judicatura, esta vez expresada en la idea de impulsar iniciativas intelectuales de todos aquellos que con su pluma engalanaron nuestros espacios.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director

CAMBIO CLIMATICO Y DERECHOS HUMANOS. RESPONSABILIDADES COMUNES PERO DIFERENCIADAS

Edwin Figueroa Gutarra[1]

Al no abordar urgentemente el cambio climático, los países ricos violan los derechos humanos de millones de personas pobres
OXFAM

Resumen: El cambio climático ya tiene las dimensiones de un problema extraordinario y de enorme envergadura para toda la humanidad. Demanda, en ese sentido, de considerables esfuerzos para que el planeta Tierra siga siendo nuestro hogar. En esas tareas, planteamos que las responsabilidades corresponden a todos los países del orbe y, sin embargo, hay niveles a establecer en ese contexto. De ahí la necesidad de una diferenciación en el ámbito de deberes de mitigación. El reto es inmenso y exige una toma de conciencia para afianzar la idea de que, si no actuamos, son inminentes deterioros ostensibles en nuestra calidad de vida e incluso, en nuestra sobrevivencia como especie.

Abstract: Climate change already has the dimensions of an extraordinary and enormous problem for all of humanity. In this sense, it demands considerable efforts so that the planet Earth continues to be our home. In these tasks, we propose that the responsibilities correspond to all the countries of the world and, however, there are levels to establish in this context. Hence the need for a differentiation in the scope of mitigation duties. The challenge is immense and requires an awareness to strengthen the idea that, if we do not act, there are imminent obvious deteriorations in our quality of life and even in our survival as a species.

Palabras clave: Cambio climático, derechos humanos, responsabilidades comunes de los Estados, diferencias de responsabilidad, deberes de mitigación

Keywords: Climate change, human rights, common responsibilities of States, differences in responsibility, mitigation duties

Sumario

Introducción. 1. El cambio climático como problema común y de violación de los derechos humanos. 2. Responsabilidades comunes y diferenciadas en relación al cambio climático. 3. Deberes de mitigación ante el cambio climático. 4. Retos pendientes frente el cambio climático. Preguntas a título de conclusión.

[1] Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4009-3953

Introducción

La tarea de defensa de los derechos humanos nos remite, cual lugar común, a la suposición de un escenario vital mínimo en el cual existen condiciones básicas de viabilidad del bien jurídico denominado vida. De esa forma, asumimos *per se* la existencia de una jurisdicción establecida en la cual se han de definir las controversias relativas a los derechos afectados; de la misma manera, entendemos como realidad tácita la prevalencia de condiciones base relativas a la realización de un debido proceso ante un órgano del Estado, y, por último, convenimos en que una decisión favorable de los tribunales de derechos humanos sobre una pretensión, ha de implicar su ejecución en favor de los intereses protegidos que el mismo define. En suma, asumimos como condiciones antepuestas que los derechos se ejercen en un contexto en el cual la vida humana es viable.

Esas situaciones de regular ejercicio de los derechos, sin embargo, corren el riesgo de no ser tales, de disminuir gravemente, o de desaparecer, frente al fenómeno del cambio climático y las degradaciones del medio ambiente que ocurren a causa de estos ingentes peligros, en cuanto estas graves contingencias del clima suponen un peligro de seria y mayúscula potencial afectación de todos los derechos humanos, casi sin excepción, y que, de igual forma, amenazan, bajo la estela de un drástico realismo, con prontos cambios en el modo de vida que hoy todavía conocemos.

La ecuación es puntual: si las condiciones óptimas de vida desaparecen en nuestro planeta en un nivel alarmante, o en su caso, si fenecen las características de existencia de viabilidad de la vida, por causa del calentamiento global en un país, entonces, ya no es viable ese Estado. Por ejemplo, como señala Godínez, Islas Maldivas se encuentra a un metro sobre el nivel del mar, y en el escenario puntual de que se produjera un pavoroso aumento del nivel de los océanos, entre otros riesgos, por causa del cambio climático, entonces no solo se extingue el derecho a la autodeterminación de esa nación a existir como tal, sino que las condiciones mínimas de viabilidad de existencia de un Estado desaparecen, y obligan a los ciudadanos a forzosas migraciones y desplazamientos impuestos.

En línea de lo acotado, es de interés en este estudio, abordar uno de los tantos ejes de reflexión en torno a esta compleja relación entre el cambio climático, como fenómeno de real violación de los derechos humanos, individuales y colectivos, y el estatus que reclaman los derechos humanos emergentes, uno de ellos el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, ante un escenario de progresivo deterioro de las condiciones de vida en nuestro planeta a causa del cambio climático. Asumimos, en ese sentido, la pauta de que este fenómeno, entendido como una tendencia *in crescendo* en serio detrimento de un conjunto de bienes jurídicos de relevancia como los derechos humanos, si bien implica una responsabilidad común entre todos los países del mundo, en rigor conlleva, de la misma forma, responsabilidades diferenciadas entre países en vías de desarrollo y desarrollados.

De esa manera, como afirma Ratgeber, si nos atenemos a que Europa y Estados Unidos son causantes, en el período 1850-2000 del 60% de los Gases con efecto invernadero (GEI), y que los países en vías de desarrollo son responsables de un 23% de GEI, consecuentemente deviene cierta la premisa de que a todos los países del mundo nos concierne enfrentar el cambio climático. Pero, a mayor responsabilidad en la generación de los GEI, mayor exigencia de una conducta de compromiso, acatamiento de obligaciones de mitigación, y, además, de aceptación real, tangible y objetiva de mecanismos de fiscalización de la reducción de estos efectos nocivos por parte de organismos multilaterales.

Si se nos permite, la fórmula a proponer tendría un matiz lógico muy definido: a mayor responsabilidad en las causas del daño, razonablemente mayor debe ser el resarcimiento global y aún más alta la exigencia de mitigación de las afectaciones causadas.

Observemos, a este efecto, que no se trata de procurar simplemente la mejora de las condiciones de vida en la Tierra. La naturaleza ya nos ha proporcionado, tras ese milagroso *Bing Bang* de hace unos 13,700 millones de años, determinadas condiciones de equilibrio de la vida en el planeta que habitamos. Por tanto, la obligación sería la de respetar, proteger y conservar esas características óptimas de vida, y evitar que la temperatura en el planeta suba más allá de 2 grados Celsius hacia el año 2050. O en su caso, trabajar para que el aumento no sea de 3 a 4 grados, o que el calor trepe a un apocalíptico escenario de 5 grados más hacia misma fecha. Esto último, en definitiva, supondría una transformación radical en nuestro modo de vida como hoy lo concebimos, y ello afectaría, ostensiblemente, tanto el derecho esencial a la vida, así como una serie de derechos conexos implícitos.

De otro lado, es vital desestimar esa actitud cuasi negacionista de asumir que el cambio climático constituye solo un problema de exigencias de atención de desastres, y no una real amenaza a un conjunto de derechos, entre los cuales el derecho a la vida ocupa un lugar privilegiado. Desde esa dimensión de enfoque, volvemos a nuestra premisa inicial: si no hay condiciones óptimas de vida en el planeta, los demás derechos no podrán ser ejercidos en cuanto tales. Aquí reside una concepción clave respecto a la conciencia global a generar en el orbe respecto al cambio climático. No se trata de solucionar problemas de emergencia, o de asumir la labor de reparación de daños por eventos climáticos determinados, sino de involucrarnos en una tarea de serio trabajo para que las condiciones de vida en el planeta sean respetadas, protegidas y conservadas.

En conjunto, es nuestro planteamiento de contexto que quienes resulten responsables de haber propiciado el complejo escenario que hoy la humanidad entera enfrenta, asuman un rol por fin realmente activo para aminorar, objetiva y no semánticamente, los efectos nocivos del cambio climático. A su turno, existe por supuesto un rol de responsabilidades a ejecutar por parte de los países en desarrollo, pero la envergadura de estas tareas ha de ser proporcional, si el término cabe, respecto al ámbito causal que les compete a las economías del mundo que mayor daño han causado al planeta respecto del fenómeno del cambio climático.

Desde otra dimensión, no dejamos de apreciar una flagrante paradoja: quienes menos responsabilidad han tenido en la generación de las situaciones de afectación que el cambio climático ha significado- los países en vías de desarrollo- mayores daños han de sufrir, dadas ciertas condiciones geográficas, sobre todo países del hemisferio sur, por efecto del cambio climático. Y para completar ese aparente anómalo escenario, incluso algunas regiones del mundo como Canadá, norte de EE.UU. y algunas zonas del norte de Europa se verían beneficiadas, si las condiciones de cambio de temperatura a causa del cambio climático no son abrumadoras, dado el frío persistente que tiene lugar en esas zonas. Es seguro así que cierto grado de calor por el cambio en el clima, redundaría en beneficio de esas zonas del planeta.

En consecuencia, el cambio climático resulta un fenómeno muy complejo, pero con aristas muy determinadas, y una de ellas es que se viene constituyendo en la mayor amenaza a los derechos humanos en los últimos lustros. Una toma de mayor conciencia, ciertamente, constituiría un primer paso de acción en este tema. Una siguiente tarea, por cierto ineludible, es la implementación de mecanismos de ejecución y supervisión de tareas de mitigación de este grave problema. No hacerlo implicaría renunciar, en un plazo más mediano que largo, al disfrute incluso

del derecho a la vida, con lo cual se abrirían los primeros círculos que Dante, en compañía de Virgilio, visitó en el inframundo, y ese es un escenario que con terquedad debemos evitar.

1. El cambio climático como problema común y de violación de los derechos humanos

El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes señala "el derecho de todo ser humano y de los pueblos en que se integran a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la biodiversidad presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones". La premisa aportada es de interés esencial para nuestro estudio, en la medida que de ese derecho se desprenden obligaciones que a su vez ratifican la exigencia de tutela de determinados bienes jurídicos.

El cambio climático afecta radicalmente varios derechos humanos y ese nivel de perjuicio configura obligaciones. Entre los derechos lesionados, una referencia genérica de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), señala que entre los "derechos afectados por el cambio climático: (se encuentran los derechos) a la salud, a la educación, a la vivienda adecuada, a la alimentación, al agua, a la vida cultural, a la igualdad y no discriminación, de equidad, y enfoque de género." (CEPAL, 2019, p. 76)

Huici coincide con esta lista al identificar otra clasificación de derechos, a partir del concepto de lucha contra el cambio climático. De ese modo, enuncia que se afectan los derechos a la salud, al agua, y a un medio ambiente sano, equilibrado y seguro. (2016, p. 16) Y entre los grupos específicos afectados, con mayor prevalencia, podemos encontrar a los pueblos indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, niños, niñas, adolescentes y jóvenes, migrantes, campesinos y comunidades rurales. (CEPAL, 2019, p. 82)

Observemos algunos antecedentes para graficar el planteamiento de afectación de los derechos enunciados. La preocupación por el cambio climático, como problema general y de violación de derechos humanos, es de larga data, Ya en 2008 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoció los efectos del cambio climático con relación a los derechos humanos. De esa forma, acota Terminiello que se adoptó en el Consejo la Resolución 7/23, la misma que afirma: "el cambio climático crea una amenaza inmediata y de gran alcance para la población y las comunidades de todo el mundo y tiene repercusiones sobre el pleno disfrute de los derechos humanos". (2013, p. 103)

Por otro lado, el eje de vinculación del cambio climático como violación de derechos humanos es trascendente, en cuanto representa ir más allá de la noción de un simple desastre a reparar o que, en su caso, aludamos solo a una mejor gestión de desastres, frente a los perjuicios generados. Precisa Ratgeber que:

> al parecer se cree que las consecuencias del cambio climático pueden manejarse con la usual gestión de desastres y los daños que ocurran serán solucionados vía seguros. (…) algunas cifras prueban suficientemente la responsabilidad de ciertos grupos de países: en el período comprendido entre 1850 y 2000, Europa y Estados Unidos emitieron cerca del 60% de los gases invernadero a la atmósfera, China el 7% e India el 2%. Los países subdesarrollados y aquellos de menor desarrollo, que contemplan cerca del 80% de la población mundial, aportaron solamente el 23%. Sin lugar a dudas, existe aquí un problema ético ¿pero también de derechos humanos? Hasta la fecha no hay un derecho humano explícito que garantice condiciones ambientales y climáticas, para mantener la existencia humana. (2012, p. 8)

Díaz aporta valiosos datos y la recopilación de detalles que desarrolla es muy útil:

> El experto mundial del clima Brian Fagan, profesor de la Universidad de California (EE. UU), habla de un "largo verano". En los últimos 420,000 años se han sucedido cuatro eras glaciares, de 100,000 años de duración cada una, con interludios cálidos entre una y otra. Desde hace 15,000 años vivimos el último de estos interludios, en el que ha surgido una novedad: el calentamiento global antropogénico (Miller, 2007). El mundo se está calentando, así lo expresó uno de los primeros pioneros de la ciencia climática, el físico sueco Svante Arrhenius, predijo con sorprendente precisión que la duplicación de las acumulaciones de CO2 en la atmósfera de la tierra elevaría la temperatura mundial promedio en 4º C a 5º C, una sobreestimación marginalsegún los modelos más recientes del IPCC (…) (2012, p. 230)

Imaginemos, por un momento, que la temperatura mundial se incremente – hecho posible si se cumplen los peores augurios- en 5° C, debido a las emisiones de dióxido de carbono a partir de la quema de combustibles fósiles. (Díaz, 2012, p. 233). El escenario de desastres naturales sería infinitamente superior al actual.

Por otra parte, podríamos tener un problema de formulación técnica al intentar la clasificación de estos sucesos como violaciones de los derechos humanos, en tanto podría objetarse cuál sería el nivel de responsabilidad por acción u omisión de un Estado al respecto. Por tanto:

> Es necesario que las normas y principios de derechos humanos informen y fortalezcan las medidas de política en el ámbito del cambio climático, y que se realicen estudios más detallados y recopilen mayores datos a nivel nacional a fin de evaluar el impacto del cambio climático en los derechos humanos. (Godínez, S.F., p. 45)

El escrutinio del clima, en línea de lo afirmado, demanda algunas precisiones técnicas:

> El clima del planeta tierra está determinado en gran medida por la presencia natural en la atmósfera de gases efecto invernadero (GEI) tales como dióxido de carbono (CO2), metano (CH4), óxido de nitrógeno (N2O), y ozono (O3). En cantidades apropiadas, los GEI ayudan a soportar la vida y los ecosistemas en la Tierra al mantener una temperatura relativamente constante que promedia alrededor de 15°C.Sin embargo, el incesante aumento de la población, y la consecuente actividad agropecuaria e industrial, han provocado que billones de toneladas de GEI se descarguen en la atmósfera, alterando su balance e incrementando la temperatura global. A este efecto se le conoce como cambio climático. (Godínez, S.F., p. 35)

Ahora bien, si relacionamos cambio climático y economía, tenemos una vinculación estrecha:

> En octubre de 2006 el ex economista en jefe del Banco Mundial, Nicholas Stern, presentó un estudio que considera al cambio climático como "la mayor y más amplia falla del mercado jamás vista", con consecuencias equiparables a "aquéllas asociadas con las grandes guerras y la depresión económica de la primera mitad del siglo 20", y un daño a la economía global que "podría ascender al 20% del Producto Interno Bruto o más. (Godínez, S.F., p. 36)

La mención es de interés pues el cambio climático no solo asume una afectación en abstracto sobre las condiciones de vida, sino que es cuantificable al significar perjuicios de orden económico de consideración.

Desde otro eje de ideas, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, en su Objetivo de Desarrollo Sostenible ODS No. 13, establece una referencia a la acción por el clima. (CEPAL, 2019, p. 7) Los ODS 14 y 15, referidos a vida submarina y vida de ecosistemas terrestres, contribuyen a lograr un clima seguro y un medio ambiente sano. (CEPAL, 2019, p.12) Se trata de conceptos recíprocos pues unos sin los otros son prácticamente inviables. El clima

es una condición antepuesta de la naturaleza y las condiciones del mismo, en distintas partes del globo, constituyen una concesión natural para la eficacia de nuestros sistemas de vida. Entonces, antes que simplemente procurar un mejor clima, es relevante que aludamos a la figura de respetar, proteger y conservar las condiciones viables del clima, verbos rectores que nos llevan ya a un contexto de deberes del hombre hacia la naturaleza, siendo exigible que iniciativas de protección del clima sean llevadas adelante.

Surge entonces, desde la afirmación *supra*, entender el cambio climático como una seria, objetiva y tangible afectación a los derechos humanos en todos los continentes, en tanto se trata de un problema común, que atañe a todos los países y nacionalidades del orbe, y sin perjuicio de constituir un problema que concierne a todos, es también menester asumir que, en el seno de esa comunidad de intereses, hemos de identificar una violación concreta, manifiesta y evidente de los derechos humanos.

Esta afirmación es de primer orden en tanto que, en relación al cambio climático, no estamos ante un problema que demande una actuación solo resarcitoria del daño, o que se asuma que una labor de reparación de daños es suficiente para enfrentar esta coyuntura de variación dramática de las condiciones climáticas en el planeta.

A pesar del sustento de la idea de que el cambio climático constituye una violación a los derechos humanos, no podemos negar algunas críticas a algunos aspectos procedimentales. De esa forma, es de tenerse en cuenta que:

> Los procesos judiciales basados en los derechos humanos exigen pruebas de que han sido violados los derechos de personas concretas por un actor concreto – todo ello ante un tribunal que reconozca a ambas partes – además de pruebas de que el daño es susceptible de subsanación. Algo muy difícil de probar por parte de las personas cuyos derechos están siendo socavados por las emisiones excesivas de distintos países y compañías, y para quienes los fenómenos climáticos más extremos, aunque inevitables, aún están por venir. Peor aún es que no exista un organismo concreto ante el cual presentar demandas por impactos internacionales. Incluso en aquellas regiones en que los países ricos han ratificado instrumentos regionales vinculantes sobre derechos humanos (como por ejemplo en las Américas y en Europa), no pueden ser demandados por personas que vivan fuera de la región. (OXFAM, 2008.p. 13)

Esta cuestión plantea deberes para los defensores de derechos humanos y, en esa tendencia conceptual:

> Los abogados especializados en derechos humanos deben presionar para que los tribunales reconozcan el concepto de 'daños futuros' (dado el tiempo que transcurre entre la producción de las emisiones y la aparición de los fenómenos climáticos) y 'responsabilidad colectiva' (dado que las emisiones surgen de fuentes múltiples) en estos casos. (0XFAM, 2008, p. 14)

Ahora bien, adicionalmente surgen otras dificultades procedimentales si pretendemos establecer una figura de violación de los derechos humanos a raíz del cambio climático, pues "resultaría complejo atribuir responsabilidad internacional a un Estado por su inactividad en la lucha contra el cambio climático en base a una eventual violación de las normas de protección de los derechos humanos." (Huici, 2008, p. 24) Y, sin embargo, son de suyo superables, a juicio nuestro, las observaciones que se pudieran formular.

Podríamos atenernos, en el orden de ideas expuesto, a que siendo el cambio climático un problema que en buena cuenta reside en la atmósfera del planeta, sea difícil identificar a los sujetos afectados por dicho fenómeno. Sin embargo, es una realidad objetiva que los países en

vías de desarrollo pueden ser individualizados como quienes reciben el efecto concreto de las afectaciones mayores del cambio climático, antes que los países desarrollados, en tanto éstos disponen de sistemas internos de administración de riesgos, lo cual aminoraría para ellos, prevemos, las consecuencias gravosas de este fenómeno.

Otro problema residiría en individualizar al sujeto agresor de las afectaciones pues, efectivamente, sería exigible dilucidar entre agentes generadores de efectos, de un lado, como posible ente, o bien a la evolución de la naturaleza misma, y de otro lado, atribuir esta responsabilidad a la producción industrial de los países desarrollados. Objetivamente se presentan evidencias de desajustes que apareja el cambio climático, pero deberá diferenciarse el factor de atribución y éste recae, dada la data generada, en los países desarrollados. Esto es corroborado a partir del margen de manejo estadístico, y desde cifras objetivas emitidas por organismos técnicos para la protección y conservación del clima.

En concordancia con lo acotado, consideramos que la determinación del ente jurisdiccional competente para conocer los daños causados por el cambio climático, reside en los estamentos de protección regional de los derechos humanos.

Jurisprudencialmente, ya se ha abierto una ruta procedimental en este aspecto, y aquí es de acotarse que ya en el ámbito americano, una pretensión de la comunidad inuk (CEPAL, 2019,p. 51) en 2005 contra Estados Unidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por violaciones a los derechos humanos causadas por los impactos del cambio climático atribuibles a acciones y omisiones del gobierno, no llegó a instancias jurisdiccionales, esto es, ante la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Entonces, aun cuando no hubo judicialización de la demanda de los inuk, quienes exigían la adopción de medidas obligatorias para limitar las emisiones de GEI en el Ártico, sí implicó su examen, a nivel de la CIDH, un diálogo de apertura respecto a la discusión sobre los alcances de estos derechos.

El pedido finalmente no prosperó, como señalamos, pues la CIDH consideró que no se había proporcionado suficiente información para determinar los hechos. De igual forma, hubo dificultad para determinar el nexo causal entre las emisiones de GEI de un país y los daños específicos señalados en la petición. (Godínez, S.F., p. 42) Y sin perjuicio de ello, ya este antecedente de rigor y valor, propicia e impulsa las condiciones necesarias para que la Corte IDH pueda emprender y extender su examen jurisprudencial, a futuro, a efectos de examinar la dimensión material de los derechos ambientales. El mismo espíritu de la Convención Americana de Derechos Humanos, creemos, asegura este camino.

Lo afirmado *supra* merece una precisión conceptual. De esa forma, pretendemos graficar, como valioso precedente, que si bien es cierto que muchas de las reclamaciones de comunidades indígenas para la protección del medio ambiente, al momento de ser conocidas por la Corte IDH, no tenían un amparo directo en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), pues no había derecho nominado al respecto, (casos de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Pueblo de Saramaka, vs Surinam, entre muchos otros) la reflexión finalmente valiosa del Tribunal fue establecer una correlación estrecha entre el derecho a la vida, un derecho sí nominado en la Convención, y el derecho a un medioambiente sano, aspecto no regulado por la CADH, pero cuyo alcance bien podría acercarse al propósito final de la Carta misma, si convenimos en que todos los derechos humanos, nominados e innominados, merecen protección. El cambio climático, lo verificamos con objetividad, afecta directamente un medio ambiente equilibrado y, por ende, afecta el derecho a la vida.

La atingencia desarrollada, en consecuencia, habilita que la Corte IDH sea considerada como un órgano con competencia y jurisdicción suficientes para conocer las demandas de afectaciones a derechos humanos a raíz del cambio climático.

Adicionalmente, en instrumentos como la Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, a solicitud de Colombia, se analizó ya la relación entre medio ambiente y derechos humanos. La Corte destacó que los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. (CEPAL, 2019, p. 52) Observamos, entonces, que esto constituye otro punto de partida conceptual con amplia base material para entender, en los efectos del cambio climático, una verdadera violación a varios derechos humanos.

El camino que trazamos seguiría similar determinación en cuanto se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Convenio Europeo, adoptado en el año 1950, permite una interpretación extensiva del derecho a la vida- previsto en el artículo 1 del Convenio- en los bienes jurídicos afectados por el cambio climático. Si aludimos a África, la Carta Africana de Derechos Humanos permitiría tracemos una estrategia similar de defensa de derechos afectados por el cambio climático, ateniéndonos al artículo 24 de la acotada Carta, el cual recoge el derecho de "todos los pueblos a disfrutar de un medio ambiente satisfactorio y global, propicio para su desarrollo".

Aludir a Asia y Oceanía requiere algunas precisiones de rigor. No existen en dichas regiones Tribunales o Cortes Regionales de tutela de los derechos humanos, al menos en forma directa. Y, sin embargo, a juicio nuestro, una tarea de persecución amplia de protección de los derechos humanos nos habría de revelar dos caminos: o se instalan en esas latitudes Cortes continentales de protección de los derechos humanos, o bien se conforman organismos *ad hoc* para el conocimiento de estos problemas, de tal manera que Comisiones de la Verdad sobre la materia, a modo de ejemplo, pudieran emitir conclusiones técnicas suficientes sobre dicho tema. Ello bien habilitaría que Cortes nacionales en esos continentes, pudieran conocer estos asuntos y determinar, con amplia legitimidad, las medidas de ejecución del caso para estas reclamaciones debidamente comprobadas.

Es válido concluir, en consecuencia, que la determinación de las afectaciones a determinados derechos humanos, a partir de las consecuencias que genera el cambio climático, sí configura violaciones ciertas de estos derechos, de tal forma que debemos tener definido que los cuantiosos daños que genera este fenómeno, sí son susceptibles de ser conocidos por las Cortes nacionales y supranacionales.

Delimitada la noción de viabilidad de entes con competencia para la materia, en esta misma ruta de ideas, la noción de víctima es susceptible de ser identificada en este concepto de violación de los derechos humanos:

> En lo que se refiere al derecho a la vida, la noción de víctima que ha formulado el Comité de Derechos Humanos deja poco margen para la acción frente a fenómenos con efectos reales sobre el disfrute de los derechos humanos (y, en concreto, del derecho a la vida) pero a largo plazo y de origen difuso. Concretamente, el Comité señala: "Para que una persona sea víctima de la violación de un derecho protegido por el Pacto debe demostrar que una acción u omisión de un estado parte ha afectado ya negativamente su goce de ese derecho o bien que tal efecto es inminente, por ejemplo, de resultas de una legislación o de una decisión o práctica judicial o administrativa vigentes. (Huici, 2008, p. 26)

Es de acotarse, extensivamente, que todos somos víctimas del cambio climático y sus efectos. Los países en vías de desarrollo lo son en mayor grado. A ello debemos agregar que los efectos

del cambio climático son objetivamente determinables por las incidencias del mismo en la calidad de vida de muchas poblaciones del mundo, cuestiones ya antes glosadas. Frente a ese escenario de numerosas víctimas surge un deber de cooperación, sobre el cual hemos de señalar:

> Esta obligación general de los estados de cooperar en la lucha contra el cambio climático no es sino una manifestación más del *deber de cooperación entre los estados*, que los autores identifican como uno de los principios generales que inspiran el Derecho internacional del Medio Ambiente.(Huici, 2008, p. 27)

A modo de colofón sobre este ítem cabe preguntarnos: ¿puede considerarse el fracaso en la lucha contra el cambio climático como una violación de los derechos humanos? La interrogante es muy propicia a partir de una queja individual que presentaron la activista Greta Thunberg y jóvenes de 12 países ante el Comité de los Derechos del Niño en el año 2019, (CEPAL, 2019, p. 33) en virtud del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño.

Creemos que antes de referirnos a un discurso en clave de fracaso, es exigible una voz no solo de compromisos estatales para la mitigación del cambio climático, sino la configuración de un orden de respuesta de responsabilidades a asumir, sobre todo por parte de los países desarrollados, actores centrales en la materialización de daños que genera el cambio climático.

2. Responsabilidades comunes y diferenciadas en relación al cambio climático

Un tema central a esclarecer, en relación a las consecuencias derivadas por el cambio climático, es el nivel de génesis, influencia y respuesta de los Estados respecto a este fenómeno, y nuestra aseveración es objetiva: a mayor nivel de responsabilidad en la generación del problema que nos ocupa, mayor debe ser, necesariamente, la conducta de respuesta de los Estados. De esta afirmación, hemos de concluir, sin lugar a objeción, que siendo los países desarrollados quienes históricamente han generado niveles más altos de afectación en el cambio climático, pues les corresponde un mayor escenario de respuestas, y no solo de compromisos. Se trata de un principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. (Elizalde, 2008, p. 46)

Es necesario considerar que “las emisiones excesivas y continuadas de los países ricos están privando a millones de personas del agua, el suelo y las tierras que necesitan para subsistir”, (OXFAM, 2008, p. 2) al tiempo que hemos de subrayar que:

> “veintitrés países ricos, entre ellos EEUU, Europa occidental, Canadá, Australia y Japón, albergan tan sólo un 14 por ciento de la población mundial, pero han producido el 60 por ciento de las emisiones globales de carbono desde 1850 y hoy siguen produciendo un 40 por ciento de las emisiones anuales de carbono.” (OXFAM, 2008, p. 2)

Hemos de acotar en este escenario de necesarias individualizaciones a nivel Estados sobre el cambio climático, una precisión de Elizalde:

> Un estudio del Banco Mundial ha concluido que si la temperatura del planeta sube entre 2-3ºC, el declive de la producción agrícola, las inundaciones, las sequías, la pérdida de biodiversidad y la erosión del suelo resultantes del cambio climático costarán a los países en desarrollo una reducción de entre el 5-10% de su Producto Interno Bruto (PIB). Los efectos serán más graves si el incremento de las temperaturas es mayor. (2009, p. 39)

Los efectos a que aludimos inciden, directamente, en el nivel de vida de los países en vías de desarrollo. Terminiello glosa una afirmación objetiva en relación a lo enunciado:

> Como (…) lo sostuvo el Secretario General de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Medialuna Roja (IFRC, por sus siglas en inglés), "los desastres naturales localizan a los pobres y se aseguran que estos continúen siendo pobres". Un dato estadístico respalda esta afirmación. De acuerdo al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "los países que registran un alto desarrollo humano albergan al 15 por ciento de la población expuesta, pero sólo sufren un 1,8 por ciento de las muertes originadas por los desastres" mientras que los 50 países menos desarrollados del planeta a pesar de albergar solo al 11 por ciento de la población expuesta a desastres, aportan alrededor del 53% de las víctimas fatales por desastres naturales. (2013, p. 116)

Ahora bien, son los países pobres, e incluso algunos del sur global, (Ratgeber, 2012, p. 23) quienes acusan consecuencias mayores: desde las peores sequías en la historia de Somalia en los años 2011-2012, las cuales cobraron incluso miles de vidas, hasta la preocupante afirmación del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación respecto a que la menor disponibilidad de agua para riego y la salinización del agua en las zonas costeras hacen prever que para el año 2080, unas 600 millones de personas podrían correr peligro de padecer hambre, como consecuencia directa del cambio climático. Estas cifras son realmente preocupantes. (Terminiello, 2013, p. 121)

Los efectos sobre los países cuyo nivel de altitud es incluso muy cercano al nivel del mar, igualmente, acusan grandes problemas a causa del cambio climático:

> Una de las dimensiones de la amenaza del cambio climático a la libre determinación de los pueblos está dada por la delicada situación que enfrentan los Estados insulares que, como Las Maldivas, Tuvalu, Kiribati o las Islas Marshall, corren el riesgo de tornarse completamente inhabitables o directamente desaparecer bajo el agua ante el aumento general del nivel del mar como consecuencia del calentamiento global y el consecuente derretimiento de los cascos polares. (Terminiello, 2013, p. 122)

Godínez destaca la particularidad de los efectos del cambio climático en Islas Maldivas., al indicar sombríamente que:

> Se(destaca) la vulnerabilidad de los pequeños estados insulares, entre ellos las Islas Maldivas cuyo territorio se eleva únicamente a un metro sobre el nivel del mar. De este modo, tras un incremento en el número y frecuencia de las inundaciones, los habitantes de las Islas Maldivas han visto afectados sus derechos humanos, en particular los relativos a la vida, salud, propiedad, vivienda e incluso el derecho a la autodeterminación, este último si el país llegara a desaparecer bajo las aguas del Océano Indico. (S.F., p. 44)

A ello sumaríamos el cuadro que presenta OXFAM sobre esta misma materia:

> Treinta y nueve pequeños estados insulares en desarrollo firmaron la Declaración de Malé sobre la dimensión humana del cambio climático mundial a finales de 2007, destacando el impacto del cambio climático sobre los derechos de sus ciudadanos a la vida, la propiedad, un nivel de vida adecuado, la alimentación, la salud y la cultura. (2008. p.12)

Cierra esta glosa Elizalde con proyecciones nada halagüeñas:

> La subida del nivel del mar ocasionará intrusiones de agua salada en algunos ríos, reduciendo la disponibilidad de agua dulce en países como Bangladesh, Egipto y Tailandia. Un incremento en las

> temperaturas de 2ºC reduciría la disponibilidad de agua hasta en un 30% en Sudamérica, Sudáfrica y en la cuenca Mediterránea. (2008, p. 42)

Las consecuencias habrían de ser, respecto a todo lo acotado, muy complejas, pues "tal como sostiene el ACNUR, "si el territorio total de un Estado se sumergiera de forma definitiva, inevitablemente no podría haber una población permanente vinculada a éste o un gobierno que lo controle". (Terminiello, 2013., p.124) Los problemas, entonces, se redirigen a numerosas cuestiones colaterales, entre ellas, premisas base como la continuidad del Estado, el derecho de toda persona a una nacionalidad y, finalmente, la prevención de la apatridia. (Terminiello, 2013, p.125) En rigor, nadie debería ser privado de su derecho a la nacionalidad y un suelo bajo el cual cobijarse.

La dimensión de responsabilidades de los Estados alcanza también, por cierto, al problema de la emisión de gases; esta es una cuestión a advertir y he aquí también un tema de responsabilidades diferenciadas:

> Algunos de los países que más emiten GEI no tienen compromisos de reducción obligatorios. Entre25 países emiten el 83% de total global de GEI. (…) Estados Unidos, que emite el 20.6% del total global de GEI; Turquía, que emite el 1.1%, e Irán, que emite el 1.4%, no son parte en el Protocolo de Kyoto. Australia que es responsable del 1.5% de las emisiones globales, pero es uno de los mayores emisores de GEI *per cápita* - se vinculó al Protocolo de Kyoto sólo a finales de 2007. Por otro lado, China (14.7% o tal vez más), India (5.6%), Brasil (2.5%), Sudáfrica (1.2%), Pakistán (0.8%), Argentina (0.9%), Indonesia (1.5%), Arabia Saudita (1.0%) son partes contratantes en el CMNUCC, pero no son países (con) compromisos dereducción en el Protocolo de Kyoto. (Elizalde, 2008, p. 51)

Sobre el particular, el instrumento aludido, firmado en 1997, presenta algunas serias dificultades en la medida que "la principal deficiencia del Protocolo de Kyoto es su limitada efectividad", (Elizalde, 2008, p. 51) lo cual nos lleva al razonable objetivo de convertirlo en un instrumento exigible. De esa forma:

> Incrementar la efectividad del Protocolo de Kyoto exige compromisos de reducción más estrictos, pues (…) son necesarias reducciones de entre el 25 al 40% para el 2020y del 50% para el 2050. Pero no sólo eso, tal vez sea más importante incorporar al régimen aquellos países que más emiten GEI y que no tienen compromisos de reducción obligatorios. La dificultad radica en encontrar un método de distribución de obligaciones de reducción de GEI que sea justo y aceptado por la comunidad internacional. Sin duda, es clave lograr la participación en los esfuerzos de reducción de Estados Unidos, que es el país que emite más GEI, y de China, cuyas emisiones han aumentado un50% y representan la mitad del incremento total mundial de 1990-2002. (Elizalde, 2008, p. 52)

Estados Unidos y China, por otra parte, merecen un renglón distintivo en estas reflexiones:

> Un aspecto muy positivo es que Estados Unidos y los países en desarrollo, incluida China, se han comprometido a reducir sus emisiones. Sin embargo, ni Estados Unidos ni China han aceptado objetivos específicos de reducción y, además, EstadosUnidos se resiste a la monitorización externa de sus reducciones (…) Los países en desarrollo, incluida China, tienen graves problemas con diversas manifestaciones de la pobreza. Sienten que las reducciones obligatorias de GEIralentizarían su crecimiento económico. (Elizalde, 2008, p. 53)

A su turno, son necesarios cuantiosos presupuestos para enfrentar el cambio climático, y Elizalde marca una nota al respecto:

> El Banco Mundial ha observado que serán necesarios entre 9 y 41 mil millones cada año para asegurar las inversiones en sectores sensibles al cambio climático en los países en desarrollo. Más aún, las

> estimaciones del Banco Mundial sólo consideran una fracción de los costes de adaptación. Un estudio más completo realizado por Oxfam Internacional observa que al menos 50 mil millones serán necesarios cada año para ayudar a los países en desarrollo a adaptarse al calentamiento global.(2008, p. 56)

Acotamos otras atingencias de valor pues "los países en desarrollo más avanzados deberán tomar medidas de reducción de emisiones, pues sin ellos no se logrará evitar las interferencias humanaspeligrosas en el sistema del clima", (Elizalde, 2008, p. 57) cuestión que no es menor, en cuanto:

> Nos encontramos con la paradoja de que los países que más han contribuido al cambio climático –el mundo desarrollado- son los menos vulnerables, y los que menos han contribuido al cambio –el mundo en desarrollo- son precisamentelos países más vulnerables a sus efectos. (Elizalde, 2008, p. 73)

Es de señalarse frente a todo lo acotado, y como conclusión tentativa, que el cambio climático presenta hoy diversas manifestaciones que ponen en riesgo, en un plazo más mediano que largo, nuestra viabilidad como género dominante en el planeta. Consecuencias gravosas de máxima entidad pueden alcanzar a todas las poblaciones sin distinción. Y, sin embargo, como cuestión central de esta discusión, hemos de afirmar que, en tanto los daños en los ecosistemas de vida pueden ser avizorados por todas las naciones, deviene exigible escrutar la génesis de estas trascendentales modificaciones en nuestros modos de vida.

Nuestra tesis es directa y objetiva: si los países industrializados, fundamentalmente EE.UU. y Europa, han generado, un alto nivel de GEI, entonces, a diferentes responsabilidades de origen, consecuencias diferenciadas de respuesta y acción. En vista de lo expuesto, se hacen exigibles acciones concretas, pues "las medidas de adaptación no son opcionales, sino vitalmente necesarias, en particular para los países en desarrollo." (Elizalde, 2008, p. 38)

Las menciones que alegamos no constituyen solo un fundamento apenas matemático del problema: demandan un plan de acción que concierne a la necesaria, y diríamos incluso ineludible obligación, de adoptar medidas concretas de acción de respuesta del cambio climático y, en definitiva, ello comprende un desembolso importante de presupuestos a ser exigidos no solo para los estudios técnicos sobre la materia, sino para adoptar medidas de ejecución cuya exigibilidad es impostergable.

No dejamos, en este examen, el rol que corresponde a los países en vías de desarrollo, pero sí es menester acotar una cuestión objetiva y que reiteramos: todos los seres humanos vivimos las consecuencias del cambio climático. Fenómenos naturales de envergadura se manifiestan en todos los continentes, y ciertamente a todos los países nos asiste una responsabilidad de acción y, no obstante, las exigencias de congruencia de respuestas y acciones inmediatas, recaen, con énfasis de mayor grado, en los países generadores de estas afectaciones.

Desde otra perspectiva, estimamos que los países desarrollados no pueden refutar las necesarias exigencias de acción, a configurarse, a partir de este rol diferenciado de reacción respecto al cambio climático. Se trata no solo de imperativos categóricos sino también de medidas de acción efectivas a ser implementadas. La responsabilidad de los países desarrollados, en línea con lo que argüimos, no puede ser soslayada. En ese razonamiento:

> Destaca NN. UU.(que) un Estado es responsable no solo de las acciones y omisiones en su territorio, sino también respecto de aquellas dentro de su territorio que podrían tener efectos en el territorio o habitantes de otro Estado, lo cual reviste especial importancia desde el punto de vista climático. (CEPAL, 2019, p. 52)

Reservamos un ítem frente a las tesis negacionistas del cambio climático en tanto que:

> Inexactitudes en los reportes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) dieron rienda a los escépticos del cambio climático para negar datos sueltos y, disipar de una vez por todas el debate sobre el futuro del planeta y la respectiva responsabilidad. Sin entrar en detalles (…) no existen pruebas de que se hayan producido errores intencionales con la idea de engañar y las fallas y preguntas que aún están abiertas no son motivo alguno para dudar de las afirmaciones centrales hechas por las ciencias del clima. Todos los científicos relevantes que estudian los orígenes del calentamiento global coinciden en que los gases invernadero, causados por las actividades humanas, son los principales responsables de un cambio climático que puede tomar dimensiones de amenaza para la supervivencia. (Ratgeber, 2012, p. 7)

Consideramos que no podemos negar que el planeta vive una coyuntura compleja frente a los efectos del cambio climático. No podemos refutar, tampoco, que el contexto actual de numerosos fenómenos climáticos demanda planes de acción. Ellos resultan, a nuestro modo de ver, urgentes.

3. Deberes de mitigación ante el cambio climático

La mitigación o atenuación del cambio climático comprende varios escenarios de acción. Nos circunscribiremos a enunciar algunos de ellos. La idea aquí es que, ante un diagnóstico de daños se requiere, ineluctablemente, una acción de disminución de efectos.

El cambio climático afecta, hemos visto, diversos derechos. La salud es uno de los aspectos angulares. Por ello es importante tener en cuenta, como señala Llanos, que:

> La salud de las personas será una de las más afectadas por el cambio climático. Con estas palabras la administradora de la *Agencia de Protección Medioambiental* (EPA) de EEUU, Gina McCarthy presentó su Informe el 4 de abril de 2016 a la Casa Blanca que recoge los efectos que el cambio climático tendrá sobre la salud de las personas. Advierte que junto con el aumento de la contaminación del aire– *el mayor incremento de la contaminación atmosférica afectará la salud como asma y problemas respiratorios–, la contaminación del agua y de los alimentos, y provocará, asimismo, una mayor ocurrencia de enfermedades propagadas por mosquitos y otros vectores, y miles de muertos por eventos climáticos extremos como olas de calor o sequias*. El estudio determinó que en el verano del 2030 se producirán en los Estados Unidos 11.000 muertos más con respecto a las actuales a causa del calor extremo. (2019, p. 239)

La seria afectación del derecho a la salud, un escenario en el cual son comprobables afectaciones directas a causa del cambio climático, demanda pues un serio deber de mitigación.

A su turno, es de advertirse, en otro escenario de influencia de efectos del cambio climático, que:

> Los glaciares del planeta se derriten a un ritmo sin precedentes. Así lo sostiene un estudio internacional liderado por el glaciólogo Michael Zemp de la Universidad de Zurich. El estudio “Declinación global de glaciares sin precedentes a nivel histórico se presenta a principios del siglo XXI”, señala que desde que se tienen mediciones o registros no se había presentado algo parecido. La media anual de pérdida anual de hielo a nivel mundial ha sido 0.5 a 1 metro de retroceso frontal, pero hay casos en que esta cifra es superada con creces. Afirman que el mayor deshielo se produciría entre 2020 y 2040. (Llanos, 2019, 241)

La observación es aún mayor por parte de Llanos.

> Según el *Panel Intergubernamental del Cambio Climático de Naciones Unidas*, IPCC, un derretimiento parcial de Groenlandia y la Antártica Occidental, podría ocasionar un aumento del nivel de mar de 4 a 5 metros. Los resultados reafirman la hipótesis de que la afluencia de agua caliente del océano por debajo de las plataformas de hielo en el mar de *Asmundsen* está alcanzando las bases de los glaciares y los está socavando por debajo, especialmente en la parte en que los glaciares se encuentran con el mar. Ya en 1970 se había sostenido que los glaciares descansan sobre una superficie que está al menos a 2 kilómetros bajo el nivel del mar. Si por alguna razón se desestabilizara, el agua del mar penetraría muy rápidamente a través de cavidades, y así está ocurriendo, comenta el glaciólogo Gino Vasassa, consultor de la empresa Geoestudios e investigador de la Universidad de Magallanes (El Mercurio, 26 de septiembre de 2016). Así pues, *el cambio climático* agudizará las tensiones existentes sobre los recursos hídricos y agravará el problema del acceso a agua potable salubre, del que carece actualmente una cifra estimada de 1.100 millones de personas en todo el mundo, carestía que representa una de las principales causas de morbilidad y enfermedad. (2019, p. 243)

Los efectos de este derretimiento mundial demandan, conforme a la valoración que planteamos, deberes de mitigación. Deviene imperativo, en ese sentido, un conjunto de acciones de aminoración de los efectos del cambio climático en este aspecto.

Por otro parte, el cambio climático debe ser también entendido como un fenómeno de contaminación. Hogaño “el 23 % de las muertes al año en el mundo es por contaminación. Los más afectados por los riesgos ambientales son los niños menores de 5 años y los adultos mayores de 50”. (Llanos, 2019, p. 237)

A ello hay que sumar, como fría estadística a tener en cuenta, que:

> Hoy mueren 7 millones de personas al año por contaminación del aire, o sea, 1 de cada 7 fallecidos, de los cuales 4.3 millones lo son de los países pobres, por el uso de madera y carbón para calefaccionarse y cocinar. Así, en India, 1.6 de los fallecidos anualmente, mueren por contaminación del aire. (Llanos, 2019, p. 237)

Es menester considerar, inevitable y adicionalmente, lo siguiente:

> Las partículas en el aire más peligrosas para el ser humano son los llamados *Material Particulado Fino–PM 2.5*6. La OMS considera que no es saludable exponerse en un día a concentraciones de PM 2,5 por sobre los 25 microgramos por centímetro cúbico. Chile se excede: tiene 28 microgramos de PM 2.5 por centímetro cúbico. Recientemente, la OMS declaró a la ciudad de Chile, Coyhaique, la ciudad más contaminada de América: con 64 microgramos. En China se ha llegado a los 157 microgramos de MP 2.5, esto es, 50 veces más que lo recomendado por la OMS. En Beijing, por ejemplo, este año 2016 hubo un episodio en que todas las actividades de la ciudad se suspendieron. (Llanos, 2019, p. 238)

Estas escenas complejas respecto a los efectos de la contaminación en la salud configuran, de la misma forma, una exigencia, y ella debe ser entendida como un deber de mitigación que no se puede postergar.

En estas condiciones, podemos graficar ya la noción de un deber de mitigación y de esta forma tenemos que:

> La mitigación (reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero) es imprescindible si se han de respetar los derechos humanos y evitar que estos derechos se vean violados a causa del cambio climático. Las emisiones excesivas de determinados países están generando impactos climáticos que

afectan directamente a los recursos naturales de los que dependen las personas, y por tanto esos países de hecho están violando los derechos humanos de las personas. El recorte de las emisiones excesivas, tanto por parte del sector público como del sector privado, cumpliría con una de las principales obligaciones de los Estados, que constituye la esencia de los derechos humanos: no cometer acciones que puedan dañar a losdemás. (OXFAM, 2008, p. 15)

La mitigación demanda, de la misma manera, ingentes esfuerzos pues "la pobre actuación de los países ricos demuestra que no será posible financiar la adaptación mediante aportaciones voluntarias",(OXFAM, 2008, p. 27) y como base conceptual tenemos el artículo 1 de los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente, (CEPAL, 2019, p. 35) el cual señala que los Estados tienen el deber de garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.

Las propuestas que desarrollamos de obligaciones y no solamente compromisos de los países desarrollados respecto al cambio climático, así como la precisión de una tarea central de no solo procurar sino proteger, respetar y conservar un medioambiente equilibrado, sano, y seguro, nos permiten otorgar consistencia a la figura de los deberes de mitigación respecto a las afectaciones que genera el cambio climático.

Las tareas de mitigación, a juicio nuestro, implican un accionar necesario fundamental de los países desarrollados. OXFAM plantea algunas obligaciones de los países ricos, (2008, p. 5),entre ellas, la necesidad de liderar ya el recorte de las emisiones globales, de manera que el calentamiento global se mantenga sustancialmente por debajo de los 2ºC (con una disminución de las emisiones globales en un 80 por ciento por debajo de los niveles de1990 para el 2050).

De igual forma, deben aportar la financiación necesaria para la adaptación internacional, de un lado, y también el desembolso de un presupuesto suficiente para que los países en desarrollo consigan tecnologías bajas en carbono. Igualmente, deben paralizar las políticas sobre biocombustibles que menoscaban el derecho de las personas pobres a la alimentación y provocan violaciones de los derechos laborales sobre la tierra. En adición a ello, deben centrar sus estrategias de adaptación en las personas más vulnerables.

La lista de OXFAM se extiende aún más: los países en desarrollo deben apropiarse de la gestión de los fondos de adaptación internacionales, y deben también rendir cuentas ante las comunidades vulnerables sobre la manera en que se emplean tales fondos. A ello agrega que las empresas deben instar a los gobiernos a que actúen con mucha mayor urgencia en el recorte de las emisiones globales, así como tomar medidas de consideración para recortar sus emisiones globales en línea con el objetivo de mantener el calentamiento global sustancialmente por debajo de los 2ºC. (OXFAM, 2008, p. 5)

Igualmente, asume que las empresas deben velar por que sus proyectos de mitigación o adaptación no menoscaben los derechos de las personas, y que aquellas empresas que obtienen y venden sus productos en todo el mundo deben hacer mucho más por fomentar la capacidad de recuperación de las comunidades ante el cambio climático, a través de sus propias operaciones de la cadena de suministro. (OXFAM, 2008, p. 5)

4. Retos pendientes frente el cambio climático

Los escenarios complejos que hemos descrito en líneas anteriores generan algunos retos que planteamos, siempre bajo una orientación enunciativa y no exhaustiva. Nos sirven de base los aportes de varios autores sobre la materia.

De esa forma, las reflexiones de Díaz nos ayudan a tener en cuenta que "hay que considerar que las futuras generaciones no son las únicas que deberán hacer frente a un problema del cual no son responsables, sino que es un asunto de consenso multilateral, de trabajar en equipo, porque el clima es algo global." (Díaz, 2012, p. 236)

Se trata de que aquí es visible, y lo planteamos como reflexión de contexto, un primer reto de creciente importancia a considerar.

De igual forma, "[es preciso] desarrollar mecanismos de adaptación a lo inevitable, esto requiere de una acción nacional y cooperación internacional, (así como) fortalecer la educación ambiental a nivel formal y no formal y profundizar sobre los impactos sociales." (Díaz, 2012, p. 236) Adicionalmente, "se requiere además de cambios trascendentales en nuestra manera de ver la interdependencia ecológica, la justicia social para los pobres del mundo y los derechos humanos." (Díaz, 2012, p. 236)

Es de verificarse que la acción internacional debe comprender, entonces, obligaciones específicas y no solo un compromiso de voluntades.

En esa misma línea de retos, hemos de considerar que "un esbozo de plan de acción implica (…) la necesidad de incorporar una mayor perspectiva de derechos humanos en la lucha contra el cambio climático. (CEPAL, 2019, p. 12) La relación, a juicio nuestro, es indisoluble, pues no hay forma de entender las afectaciones del cambio climático sin tener en cuenta los derechos humanos.

De la misma forma, constituye una línea de reflexión de importancia que:

> La cooperación internacional en la lucha contra el cambio climático debe valorarse como una acción esencial en la protección y promoción de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y (…) frente a problemas ambientales de carácter mundial como el cambio climático, el reconocimiento como derecho singular y autónomo del derecho humano a *un medio ambiente sano, equilibrado y seguro* esuna necesidad cada día más urgente. (Huici, 2008, p. 12)

El reconocimiento amplio de este derecho habrá de consolidar su exigencia incluso jurisdiccionalmente. De ese modo, la interpretación extensiva de los tribunales de derechos humanos sobre el cambio climático habrá de permitir exigencias de reparación a los países desarrollados.

Por otra parte, hemos de considerar, de la misma forma, que:

> La comunidad internacional debe abordar el reto del cambio climático no sólo como un problema medioambiental, sino también como un reto socioeconómico. En particular, dada su influencia en las opciones de desarrollo, una mayor implicación de las instituciones económicas internacionales es esencial. (Elizalde, 2008, p. 35)

Se trata de un aspecto objetivo: el cuantioso daño causado por el cambio climático, de suyo, es también económico, con márgenes agravantes en el caso de los países en vías de desarrollo.

A su vez, “el cambio climático es uno de los mayores obstáculos para lograr los objetivos de reducción de la pobreza.” (Elizalde, 2008, p. 36) A ello hemos de sumar que “el régimen del cambio climático es insuficiente para prevenir, mucho menos revertir, los efectos negativos que se producirán en los ecosistemas, en la sociedad y en laeconomía.” (Elizalde, 2008, p. 75) Los daños directos e indirectos generados por el cambio climático son inobjetables.

Adicionalmente, “en los próximos diez años deberá existir también un mecanismo eficaz para pedir cuentas a Estados y empresas por el impacto que sobre los derechos de millones depersonas tienen sus emisiones de gases de efecto invernadero.” (OXFAM, 2008, p. 33) El aporte es valioso: o se crean organismos especializados en la materia, o las Cortes regionales de derechos humanos asumen un rol extensivo al respecto en su jurisprudencia.

Hemos de acotar, en esta misma dirección de ideas, que:

> Si deseamos reducir de manera efectiva las emisiones de gases efecto invernadero, tendremos que transformar a corto plazo una economía mundial basada en el intenso consumo (e incluso dispendio) de combustibles fósiles, hacia una economía que utilice de manera mayoritaria energías renovables y tecnologías ambientalmente sostenibles.” (Godínez, S.F., p. 47)

Adicionalmente, hemos de tener en cuenta que “en el futuro, una sociedad avanzada habrá de definirse en la medida en que posea una economía baja en carbono y (genere) mecanismos que permitan incluir consideraciones sobre derechos humanos en torno a las actividades ambientales.” (Godínez, S.F., p. 47)

Finalmente, es un reto consolidar un principio de gobernanza climática, a través del cual los procesos y políticas públicas de adaptación y mitigación al cambio climático se construyan en conjunto, con participación de los estamentos públicos y privados, pues el problema es global.

Se trata, entonces, de numerosos retos que exigen un plan de acción, y es ominoso tener que señalar que no hay un tiempo indefinido para solucionar estas controversias. Por tanto, se exigen acciones urgentes en el muy corto plazo.

Preguntas a título de conclusión

A modo de glosas finales, recopilamos algunas interrogantes de Díaz a propósito de las implicancias del cambio climático y, en la lógica planteada, no podemos dejar de observar que este tema presenta aristas sumamente complejas.

Las reflexiones a reseñar son válidas en toda su dimensión axiológica:

> Las preguntas que surgen después de la revisión de literaria son: ¿Por qué hay opiniones diferentes sobre un problema que afecta a toda la humanidad? ¿Implicará la solución del cambio climático volver al pasado? ¿Es la producción más limpia que la solución? ¿Qué tiempo tomaría a la humanidad eliminar por completo los combustibles fósiles? ¿Se logrará un cambio de hábitos en las personas sin conocimientos y sin educación ambiental? ¿Cuáles son los beneficios de la inserción de la dimensión ambiental en la aurícula universitaria sobre el cambio climático? (Díaz, 2012, p. 239)

En un intento de responder a las interrogantes anotadas, podemos argüir que el cambio climático efectivamente ha generado respuestas diferentes. Existen todavía posiciones negacionistas al respecto y ciertamente corresponde impulsar políticas públicas de información sobre la materia.

El interés económico de algunos países desarrollados no debería prevalecer sobre los daños que generan los fenómenos climáticos de los últimos lustros.

En adición a ello, volver al pasado no es una opción sencilla ni deseable si deseamos revertir el cambio climático. Y, sin embargo, en línea con la reflexión anterior, si es verdad que requerimos de políticas públicas que enseñen a todos los ciudadanos a optar por modos, conductas y actitudes que ayuden a la conservación del planeta tierra. Estas conductas menores pueden ir sumando resultados de valor. Sin perjuicio de ello, el segmento de trabajo más duro es exigir y concretar una acción firme de los países desarrollados para reducir sus emisiones de GEI, y lograr mantener que la temperatura del planeta no exceda del límite de 2 grados como concepto adicional a la temperatura ya existente.

Por otro lado, es complejo prever que la humanidad elimine por completo los combustibles fósiles, pero debemos impulsar, ya lo hacemos, una política de reemplazo progresivo por recursos más limpios y no contaminantes en exceso.

De la misma forma, lograr un cambio de hábitos en las personas sin educación ambiental es sencillamente imposible, si ello no va acompañado de políticas públicas sólidas y debidamente encaminadas hacia la concientización por la mejora del medio ambiente.

Hemos querido graficar, en este estudio, en consecuencia, que la responsabilidad en el cambio climático hoy es de todos y, a su vez, hay roles diferenciados. La educación ambiental se convierte, bajo esta pauta, en una exigencia impostergable.

Por último, los beneficios de la inserción de la dimensión ambiental sobre el cambio climático en la formación universitaria, han de generar numerosos resultados positivos. Si logramos consolidar que el Derecho ambiental signifique una prioridad educativa en los próximos lustros, por cierto, tendremos ciudadanos convencidos de la defensa del medio ambiente como cuestión vital y no accesoria.

Constituye otra conclusión de relevancia que el cambio climático debe ser entendido como un problema común, que afecta en mayor o menor grado a las sociedades, llevándose mayor resultado negativo de efectos dañosos los países en vías de desarrollo.

Igualmente, es urgente concluir que el cambio climático es un enojoso problema de violación grave de los derechos humanos, y que no puede ser entendido como un fenómeno que solo requiere la atención de desastres. Esto último es insuficiente para una lucha frontal contra los efectos del cambio climático.

Constituye una tesis central de este estudio, de igual forma, que frente al cambio climático hay responsabilidades comunes y diferenciadas en relación al cambio climático. Desde ese eje de ideas, les corresponde a los países desarrollados una mayor responsabilidad en las tareas de mitigación ante el cambio climático. Se trata, a juicio nuestro, de retos impostergables y pendientes frente a este fenómeno, pues el tiempo del que disponemos para enfrentar estos problemas cada vez es más reducido.

Concluimos refirmando nuestra tesis central a lo largo de ese estudio: son exigibles medidas de acción concretas para mitigar los efectos del cambio climático, y esas conductas parten, como opción prevalente, de los actores cuyo protagonismo en este problema ha sido esencial. En caso contrario, simplemente el género humano podría verse enfrentado, en un plazo más mediano que largo, a su nada deseable extinción.

Los fenómenos climáticos tienden a ser cada vez de mayor envergadura, cada vez más marcados, cada vez más dañosos. Si el ser humano no pone esfuerzos reales en contra arrestar esos cada vez más graves efectos, la visión de un corto plazo es, ineludiblemente, la de un planeta difícilmente habitable. En esas condiciones, los humanos dejaríamos de ser la especie dominante en el planeta, no por decisión de terceros, sino por nuestra propia falta de compromiso.

BIBLIOGRAFIA

CEPAL. Naciones Unidas. **(2019)** *Cambio climático y Derechos Humanos. Contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*. Santiago. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157_es.pdf

Diaz G. (2012). *El cambio climático*. En CIENCIA Y SOCIEDAD Instituto Tecnológico de Santo Domingo. República Dominicana. Vol. XXXVII, núm. 2, abril junio. Recuperado de https://www.redalyc.org/pdf/870/87024179004.pdf

Elizalde M. **(2008)** *Una perspectiva del cambio climático desde el Derecho Internacional Público*. En DERECHOS HUMANOS Y CAMBIO CLIMÁTICO. Serie Carta de Derechos Humanos Emergentes. Institut de Drets Humans de Catalunya. Recuperado de https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_economicos_sociales_culturales_ambientales/cambio_climatico_derechos_humanos_instituto_ddhh_cataluna.pdf

Godínez R. (S.F.) *Cambio climático y DD.HH.* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2759/5.pdf

Huici I. (2008) *Cambio climático y derechos humanos: el reconocimiento jurídico internacional del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y seguro.* En DERECHOS HUMANOS Y CAMBIO CLIMÁTICO. Serie Carta de Derechos Humanos Emergentes. Institut de Drets Humans de Catalunya. Recuperado de https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_economicos_sociales_culturales_ambientales/cambio_climatico_derechos_humanos_instituto_ddhh_cataluna.pdf

Llanos H. (2019) *El cambio climático y sus efectos en determinados derechos humanos.* (Chile) ANUARIO HISPANO–LUSO–AMERICANO DE DERECHOINTERNACIONAL, vol. 24 (2019–2020) Recuperado de https://ihladi.net/wp-content/uploads/2020/01/12.-Comunicacion-El-cambio-climatico-y-sus-efectos-en-determinados-Derechos-Humanos-Hugo-A.-LLanos-Mansilla.pdf

OXFAM INTERNATIONAL (2008). *Abusos climáticos y derechos humanos. Las personas en el centro de las políticas sobre cambio climático*. Informe setiembre 2008. Recuperado de https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file_attachments/abusos%20climaticos_2.pdf

Ratgeber T. (2012) *Los Derechos Humanos ¿Guía en la lucha contra el cambio climático?* Policy Paper 25. Fundación Friedich Ebert. Recuperado de http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/09073.pdf

Terminiello J. (2013). *Hacia un cambio de paradigma en el abordaje de los desastres naturales y el cambio climático como amenazas a los derechos humanos. Realidades, enfoques y desafíos*. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/pdf/DA_N3_03.pdf

DWORKIN, LA EUTANASIA Y LA IDEA DE DERECHO

Manuel Atienza (España)

1.

Nadie duda de que Ronald Dworkin ha sido el teórico del Derecho más influyente en las últimas décadas; digamos, en el último medio siglo. Pero a muchos iusfilósofos les resulta discutible que, dejando a un lado sus extraordinarias dotes intelectuales, la influencia de Dworkin en la cultura jurídica contemporánea pueda calificarse de positiva. Si uno tratara de condensar en unas pocas palabras ese juicio crítico, me parece que con lo que se encontraría sería con algo así como: "Dworkin ha puesto de moda una manera de hacer filosofía del Derecho que se caracteriza por el uso de un lenguaje y la difusión de un pensamiento oscuros que, en lugar de ir más allá del positivismo jurídico de corte analítico (más allá de Hart), supone más bien una regresión a épocas pretéritas, a las oscuridades del iusnaturalismo pre-benthamita".

Con ese iusfilósofo antidworkiniano (nadie en particular, pero seguramente no sería difícil encontrar más de uno del mundo latino que suscribiera esas palabras), yo comparto la opinión de que el estilo literario de Dworkin no es un prodigio de claridad y de que sus tesis teóricas podrían expresarse con mayor claridad de la que muchas veces se encuentra en sus escritos. Pero discrepo en todo lo demás, esto es, en las cuestiones de fondo. Dworkin ha contribuido, yo creo, de manera poderosa a que la cultura jurídica contemporánea (o una parte de la misma) supere el positivismo jurídico, y lo supere sin recaer en un nuevo Derecho natural (si es que pretendemos hablar del Derecho natural con un mínimo de precisión[1]). Su gran mérito ha consistido en proponer una nueva concepción del Derecho más rica que la iuspositivista y que resulta también mucho más adecuada que esta última para dar cuenta del Derecho de los Estados constitucionales; y por "dar cuenta" entiendo no sólo describir teóricamente esos Derechos, sino elaborar conceptos que permitan actuar con sentido en su seno. ¿Pero en qué consiste esa nueva concepción del Derecho?

Yo creo que hay una forma simple de decirlo. La idea de Derecho de Dworkin es, por un lado, más amplia que la iuspositivista: el Derecho consiste para él no solamente en reglas, sino también en principios y valores, lo que tiene como consecuencia que no quepa ya hablar de una separación estricta (conceptual) entre el Derecho y la moral; pero, por otro lado, supone también un nuevo enfoque del Derecho, esto es, no considerar el Derecho como una realidad dada, como un sistema de normas o de enunciados de diversos tipos que se trata de describir o de articular en una teoría, sino como un tipo de actividad, de práctica social, dirigida a lograr ciertos fines y valores, y una práctica de la que la propia teoría del Derecho forma parte, de manera que la función de esta última no puede ser simplemente descriptiva sino más bien normativa; la teoría del Derecho, por así decirlo, se confunde con la práctica. De manera que lo que tendríamos (según esa visión simple de las cosas) sería una misma (coherente) idea del Derecho que podría caracterizarse desde una perspectiva estática

(digamos, el Derecho en reposo) o, por el contrario, dinámica (el Derecho en funcionamiento, en acción). O, para emplear otros pares de conceptos que juegan en el mismo sentido: el Derecho como producto y como proceso, como resultado y como actividad. No son perspectivas opuestas, sino complementarias, pero tiene sentido atribuir a una de ellas (al Derecho como actividad, como práctica social) primacía sobre la otra (sobre el Derecho como sistema de normas). Y creo que esto es precisamente lo que hace Dworkin. Se entiende así que haya contemplado, yo diría que desde siempre, la teoría del Derecho como "un ejercicio de teoría moral y política normativa" y el Derecho mismo como un "concepto interpretativo"[2]. Aunque, mejor dicho, quizás lo que acabo de escribir no se entienda de buenas a primeras, puesto que no parece en principio tan obvio que la teoría del Derecho forme parte sin más de la teoría moral y política, y tampoco resulta claro sin más explicación qué haya de entenderse por "concepto interpretativo". Vayamos pues a Dworkin, en busca de una forma menos simple, pero seguramente más profunda, de expresar esa idea de Derecho.

Si acabo de citar las expresiones utilizadas por Dworkin en un texto de mitad de los 80 es para subrayar que la imagen que utiliza en su penúltimo libro, *Justice for Hedgehogs*, para referirse al Derecho y a la teoría del Derecho –como una "rama de la moralidad política"- no supone ni mucho menos una ruptura con su obra de los primeros tiempos. En esto, o sea, a propósito de la novedad de esa manera de ver el Derecho, lo que dice Dworkin no resulta del todo claro; o, al menos, no sin algunas precisiones.

Por un lado, afirma que se trata de una "revisión radical" (p. 400) de la forma como la mayoría de los filósofos del Derecho (incluido él mismo) han entendido las relaciones entre el Derecho y la moral: la visión clásica supondría un "modelo dualista" (frente al nuevo "modelo unitario"), de acuerdo con el cual, el Derecho y la moral serían sistemas distintos de normas. Pero cuando se refiere a su propia obra, resulta que la visión clásica es la que él (Dworkin) habría mantenido en el trabajo que integra el capítulo 2 de su *Taking rights seriously;* pero ya habría empezado a ver las cosas de una manera muy distinta en el que constituye el capítulo 3 del mismo libro; de manera que la tarea de identificar cuándo y cómo tiene lugar ese cambio en la obra de Dworkin podría plantear considerables problemas a quienes se adentren en un estudio filológico de su pensamiento.

Por otro lado, uno no diría que ese modelo unitario, el ver el Derecho como una rama de la moralidad política, suponga propiamente una "revisión radical" de la teoría del Derecho sino, más bien, una vuelta a sus orígenes, a la visión más tradicional: el Derecho como parte de la racionalidad práctica. Eso es algo que no deja de reconocer el propio Dworkin, cuando señala que las concepciones de Platón o de Aristóteles estarían en la misma línea que la que él trata de defender. Pero, además, la imagen que ahora nos ofrece Dworkin de la teoría del Derecho (y del Derecho) parecería encajar muy bien con las concepciones tradicionales del Derecho natural. Precisamente, Hart, en el capítulo 1 de *El concepto de Derecho,* utiliza esa misma expresión, al señalar que entender el Derecho como "una rama [´branch`][3] de la moral o de la justicia" es la doctrina característica "no sólo de las teorías escolásticas del derecho natural sino de cierta teoría jurídica contemporánea que critica al 'positivismo´ jurídico heredado de Austin" (p. 9). Como es obvio, esa "cierta teoría jurídica" a la que alude Hart no es la de Dworkin, sino la de Fuller, autor este último en el que también estaba pensando Hart cuando en "El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la

moral", escrito unos pocos años antes, critica una concepción "amplia" del Derecho que permitiría en los casos difíciles (en los casos de la penumbra) evitar considerar que los jueces gozan de discrecionalidad, ya que las reglas jurídicas serían (según esa concepción amplia) "esencialmente incompletas" y "los criterios de conveniencia social y los propósitos a los cuales deben recurrir los jueces si sus decisiones han de ser racionales, deben ser considerados como partes integrantes del derecho" (pp. 34-35).

Y, en fin, ni siquiera parece estar claro si el paso de una visión (o una imagen) a otra del Derecho supone realmente un cambio muy radical. En algún pasaje, Dworkin parece dar a entender que sí, pero en otros la cosa se relativiza bastante más, de manera que el giro no afectaría a la sustancia de la vieja confrontación entre positivismo jurídico y concepción interpretativa del Derecho (vid. Dworkin 2011: 409). Recientemente, Jeremy Waldron ha señalado que cuando Dworkin introduce esa distinción, en *Justice in Robes*, el propio Dworkin aclara que: "Mi sugerencia no tiene fuerza sustantiva independiente: Puedo decir todo lo que deseo acerca de la interconexión entre Derecho y moral en el clásico vocabulario que asume que ellos [el Derecho y la moral] son contemplados razonablemente como dominios intelectuales fundamentalmente distintos" (p. 27). Pero Waldron duda de que la nueva posición de Dworkin deje realmente las cosas como estaban (p. 28).

Bueno, yo creo que esas incertidumbres desaparecen en buena medida si uno tiene en cuenta lo que antes decía: que realmente se trata de imágenes distintas (no opuestas) de una misma idea, y que en la obra de Dworkin el lugar predominante lo ocupa la visión dinámica del Derecho, el Derecho considerado como actividad o como empresa, encaminada a la obtención de ciertos fines y valores. Ahora bien, como en varias ocasiones hizo notar Robert Summers, esa era también la idea que sobre el Derecho tuvieron Roscoe Pound (sobre todo, en sus últimas obras [vid. César Arjona]) y, particularmente, Fuller[4]. Pero, curiosamente, en *Justice for Hedgehogs* no hay la menor referencia a ninguno de esos dos autores, como tampoco aparece nunca mencionado Gallie, a pesar de que cualquiera diría que la famosa noción de este último de los "conceptos esencialmente controvertidos" es, por lo menos, un pariente próximo de los "conceptos interpretativos" de Dworkin.

Pero dejemos de lado la que podría ser insidiosa cuestión de hasta qué punto la nueva visión del Derecho de Dworkin es realmente nueva[5] y vayamos al tema más enjundioso de qué entiende Dworkin por "conceptos interpretativos", pues ahí parece radicar la clave de su concepción del Derecho.

Antes de ello, sin embargo, conviene tener muy en cuenta, a fin de caracterizar adecuadamente la posición de Dworkin, que él distingue diversos conceptos de Derecho, esto es, que, según él, se pueden construir, entre otros, un concepto de Derecho en sentido sociológico, en sentido aspiracional o en sentido doctrinal. Y que cuando él contrapone la concepción interpretativa del Derecho a la del positivismo jurídico, en lo que está pensando es en esta última noción, o sea, en la que utilizamos para señalar qué es lo que dice el Derecho sobre un determinado tema: por ejemplo (es un ejemplo del propio Dworkin), que, según el Derecho de Connecticut, el fraude es un acto ilícito (un *tort*). El positivismo jurídico y el interpretativismo serían teorías acerca del "uso correcto" de ese concepto doctrinal. Y la diferencia fundamental entre las dos teorías consistiría en que los positivistas estarían

considerando ese concepto como un concepto "criterial", mientras que él piensa que se trata de un concepto interpretativo (vid. Dworkin 2011: 402).

Pues bien, Dworkin entiende por conceptos criteriales (categoriales) aquellos respecto de los cuales puede decirse que compartimos el concepto cuando y sólo en la medida en que usamos los mismos criterios para identificar los casos (las instancias) que caen bajo esa categoría. Y esto vale tanto para los conceptos precisos –como el de triángulo equilátero- como para los conceptos vagos –como calvo o libro-; en relación con estos últimos, con los conceptos vagos, hay acuerdo sobre cómo identificar a las personas calvas o a los libros, salvo en los casos marginales; pero los desacuerdos que se producen aquí sólo pueden considerarse como desacuerdos genuinos si es que efectivamente estamos usando los mismos criterios (vid. Dworkin 2011: 158 y ss.).

Frente a ellos, los conceptos interpretativos funcionarían de otra manera: "Compartimos un concepto interpretativo –nos dice Dworkin- cuando nuestra conducta colectiva al usar ese concepto es explicada de la mejor manera haciendo que su uso correcto dependa de la mejor justificación del papel que ese concepto juega para nosotros" (p. 158). O sea, en el caso de los conceptos interpretativos, el acuerdo en el uso del concepto no supone un acuerdo en cuanto a un procedimiento de decisión, de manera que compartir el concepto es compatible con la existencia de diferencias de opinión irreconciliables en relación con los casos de aplicación (las instancias) de ese concepto. Dicho de una manera que puede resultar más intuitiva. Podemos compartir el concepto de justicia (ese es uno de los ejemplos favoritos de Dworkin; pero recuérdese que uno de los que ponía Gallie para ilustrar lo que entendía por conceptos esencialmente controvertidos era el de justicia social) y sin embargo discrepar sobre si permitir la eutanasia activa supone o no un trato justo hacia las personas. En los conceptos interpretativos (como el de justicia, libertad, igualdad, Derecho…) damos cuenta de nuestros acuerdos y desacuerdos ante un caso controvertido "no encontrando criterios compartidos de aplicación, sino suponiendo que existen prácticas compartidas en las que figuran esos conceptos" (p. 160). El desacuerdo, en definitiva, se refiere a qué es lo que consideramos como la mejor justificación de la práctica[6].

Y si pasamos ahora al concepto de Derecho (al concepto doctrinal de Derecho), lo que vendría a decirnos Dworkin es que, entendido en esos términos interpretativos, a lo que nos llevaría ese concepto de Derecho es a tener que elucidar (al resolver cada uno de los casos de desacuerdo, de los supuestos controvertidos sobre qué dice el Derecho a propósito de tal tema) cuál es la interpretación del concepto que ofrece una mejor justificación de la práctica jurídica, lo que supone embarcarse en una tarea normativa y, en último término, moral: las razones para discrepar sobre si el Derecho de los Estados Unidos (la mejor justificación de la práctica jurídica en ese país) permite o no la eutanasia activa tendrán que ver, por ejemplo, con cómo interpretar el derecho a vivir reconocido en la constitución y en otros materiales jurídicos lo que, naturalmente, no puede hacerse sin llevar a cabo un razonamiento de tipo moral. En seguida lo veremos.

Ahora bien, llegados a este punto, surge de manera natural la objeción de que el razonamiento de Dworkin parece incurrir en una suerte de petición de principio. Él tendría razón frente a los positivistas jurídicos, pero siempre y cuando previamente hayamos aceptado ya su concepto (normativo, interpretativo) de Derecho, frente al (descriptivo,

categorial o "criterial") de los positivistas. O sea, la batalla sobre el concepto de Derecho que durante tanto tiempo ha enfrentado, y sigue enfrentando, a los positivistas y a los no positivistas (sean estos últimos partidarios o no del Derecho natural) podría pensarse muy bien que termina en una especie de "tablas", como hace ya tiempo sugirió Nino. Simplemente son posibles (manejamos de hecho) muy diversos conceptos de Derecho, algunos de los cuales son descriptivos y otros normativos. ¿Pero es esta una solución satisfactoria? Yo creo que no. Por un lado, es cierto que hay una pluralidad de conceptos de Derecho y que sería equivocado acabar con la misma; pero esto es algo que, como hemos visto, reconoce con claridad Dworkin cuando distingue entre la noción sociológica, aspiracional y doctrinal de Derecho. También es cierto que no se puede acusar a los autores positivistas de cometer algún tipo de error conceptual por pretender construir una noción de Derecho en términos puramente descriptivos y elaborar una teoría del Derecho que tiene pretensiones exclusivamente descriptivas y de análisis conceptual[7]. Pero es que la contraposición entre el positivismo y el no positivismo jurídico no radica en mi opinión ahí, en el plano –diríamos- teórico, sino en el meta-teórico[8]. La cuestión clave radica en si el modelo de teoría del Derecho que los autores positivistas proponen es suficiente para dar cuenta de lo que son nuestros Derechos y para guiar el trabajo de los juristas; o si, por el contrario, necesitamos una concepción más rica, que tenga también pretensiones normativas y no se limite a contemplar el Derecho como un sistema de enunciados previamente establecidos por una autoridad. En sí, enfrentados a una cuestión "doctrinal", a un caso difícil, a propósito de lo que el Derecho de tal Estado dice a propósito de tal cuestión, el jurista (el ciudadano interesado en el mismo) haría bien en recurrir al método positivista basado en la cuidadosa distinción entre cuestiones –argumentaciones- morales y jurídicas; o si, por el contrario, hallaría una respuesta mucho más satisfactoria a partir de una concepción del Derecho como la de Dworkin según la cual, en el sentido que en seguida veremos, el razonamiento jurídico es también razonamiento moral.

2.

Me parece que una buena manera de comprobar cuál es el rendimiento de una concepción del Derecho como la de Dworkin consiste en analizar cómo opera esa idea del Derecho cuando se trata de argumentar en relación con algún caso difícil. Podrían ponerse muchos ejemplos, pero aquí elijo el problema de la eutanasia. La manera de abordar esa cuestión por parte de Dworkin permite muy bien, me parece, entender cuál es el papel que él atribuye a la argumentación moral en el Derecho y, por tanto, en qué sentido puede decirse que el Derecho es una rama de la moralidad política.

La Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que resolver, en junio de 1990, un caso que, en los meses anteriores, había dado lugar a una gran polémica en ese país: el caso Cruzan. En esencia, se trataba de lo siguiente. Nancy Cruzan era una mujer joven que, como consecuencia de un accidente de automóvil que se había producido en 1983 se había quedado en un estado de coma vegetativo permanente. Al cabo de un tiempo, los padres solicitaron a los jueces poder retirarle la alimentación asistida. El Derecho de Misuri exigía para ello una prueba "clara y convincente" de que ése era el deseo de la persona que se encontraba en esa situación. Un tribunal estatal falló a favor de los padres, pero el caso se recurrió y el Tribunal Supremo del Estado de Misuri revocó la decisión. Recurrida de nuevo la decisión (por los

padres de Cruzan), el asunto llegó al Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos que, por mayoría (de cinco votos frente a cuatro) confirmó este último fallo, argumentando que una persona con capacidad para decidir podía rechazar un tratamiento médico que no deseaba, pero que, cuando la persona era incapaz (como ocurría aquí), los Estados podían exigir un estándar de prueba más alto, que no había sido alcanzado por las pruebas que los padres habían ofrecido a través del testimonio de un amigo de Nancy. Los padres de Nancy se dirigieron entonces de nuevo a un tribunal estatal, presentaron el testimonio de tres amigos que dijeron que Nancy les había manifestado que no desearía vivir como un vegetal y obtuvieron una decisión favorable que no fue ya recurrida. Finalmente, en diciembre de 1990, se le retiraron los tubos de alimentación asistida y Nancy Cruzan murió.

Aparentemente, la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Cruzan podría parecer satisfactoria desde el punto de vista de un "liberal"; aparentemente, el tribunal habría reconocido la existencia de un derecho a morir para las personas que estuviesen en pleno uso de sus facultades, y también para quienes estuviesen en estado de coma vegetativo permanente, si con anterioridad a esa situación, por ejemplo, habían suscrito un testamento vital manifestando con claridad que esa era su voluntad. Pero Dworkin, comentando esa sentencia[9], muestra que en la argumentación de la misma[10] existen ciertos presupuestos (más o menos explícitos) que lo desmienten o, al menos, que configuran ese derecho de manera muy insatisfactoria. Uno es la presunción de que mantener con vida a una persona en coma vegetativo irreversible es algo que beneficia (por lo menos, en la mayor parte de las ocasiones) a quien está en esa situación. El segundo es la suposición de que un Estado tiene un interés legítimo en mantener a esos pacientes vivos basándose en el valor intrínseco de la vida.

Ahora bien, en relación con el primero de esos presupuestos, Dworkin simplemente niega que tenga sentido establecer esa presunción. En su opinión, en el caso Cruzan, el Tribunal Supremo tendría que haber tomado la decisión de permitir que se dejara morir a una persona si, de acuerdo con los elementos de prueba disponibles, el juez (como habría ocurrido en ese caso) entiende que lo más probable es que, efectivamente, ese era el deseo de la persona; esto es, no tendría que haber convalidado la exigencia de un estándar de prueba tan exigente que, de hecho, impedía en casos de ese tipo (relativamente frecuentes: había muy poca gente que hubiese suscrito testamentos vitales y varios miles de pacientes en esa situación) que pudiese garantizarse el derecho a morir. Lo que la mayoría de los jueces estaría aceptando en la sentencia es que mantener a una persona con vida en esas circunstancias no puede suponer ocasionarle un daño. Y esto último es lo que niega Dworkin. Él piensa que sí se produce ese daño, porque lo que la gente (o algunos individuos) que desea morir en esas situaciones trata de evitar no es simplemente un sufrimiento físico (lo que, claro está, no se produciría en el caso de los comatosos), sino también otro tipo de daño: "les preocupa su dignidad y su integridad y la idea que otra gente pueda tener de ellos, cómo son vistos y recordados. Muchos de ellos están angustiados por la carga, emocional o financiera, que mantenerlos vivos pueda suponer para sus familiares y amigos. Muchos están horrorizados al pensar en los recursos que se van a desperdiciar con ellos y que podrían ser usados para el beneficio de otras gentes que tienen vidas genuinas y conscientes que vivir" (p. 136).

Y sobre el segundo de los presupuestos (el interés legítimo de los Estados en mantener con vida a un comatoso), Dworkin señala que se basa en una idea equivocada de lo que

significa el valor intrínseco de la vida humana. En su opinión, habría varias formas de entender en qué consiste ese valor intrínseco. Una es de tipo religioso, pero en su opinión debe desecharse porque choca frontalmente con una Constitución de carácter laico: consistiría en pensar que ese valor deriva de que la vida es un don de Dios. Y, entre las interpretaciones laicas, habría a su vez una doble opción. Una es la de considerar que la vida humana "en cualquier forma o circunstancia es algo único y valioso que se añade al universo, de manera que el stock de valor disminuye si una vida es más corta de lo que hubiese podido ser" (p. 141). Pero esa visión le parece a Dworkin que no es convincente por diversas razones; basta con pensar en que, si se aceptara ese punto de vista, entonces habría alguna razón para desear que la población mundial aumentara (aumentaría entonces el stock de vidas humanas), lo que parece claramente absurdo. Él opta, por ello, por otra interpretación (laica) del valor intrínseco de la vida, que no puede aplicarse a cualquier forma de vida humana y en cualquier condición; lo expresa así: "una vez que una vida humana ha comenzado, es tremendamente importante que discurra bien, que sea una buena y no una mala vida, una vida exitosa y no una vida desperdiciada. Mucha gente acepta que la vida humana tiene una importancia inherente en este sentido. Ello explica por qué la gente trata no simplemente de que sus vidas sean placenteras, sino de hacer de ellas algo valioso y también por qué parece una tragedia cuando la gente decide, al final de su vida, que no puede sentir ni orgullo ni satisfacción en relación con la manera como ha vivido" (p. 141).

Un rasgo peculiar de la argumentación de Dworkin en relación con la eutanasia es que él no acepta que la confrontación existente al respecto entre conservadores y liberales, entre enemigos y partidarios de la eutanasia, deba plantearse en términos de defensores del valor de la dignidad y del carácter sagrado de la vida, por un lado, y de los valores de autonomía y de la compasión, por el otro. Dworkin insiste en que no hay tal contraposición de valores y asume y defiende que la vida tiene un valor intrínseco, un carácter sagrado, pero interpreta ese valor en un sentido no religioso. Para llevar a cabo esa operación argumentativa efectúa algunas distinciones que pueden parecer sutiles (y que quizás lo sean) pero que, cuando se comprenden adecuadamente, resultan simplemente necesarias: serían las premisas bien fundamentadas que contribuyen a configurar el mejor argumento posible a favor de la eutanasia: pasiva y activa (esta última distinción sería realmente irrelevante). Veámoslo[11].

El primer paso consiste en distinguir dos categorías de cosas que son intrínsecamente valiosas: unas son *incrementalmente* valiosas, en el sentido de que su valor aumenta con su cantidad: cuantas más tengamos, mejor; pero otras son *intrínsecamente* valiosas en un sentido muy distinto: son valiosas porque existen y esto es lo que Dworkin llama "sagrado" o inviolable". "Lo sagrado es intrínsecamente valioso porque existe –y, por lo tanto, sólo en tanto existe-. Es inviolable por lo que representa o encarna. No es importante que haya más personas. Pero una vez que una vida humana ha empezado, es muy importante que florezca y no se desperdicie" (p. 100). Eso explica que "el nervio de lo sagrado" resida en el valor que "atribuimos al proceso, empresa o proyecto, más que al valor que atribuimos a los resultados considerados con independencia de cómo fueron producidos" (p. 105-106). Y que, en ciertos casos, "elegir la muerte prematura minimice la frustración de la vida" y, en consecuencia, no ponga en entredicho "el principio de que la vida es sagrada, sino que, por el contrario, respeta de la mejor manera ese principio" (p. 122). Naturalmente, que la vida humana sea valiosa en ese sentido intrínseco no quita para que lo sea también en un sentido subjetivo e instrumental.

El segundo paso se refiere a la distinción de dos clases de razones que las personas tienen para encaminar su vida en una dirección o en otra: *intereses de experiencia* e *intereses críticos*. El valor de los primeros, el valor de las experiencias, depende "de que las hallemos placenteras o excitantes *como experiencias*" (p. 262), y Dworkin pone como ejemplos escuchar música, ver partidos de fútbol o trabajar duramente en algo. Quienes no gozan con esas mismas actividades "no cometen un *error*, sus vidas no son peores porque no compartan mis gustos" (p. 263). Aunque, naturalmente, hay cosas que son malas como experiencias ("el sufrimiento, la náusea y escuchar a la mayoría de los políticos"), no desaprobamos a quienes no les importe eso demasiado (o encuentren incluso un valor, por ejemplo, en el sufrimiento). Ahora bien, además de esos intereses, dice Dworkin, "la mayoría de las personas piensa que también tenemos intereses *críticos*, esto es, intereses cuya satisfacción hace que las vidas sean genuinamente mejores, intereses cuyo no reconocimiento sería erróneo y las empeoraría. Las convicciones acerca de qué ayuda globalmente a conducir una vida buena, se refieren a esos intereses más importantes. Representan juicios críticos y no, simplemente, preferencias acerca de experiencias" (p. 63). Dworkin pone como ejemplos de ello mantener relaciones estrechas con sus hijos, seguir los avances científicos, tener algún éxito en su trabajo o mantener relaciones de amistad. Aclara que no pretende decir que los intereses de experiencia sean especialmente frívolos y los intereses críticos inevitablemente profundos. Los intereses críticos pueden ser de índole muy distinta, pero parecen contener una idea de aspiración, de idealidad, y cierta exigencia de reflexión sobre la vida como un todo. En todo caso, juegan un papel relevante en las razones que se tienen para morir, que no son sólo las de evitar experiencias desagradables, dolor, sino también razones críticas: "muchos piensan que es indigno o negativo de alguna manera, vivir bajo ciertas condiciones a pesar de que puedan conservar sus capacidades sensitivas, si es que las conservan" (p. 274). Y las concepciones que las personas tienen sobre cómo vivir colorean sus convicciones acerca de cuándo morir: "querrían, si fuera posible, que sus muertes expresaran, y confirmaran así vívidamente, los valores que consideran los más importantes de sus vidas" (p. 276). Teniendo en cuenta, además, la pluralidad de factores que concurren a la hora de determinar cómo terminar la vida, Dworkin piensa que no es posible esperar "que alguna decisión uniforme sirva para todos" y de ahí que, si no han dejado alguna previsión, el Derecho tendría, en la medida de lo posible, que "dejar las decisiones en manos de sus parientes o de otras personas cercanas a ellos" (p. 279), que son quienes estarían en mejores condiciones para saber cuáles serían sus mejores intereses.

Y el tercer paso se daría con la distinción (que, en realidad, se solapa con las anteriores) entre dos formas moralmente significativas de "inversión" creativa en nuestras vidas: la *inversión natural* y la *inversión humana*. Los fundamentalistas religiosos tienden a poner el énfasis en el extremo natural o biológico de la vida, mientras que los liberales atribuyen más valor a la contribución humana (lo que hemos hecho con nuestras vidas), lo que hace que, a veces, la eutanasia sea un medio de sostener el valor de la santidad de la vida: "Alguien que pensara que su propia vida iría peor si se retrasara unas semanas su inminente muerte mediante una docena de máquinas, o se le mantuviera biológicamente vivo como un vegetal, cree que está mostrando más respeto por la contribución humana a la santidad de la vida si, por adelantado, pone los medios de evitar esa situación" (p. 282).

El argumento completo diría entonces que si se acepta que el carácter sagrado de la vida supone que es un bien intrínsecamente valioso (en sentido no incremental); que lo que da

valor a la vida no son sólo los intereses de experiencia, sino (sobre todo) los intereses críticos; y que la "inversión" humana en nuestras vidas es al menos tan importante como la "inversión" natural; entonces lo que se sigue no es la prohibición de la eutanasia activa (o, claro está, de la pasiva), sino su legalización, esto es, transferir la decisión de cómo se desea morir al propio individuo: el ejercicio de la autonomía es la única forma de respetar la santidad de la vida. "Hacer que alguien muera en una forma que otros aprueban, pero que él cree que es una contradicción horrorosa con su propia vida –escribe Dworkin-, constituye una devastadora y odiosa forma de tiranía" (p. 284).

3.

Pues bien, la postura de Dworkin en relación con la eutanasia que, en mi opinión, podría esquematizarse en el argumento al que me acabo de referir es tanto, cabría decir, una pieza de filosofía moral y política, como el fundamento último del razonamiento que le lleva a sostener, en el caso Cruzan, que la respuesta correcta al mismo habría sido la de anular la sentencia del Tribunal Supremo de Misuri. El razonamiento jurídico es entonces, también, razonamiento moral, pero no se trata simplemente de una reflexión de moral personal o de una propuesta política proponiendo un cambio en el Derecho. Esas tres dimensiones de la moralidad están claramente conectadas entre sí, pero no son tampoco exactamente lo mismo: cada una de ellas se refiere a un tipo de práctica distinto y de ahí que quepa hablar de una especie de unidad en la diversidad. Ahora bien, se trata de una unidad dinámica, no estática (hablamos de prácticas, de actividades), y eso explica, me parece, que Dworkin haya elegido la imagen (orgánica)[12] de un árbol para expresar esa idea en lugar de recurrir, por ejemplo, a una figura geométrica (el Derecho como especie de un género al que también pertenece la moral personal o la moral política). Volvamos entonces a su más o menos "nuevo" enfoque a fin de clarificar esa idea de que el Derecho (y la teoría del Derecho: el planteamiento de Dworkin tiende más bien a difuminar las fronteras entre una cosa –una actividad- y la otra) es una rama de la moralidad.

Su tesis completa puede formularse así: la teoría del Derecho viene a ser una rama de la moral o de la filosofía política, la cual proviene a su vez de la moral personal, y esta última de la ética. Dworkin propone con ello un esquema unitario o integrado (en forma de árbol) que, como al comienzo decía, contrapone al modelo dualista, basado en la existencia de dos sistemas separados de normas: las morales y las jurídicas. Para entender bien lo que Dworkin quiere decirnos, hay que tener en cuenta que él utiliza los términos de "ética" y de "moral" en un sentido que se aleja algo de lo que son nuestras convenciones. Exactamente: "Los estándares morales prescriben cómo debemos tratar a los otros; los estándares éticos, cómo debemos vivir" (p. 191). Ahora bien, la imagen del árbol sugiere que la ética entonces sería algo así como las raíces o el tronco que da lugar a la moral (sería una de las ramas), de la que surge a su vez (de una de las ramas de la moral) el Derecho. Y sugiere también claramente una noción de totalidad dinámica (Dworkin hace suya la idea kantiana de que no podemos respetar nuestra propia humanidad si no respetamos la humanidad en los otros): no podemos vivir bien si no cumplimos con nuestros deberes morales; la moral y la ética están integradas en una cierta forma que Dworkin denomina "interpretativa" (p. 202).

Pues bien, la ética –sostiene Dworkin- establece dos ideales, vivir bien y tener una buena vida, que son diferentes, en el sentido de que podemos vivir bien sin haber tenido una buena vida: por ejemplo, porque hemos sufrido injusticias o vivido en la pobreza o padecido graves enfermedades o hemos tenido una muerte prematura; y, por supuesto, podemos haber llevado una buena vida (haber satisfecho ampliamente nuestros intereses de experiencia) sin haber vivido bien: no hemos atendido (o no suficientemente) a nuestros intereses críticos. Debemos, pues, vivir bien y tener buenas vidas, pero el primer ideal prevalece sobre el segundo: debemos reconocer que "tenemos una responsabilidad en vivir bien y creemos que vivir bien significa crear una vida que no es simplemente agradable sino buena en un sentido crítico" (p. 196). Por supuesto, hay muchas maneras de vivir bien, de dar peso y dignidad a la vida. Pero todavía muchas más de vivir mal o, al menos, de que nuestras vidas hayan sido menos valiosas de lo que hubieran podido ser. Hay, por tanto, ciertos criterios objetivos en relación a cómo vivir, de manera que no se trata simplemente de que uno piense que ha vivido bien y está satisfecho con su vida: ese juicio puede estar equivocado.

Y ahora ya es el momento, y para acabar, de volver a la contraposición entre la concepción del Derecho de Dworkin y la del positivismo jurídico. Obviamente, es perfectamente posible que un jurista positivista, frente a un caso como el de Nancy Cruzan, optara por la misma decisión defendida por Dworkin. E incluso bien pudiera ser que compartiera con él esa "filosofía" de lo que significa "vivir bien una buena vida". Pero habría también una serie de diferencias significativas. El jurista positivista no se habría embarcado –es de suponer- en un razonamiento moral (al menos, no explícitamente) para dar una respuesta (jurídica) al caso Cruzan; no podría hacerlo, so pena de renunciar a la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral o de mantenerla, pero en términos poco satisfactorios[13]. No pretendería tampoco que la respuesta por él defendida fuera la respuesta correcta; como mucho, sería una de las que caben en el Derecho. Tampoco habría podido recurrir (por lo menos, no de manera interesante) a alguna teoría del Derecho en busca de orientación para resolver la cuestión. En resumen, no podría justificar, en términos estrictos, su decisión. Todo lo cual no constituye todavía una razón concluyente para optar por una concepción como la de Dworkin. Pero podría serlo si a ello le añadimos una nueva premisa: la de que necesitamos elaborar una teoría del Derecho que pueda servir de ayuda a los juristas que tengan que enfrentarse con problemas como el del caso Cruzan o que, hablando en general, pretendan dar sentido a su actividad como juristas.

---

[1] En una entrevista que se le hizo en Doxa, González Vicén señalaba por qué a Dworkin no podía considerársele en absoluto como un autor iusnaturalista: "Ahora bien, ¿es esto Derecho natural [se refiere a la manera como Dworkin entiende los principios]? Difícilmente podrá darse a la pregunta una respuesta afirmativa. Los "principios" de Dworkin no son reglas de validez absoluta extraídas por el raciocinio de un orden universal de las cosas, sino sólo <standars>, motivaciones últimas de muy diversa índole, que el juez puede o no tomar en consideración.", en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Entrevista a Felipe González Vicén", en *Doxa* 3, 1986, p. 325.

[2] Las expresiones provienen de su contestación a una encuesta planteada por la revista Doxa en el año 1984 a diversos filósofos del Derecho, sobre cómo veían ellos la disciplina y su futuro.

[3] Hart escribe la expresión con comillas simples (*The Concept of* Law, p. 8). De todas formas, el uso de esa imagen de la rama del árbol de la moralidad que emplea Dworkin no lo convierte, claro está, en un autor iusnaturalista, aunque quizás sea un indicio de que la metáfora no es muy afortunada. En mi opinión no lo es, sobre todo, porque no refleja para nada la idea de actividad intencional (a diferencia de la escritura en cadena de una novela, que me parece más pertinente para dar cuenta de la concepción del Derecho de Dworkin). La crítica que con frecuencia se dirige a Dworkin y a otros autores constitucionalistas en el sentido de que al impugnar la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral estarían identificando el Derecho con la justicia e imposibilitando que se pueda hablar de Derecho injusto es manifiestamente desacertada y no merece la pena volver aquí sobre ella.
[4] Lo que no significa que no haya diferencias considerables entre los tres autores; con Pound hay una muy manifiesta, pues este último parece reducir los valores morales a los de la moralidad social.
[5] En una de las muchas sesiones de seminario que, en el grupo de Alicante, hemos dedicado a discutir la obra de Dworkin *Justice for Hedgehogs, "Justicia para erizos"*, Jesús Vega intervino, aproximadamente, en los siguientes términos. "Dworkin se considerará un erizo [como se sabe, el título de la obra hace alusión a la ya clásica distinción de Berlin entre intelectuales-erizos e intelectuales-zorros], pero actúa más bien como un zorro que se dedica a borrar con la cola las huellas de los autores a los que sigue; para que no quede el menor rastro".
[6] Hay que tener en cuenta que "práctica", para Dworkin, implica necesariamente la idea de valor: no es, pues, simplemente un concepto descriptivo (sociológico) de práctica como el que podría usar un autor positivista.
[7] Otra cosa es, naturalmente, que los positivistas hayan sido o no consistentes con esas pretensiones. En general, yo diría que no lo han sido y que, cuando lo han sido, se han visto conducidos a la irrelevancia.
[8] Con lo que probablemente no estaría de acuerdo Dworkin, puesto que este último ha negado con énfasis que se pueda hacer esa distinción en el plano de la moral (lo que, parece, tendría que valer también para el Derecho)
[9] En "The Right to Death", publicado en *The New York Review of Books* vol. XXXVIII, nº 3 corrrespondiente al 31 de enero de 1991; ahora incluido en Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Readings of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996, cap. 5 (las páginas citadas en el texto se refieren a este libro).
[10] La motivación de la sentencia fue escrita por el entonces presidente del Tribunal, William Rehnquist, un notorio conservador. Dworkin es también sumamente crítico con la fundamentación del fallo concurrente de Antonin Scalia, otro juez con perfil políticamente muy conservador.
[11] Las citas que siguen se refieren a Ronald Dworkin, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994 (la ed. original inglesa es de 1993).
[12] Que, como antes señalaba, no es del todo un acierto: el desarrollo orgánico no es lo mismo que la actividad humana de carácter intencional.
[13] Me refiero a los positivistas "incluyentes" o a positivistas "excluyentes" como Raz. Vid. sobre esto Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Dejemos atrás el positivismo jurídico".

BREVES COMENTARIOS A LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LE EJECUCIÓN DE LA PENA (HONDURAS)

Enrique Grillo[1]

Resumen: Una de las novedades que ofrece el Código Penal, es dotar al sistema procesal penal en Honduras de un abanico de opciones muy beneficiosas relacionadas a las formas sustitutivas de ejecución de la pena, para la mayoría de los casos de condenados por delitos con penas menos graves, bajo ciertas condiciones, que merecen ser estudiadas y analizadas para poder elegir la más favorable al caso concreto y el momento procesal oportuno para solicitarlas.

Palabras clave: Derecho procesal penal, derecho penal, derecho penitenciario, alternativas a la ejecución de la pena, alternativas a la prisión.

Brief comments on the substitute forms of execution of the sentence (Honduras).

Abstract: One of the innovations offered by the Penal Code is to provide the criminal procedure system in Honduras with a range of very beneficial options related to substitute forms of execution of the sentence, for most cases of those convicted of crimes with less serious penalties. , under certain conditions, which deserve to be studied and analyzed in order to choose the most favorable one for the specific case and the appropriate procedural moment to request them.

Key words: Criminal procedural law, criminal law, penitentiary law, alternatives to the execution of the sentence, alternatives to prison.

Sumario. 1. Introducción. 2. Formas sustitutivas de ejecución de la pena y libertad condicional. 2.1. La suspensión del fallo. 2.2. El reemplazo de la pena. 2.2.1. El reemplazo de la pena de prisión. 2.2.2. El reemplazo de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional. 2.2.3. El reemplazo de la pena de detención de fin de semana. 2.3. La suspensión de la ejecución de la pena de prisión. 2.4. La libertad condicional. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1 Abogado, Máster en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Maestrando en Ciencias Forenses y Criminalística. Juez de Tribunal de Sentencia. Tribunal de Sentencia de Choluteca. Poder Judicial de Honduras. Código de investigador ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2445-8265 Correo: joenrogri@gmail.com

1. Introducción

La reforma del Código Penal[2], aplicada con la vigencia del decreto 130-2017, el 25 de junio del año 2020, significó un cualitativo cambio en el sistema procesal penal, introduciendo nuevas figuras al régimen de las medias alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, o como las define la norma penal sustantiva, **las formas sustitutivas de ejecución de la pena y libertad condicional,** en esta reforma el Legislador ha sido extensivo en su redacción, refiriéndose en la mayoría de los supuestos con términos como; "el órgano jurisdiccional competente", "previa audiencia de las partes" y "en la misma sentencia o posteriormente" "en auto motivado antes de dar inicio a la ejecución", y atendiendo a las fases del proceso penal, entendemos que la competencia le correspondería al Juzgado de Letras (Juzgado de Garantías como es conocido en otras latitudes) o al Tribunal de Sentencia, y en otros casos concretamente el Legislador establece que corresponderá al Juzgado de Ejecución. Este nuevo ordenamiento se caracteriza por mantener diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, como alternativas u opciones posibles de modo que, asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que, en consecuencia, supone una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas. En los siguientes párrafos nos ocuparemos de la suspensión y sustitutivos penales de cara a exponer las posiciones que desentrañan su naturaleza jurídica, su legitimidad o fundamento y una breve conclusión sobre su utilidad.

2. Formas sustitutivas de ejecución de la pena y libertad condicional.

La pena privativa de libertad, por mandato constitucional, a nuestro juicio teóricamente se orienta con la prevención especial de la pena en su línea positiva, al respecto dispone el artículo 87[3] (Constitución Política de 1982): "*Las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurará en ellas la rehabilitación del recluido y su preparación para el trabajo*." Por su parte tanto el Código Procesal Penal, como el Código Penal, contienen una especie de combinación entre la teoría de la prevención general de la pena en su línea negativa, que estaría reservada para los delitos más graves; y, la teoría de la prevención especial de la pena en su línea positiva, para los delitos menos graves, que consistiría en la aplicación de penas sustitutivas a las penas de prisión y orientadas, a la reeducación del delincuente, como ser trabajos comunitarios, y por otra parte a la reparación o indemnización del mal causado. No obstante, la realidad penitenciaria en la práctica forense, muestra que los efectos de la prisión están muy lejos de alcanzar esta loable declaración de principios y hablar sobre la reeducación, rehabilitación y reinserción social, del imputado a través del sistema penitenciario es simplemente una mera ficción.

Por ello, observando los principios clásicos formadores del derecho penal (*ultima ratio*), parece lógico la inclusión de un sistema de alternativas a la prisión para delitos con penas que son menos graves y atendiendo a la peligrosidad del procesado, elementos que el Legislador deja establecido como filtros para la procedibilidad de estos mecanismos o formas sustitutivas de la ejecución de la pena.

---

[2] Código Penal, Decreto 130-2017, publicado en el Diario Oficial La Gaceta, el 10 de mayo del 2019 NÚM. 34,940, en vigencia el 25 de junio del año 2020. https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoPenalNo130-2017%28actualizadonoviembre2021%29.pdf

[3] Constitución Política de 1982, Decreto Nº 131. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 23,612 del 20 de enero de 1982. Artículo 87.
https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstituciondelaRepublica%28actualizadanoviembre2021%29.pdf

La jurisprudencia constitucional colombiana, define expresamente qué;

> Los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos … son alternativas para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, tanto de manera extramural y se conceden a las personas condenadas, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos por el legislador. Estos subrogados penales se entienden como un derecho del condenado que debe ser concedido en los casos en los que se verifique el cumplimiento de los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido[4]. (Sentencia C-679)

El Código Penal contempla las formas sustitutivas de ejecución de la pena y libertad condicional, en el Libro I Parte general, Título IV Las penas, Capitulo III Formas sustitutivas de ejecución de la pena y libertad condicional, Sección I, II, III, IV y V de los artículos 73 al 84. Entre otras bondades, una novedad significativa que incluye el Código Penal, en lo relacionado a las formas sustitutivas de ejecución de la pena, es la facultad del juez, para que pueda condicionar la suspensión al cumplimiento de prohibiciones y deberes cuando ello resulta necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados.

Estos deberes, denominados medidas reguladoras de la libertad, pueden ser[5]:

1. Prohibición de acudir a determinados lugares;
2. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas;
3. Prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización del órgano jurisdiccional competente;
4. Obligación de presentarse periódicamente ante el órgano jurisdiccional competente para informar de sus actividades y justificarlas;
5. Participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y de consejería familiar;
6. Someterse a tratamientos ambulatorios psicológicos, psiquiátricos y de desintoxicación;
7. Suspensión del derecho de conducción de vehículos automotores, aeronaves y embarcaciones;
8. Suspensión del derecho a la tenencia y portación de armas y explosivos; y,
9. Portación de grillete o dispositivos electrónicos.

Es así como, la imposición de una prohibición, deber, prestación o medida que condiciona la suspensión, le concede la facultad al órgano jurisdiccional para que pueda y deba revisar su cumplimiento, en igual sentido pueda modificarla durante el plazo de suspensión. También el órgano jurisdiccional deberá revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena suspendida en caso de quebrantamiento, incumplimiento grave y reiterado de las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas.

Todas estas, surgen de la mano del principio de proporcionalidad de la pena, como una exigencia para las medidas de seguridad y contrapartida del principio de culpabilidad, para evitar que dicha medida pudiese resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva, para evitar que "*el pequeño delincuente*" siga delinquiendo, por lo que al respecto hay que distinguir dos aspectos importantes:

---

[4] Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-679 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-679-98.htm

[5] Ídem # 2. Artículo 84.

- La necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito; y
- La medida de proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho.

2.1. La suspensión del fallo.

La figura de suspensión del fallo, se encuentra contenida en el artículo 73 del Código Penal[6], dicha institución es una novedad para el sistema penal hondureño, ya que en el anterior Código Penal[7], no se encontraba regulado y según consideraciones de la Asociación para una Sociedad más justa (ASJ)[8]; fundamenta su aspecto doctrinario en los objetivos de las "Reglas de Tokio"[9] (1990), en donde los Estados miembros se comprometen a introducir medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, con el propósito de reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los Derechos Humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente. La idea fundamental es la de reeducación del delincuente: un plan de conducta en libertad adaptando la respuesta del derecho penal a las circunstancias que rodean al hecho, las condiciones personales del imputado y a la posibilidad que brinde la comunidad o el sistema social.

La suspensión del fallo, expone *Hurtado Pozo*[10], es una excepción al principio que el delito debe tener necesariamente como consecuencia el castigo efectivo del responsable, en cuanto no se impone una pena, pero se somete al procesado a la misma restricción de libertad (pág. 1), traduciéndose la misma como la materialización de las exigencias de prevención general y especial de la pena, en tanto somete al sentenciado a condiciones que debe ejecutar durante el plazo de prueba, el cual podrá ser fijado entre dos (2) a cinco (5) años, de acuerdo a las consideraciones del órgano jurisdiccional, en atención a la personalidad del penado, las circunstancias del hecho y la duración de la pena a imponer. Cabe mencionar que extraordinariamente este plazo podría prorrogarse atendiendo a la particularidad del caso, hasta un plazo que en ningún caso pueda exceder de siete (7) años.

Ciertamente la suspensión del fallo, constituye una concesión muy valiosa en favor de la prevención especial de la pena, no obstante, tiene una dimensión punitiva que permite considerarla como una “sanción cuasi penal”, ya que el Legislador ha facultado al órgano jurisdiccional, para que éste pueda condicionar también la suspensión al cumplimiento de una o varias de las medidas reguladoras de la libertad, por un tiempo que no puede exceder de la pena que le hubiera correspondido por el hecho delictivo cometido, constituyendo propiamente, una medida de resocialización, mediante la imposición de obligaciones a este, con la finalidad de influenciar su comportamiento futuro. Con el entendido que, en caso del incumplimiento de alguna de las

[6] Ídem # 2.
[7] Código Penal, Decreto 184-83. Derogado por el Código Penal Decreto 130-2017, el 25 de junio del año 2020. https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/1677/108_C%C3%93DIGO%20PENAL%20%28Actualizado%20a%C3%B1o%202014%29.pdf
[8] Análisis del nuevo Código Penal de Honduras derecho comparado (España, Colombia y Código Penal de Honduras vigente). http://biblioteca.asjhonduras.com/wp-content/uploads/2020/10/Analisis.Nuevo_.Codigo.Penal_.ASJ-1.pdf
[9] Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Objetivo 1.5 https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-standard-minimum-rules-non-custodial-measures
[10] Hurtado Pozo, José. Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo. Pág. 1. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_10.pdf

condiciones, o si el imputado incurre en nuevo delito, durante el plazo de la suspensión fijado, el juzgado competente deberá revocar la suspensión y dado que se ha reservado dictar la parte resolutiva, se procederá al pronunciamiento del fallo, sin que el condenado pueda beneficiarse, en su caso, de las reglas de suspensión de la ejecución de la pena o de reemplazo de la misma.

En atención a lo anterior, teóricamente existen dos alternativas; en caso de que se solicite al órgano jurisdiccional competente, la suspensión del fallo previo a haberse dictado la sentencia condenatoria, en este supuesto, de estimarse lo solicitado se dictará sentencia en los mismos términos y requisitos de una sentencia con excepción de la parte dispositiva -que es lo que se ha suspendido-, es decir lo relacionado a las penas y medidas de seguridad. El otro supuesto sería que se solicitara la suspensión del fallo una vez dictada la sentencia condenatoria hasta antes de iniciar la ejecución de la sentencia, en este caso, lo recomendable sería convocar a las partes, celebrar audiencia y en caso de admitirse, se deberá emitir auto debidamente motivado, siguiendo para ello los mismos requisitos respecto a la sentencia, con excepción de lo relacionado a las penas y medidas de seguridad. En ambos casos la resolución de suspensión del fallo debe de incluir disposiciones pertinentes con la situación jurídica de los instrumentos, bienes o efectos que se hayan decomisado, incautado o secuestrado en el transcurso del proceso y sobre la responsabilidad civil.

Es importante recalcar que, la suspensión del fallo no suspende la responsabilidad civil que proceda, recordemos que, la realización de un hecho tipificado por la Ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios causados[11], y sucede que la suspensión del fallo ya se ha establecido un hecho probado y se ha declarado la responsabilidad penal de un imputado, lo que se ha suspendido en sí, es la parte dispositiva de la sentencia, en palabras más simples, la condena o pena.

En cuanto a sus condiciones o requisitos de procedibilidad, la Ley[12] establece:

1. Que el hecho no hubiere de resultar sancionado con pena superior a dos (2) años, cualquiera que fuere su naturaleza.
2. Que sea la primera vez que delinque el imputado.
3. Que no exista peligro de reiteración delictiva, a la vista de las características del hecho y de las circunstancias personales del autor; y,
4. Que del hecho no se deduzca responsabilidad civil o se haya satisfecho.

En lo relacionado al primer apartado, en lo referente a la expresión de “cualquiera que fuera su naturaleza”, consideramos que podría aplicarse no solo a la pena de prisión, sino que también respecto a las penas de multa, prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres y de inhabilitación, las mismas que tienden igualmente a excluir la detención, atendiendo a la finalidad de la suspensión de fallo, que es evitar la estigmatización del responsable de un delito, la que tiene lugar mediante la imposición de una condena, siempre y cuando éstas penas no excedan de a dos (2) años.

En atención al segundo supuesto, el Legislador ha dado un significado más amplio al concepto que antiguamente se ha sostenido sobre los antecedentes penales, consignando ahora expresamente que; no se debe tener en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes cancelados o que debieran serlo. De igual forma no se deben tomar en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que por su naturaleza o circunstancias carezcan de significación en relación con el delito juzgado. Resulta importante destacar el término “primera vez que se delinque”, ya que, en la práctica forense, otrora

[11] Ídem # 2. Artículo 118.
[12] Ídem # 2. Artículo 73.

se demostraba esta condición de primodelincuente con la presentación de los antecedentes penales, de este modo, conforme a los lineamientos que ahora establece la norma penal sustantiva, será un punto importante que el juzgador deberá motivar, para responder ¿cómo se demostrará, en el caso concreto, que el procesado es primodelincuente, si ahora los antecedentes penales, en ciertas circunstancias no serán tomadas en cuenta?

En cuando al tercer requisito, sobre la previsión de un pronóstico favorable, siendo que, en la redacción de la norma, no se establece expresamente la necesidad de informes técnicos de carácter preceptivo que sirvan al órgano judicial de soporte para tomar la decisión[13], enumerando únicamente elementos que denoten peligrosidad de reiteración delictiva, sobre las características del hecho y de las circunstancias personales del autor, por lo que, en la valoración de estos elementos subjetivos, el órgano jurisdiccional competente motivadamente señalará su concurrencia o ausencia, siempre bajo su discrecionalidad.

Para la última condición, el Legislador en lo relacionado a la responsabilidad civil y su satisfacción, ha dejado establecido que, deberá declararse en auto ejecutivo, salvo que el juzgado competente, después de oír a los interesados y al Ministerio Público, declare la imposibilidad total o parcial de que el sujeto haga frente a las mismas. Entendemos que este acto, en atención al término utilizado por el Legislador, se refiere a que la responsabilidad civil debe decretarse motivadamente en la sentencia, porque como ya se ha mencionado, la suspensión del fallo no incluye la responsabilidad civil que proceda.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas al condenado o de las medidas reguladoras de la libertad durante el plazo de suspensión, el órgano jurisdiccional competente, podrá:

1. Sustituir la medida de conducta impuesta por otra distinta;
2. Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de siete (7) años; y,
3. Revocar la suspensión del fallo y proceder a su pronunciamiento, si el incumplimiento es reiterado.

En el caso de que al condenado se le persiga por otro delito durante el plazo de suspensión fijado, el órgano jurisdiccional deberá revocar la suspensión y proceder al pronunciamiento del fallo, sin que el condenado pueda beneficiarse, en su caso, de las reglas de suspensión de la ejecución de la pena o de reemplazo de la misma. Una vez ha transcurrido el plazo de suspensión habiéndose cumplido las condiciones establecidas, el juzgado competente acordará dejar definitivamente sin efecto la sentencia.

2.2. El reemplazo de la pena.

La figura de reemplazo de la pena, se encuentra regulada en los artículos del 74 al 77 del Código Penal[14], y se considera como una alternativa a la pena privativa de libertad, especialmente a aquellas de corta duración, que por razones de política criminal se consideran inadecuadas para ciertas personas, bajo determinadas circunstancias. Esto es así porque de lo que se trata es buscar un equilibrio entre la naturaleza del hecho cometido y la clase de respuesta que deba darse al sujeto delincuente, vistas sus circunstancias

[13] Guardiola Sánchez, Inés. Ejecución de las penas. Tesis Doctoral. 2015. Universitat de Barcelona. Pág. 22. https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/112402/1/IGS_TESIS.pdf
[14] Ídem # 2.

personales y así dar efectivo cumplimiento a los fines de readaptación del delincuente y la prevención del delito[15] (P-134-PC-SENT-2012-CPPV).

Atendiendo a lo anterior, el Código Penal regula tres alternativas;

1. Sustituir la pena de prisión por detención de fin de semana, arresto domiciliario o multa;
2. Sustituir la pena de prisión por expulsión del territorio nacional; y,
3. Sustituir la pena de detención de fin de semana que no sea menos grave, por multa o servicios de utilidad pública o a las víctimas.

El reemplazo de la pena de prisión, como en la mayoría de estas formas sustitutivas de ejecución de la pena, según la fórmula legislativa en que han sido redactadas, son de carácter facultativo, en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente está facultado para concederlo, mas no obligado, por lo tanto se somete a un sistema de discrecionalidad en su aplicación por parte del juzgado o tribunal, el mandato legal exige únicamente que se haga de forma motivada, consideramos que no se generarían dudas interpretativas, toda vez que, está clara la utilización del famoso verbo discrecional, "*puede*" o "*podrá*"; por lo que resultaría consecuente, que el alcance de la motivación se centre en la exposición del cumplimiento de los requisitos, las circunstancias y razones por las que el juzgado competente, escoge entre la detención de fin de semana, el arresto domiciliario o la multa, y en su caso la imposición de medidas reguladoras de la libertad, sirviendo como guía de referencia para la exposición de la motivación, las circunstancias personales del penado, la naturaleza del hecho, su conducta y en particular, el esfuerzo realizado para reparar el daño causado, siempre que no se trate de penados habituales, es decir una serie de aspectos que aminoran el juicio de reproche y desvalor de la acción, el bien jurídico protegido y los medios más o menos graves empleados en la ejecución, todo en aras de actuar acorde con la finalidad de la institución, la cual es, que la ejecución de las penas privativas de libertad se orienten en lo posible hacia la reeducación y reinserción social.

Para finalizar nos parece oportuno el comentario de *Salinero Echeverría*, que explica como en España, se suprimió la distinción entre suspensión de la pena de prisión y sustitución (reemplazo) de la pena de prisión, esto a modo de que ambas perseguían la misma finalidad, en el sentido de que resolvían en sí, que la pena de prisión debía o no ser ejecutada, de modo que por razones de celeridad y eficacia en la ejecución de las penas, se optó por eliminar esta distinción, subsistiendo únicamente, el caso de la sustitución de la pena por la expulsión para los extranjeros[16]. (págs. 799-800)

2.2.1. El reemplazo de la pena de prisión.

Como antes se ha mencionado la pena de prisión puede ser sustituida por el órgano jurisdiccional competente, ya sea por detención de fin de semana, por arresto domiciliario o por multa, en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, hasta antes de dar inicio a la ejecución.

[15] Apelación P-134-PC-SENT-2012-CPPV. Cámara de la Tercera Sección del Centro, San Vicente. El Salvador. https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2012%2F10%2F9AA06.PDF&number=633350&fecha=11/10/2012&numero=P-134-PC-SENT-2012-CPPV&cesta=0&singlePage=false'

[16] Salinero Echeverría, Sebastián, Morales Peillard, Ana María, & Castro Morales, Álvaro. (2017). Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Política criminal*, *12*(24), 786-864. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200786 cita Véase exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Requisitos o condiciones de procedibilidad:

1. Que la pena de prisión que individualmente o sumada con otras, no supera los cinco (5) años;
2. Que las circunstancias personales del penado, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo realizado para reparar el daño causado así lo aconsejen; siempre que no se trate de penados habituales.

El Legislador presenta una fórmula para realizar una especie de despeje de ecuaciones, donde; cada semana de prisión equivale a detención de dos (2) fines de semana; y donde cada día de prisión, equivale a dos (2) cuotas de multa o un (1) día de arresto domiciliario. En caso de que la pena de prisión no supere los seis (6) meses, el órgano jurisdiccional competente puede, además, sustituir esta pena por localización permanente, donde cada día de prisión equivale a dos (2) días de localización permanente.

Una vez otorgado el reemplazo de la pena de prisión por alguno de sus opciones, el juzgado competente podrá, además, imponer la observación de una o varias de las medidas reguladoras de la libertad, por tiempo que no debe exceder de la duración de la pena sustituida[17].

2.2.2. El reemplazo de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional.

Como señala el artículo 30 de la Constitución de la República, los extranjeros están obligados desde su ingreso al territorio nacional a respetar a las autoridades y a cumplir las leyes, en ese mismo sentido el artículo 60, garantiza a los extranjeros residentes en el país, el derecho a la igualdad ante la Ley, en igual sentido el Código Civil[18], estipula que la Ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Tales mandatos configuran la premisa de que la estancia en territorio nacional de los extranjeros supone un estado de acatamiento y sintonía no sólo con el marco legal que la regula sino al mismo tiempo el respeto al ordenamiento jurídico, en un ambiente de igualdad con los conciudadanos.

La transgresión a la norma penal, mediante la comisión de un delito supone sin duda una de las formas en que más gravemente un extranjero puede irrespetar a las autoridades, a las leyes y de trasgredir las condiciones que posibilitan su aceptación y acogida en el territorio del Estado, por lo que, con independencia de la ejecución de la pena a que sea acreedor, la pena de expulsión del territorio nacional supone, allí donde proceda, un juicio de reproche accesorio[19], tal es, que por su naturaleza, la pena es privativa de otros derechos[20]. Sucede el caso que también puede relacionarse con la medida de seguridad, de expulsión de extranjeros[21]. Sin embargo, lo que nos corresponde es analizarla bajo el matiz de que se trata de una pena privativa de otros derechos. Como ya se ha expuesto, el reemplazo de la pena de prisión por la pena de expulsión del territorio nacional, es una facultad, del órgano jurisdiccional, con la particularidad de que taxativamente la norma contempla que el órgano jurisdiccional competente de manera discrecional puede dar este beneficio, debiendo considerar para tales efectos las condiciones y requisitos establecidos en la Ley.

---

[17] Ídem # 2. Artículo 84.
[18] Código Civil Decreto N° 76-1906 (Honduras). Artículo 12. https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CódigoCivil%28actualizadomayo2018%29.pdf
[19] Moreno Carrasco, Francisco & Rueda García, Luis. Código Penal de El Salvador Comentado. Tomo 1. Pág. 340-341. https://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/codigopenal_tomoi.pdf
[20] Ídem # 2. Artículo 31 numeral 2 literal a.
[21] Ídem # 2. Artículo 87 numeral 2 literal k.

Resultaría afín al principio de celeridad procesal, que esta decisión de reemplazo de la pena, se tomara en cuenta en la sentencia en el instante de definir la pena, sin que los mecanismos legales establezcan posibilidades de ulteriores revisiones por las partes, ya una vez dictado el fallo o sentencia. Otro punto importante es el hecho de que, en caso de proceder el reemplazo de la pena de prisión por la pena de expulsión del territorio nacional, su ejecución, es decir el acto efectivo de expulsión, se llevará a cabo de forma inmediata una vez cumplido de pleno derecho, lo relacionado al resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la víctima, por parte del condenado. Una vez ejecutada la expulsión del extranjero territorio nacional, conlleva la prohibición para el reingreso del penado en el territorio nacional, durante el triple del tiempo de la pena de prisión sustituida, contado desde la fecha de su expulsión. En caso de que éste regresa en este término cumplirá la pena de prisión que le hubiera sido sustituida, sin perjuicio de la responsabilidad penal por delito de quebrantamiento de condena.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, a través de una sentencia condenatoria, se crea un título ejecutivo para habilitar la expulsión o prohibición de entrada de un extranjero en el territorio nacional y que paralelamente a la norma penal sustantiva, existen mandatos específicos de la normativa especial reguladora de la situación de extranjería, en este caso la Ley de Migración y Extranjería[22], la cual tiene sus propias definiciones, atribuciones y regulaciones en cuanto a los motivos de expulsión de extranjeros, donde se reconoce puntualmente la facultad que tienen los tribunales de la República para poner a la orden de las autoridades migratorias, para su deportación o expulsión, a los extranjeros que hayan sido condenados por la comisión de un delito durante su permanencia en el país, una vez cumplida la pena. Y es aquí donde encontramos las respuestas a las interrogantes que se habían generado, sobre ¿quién será la autoridad responsable de realizar el acto efectivo de expulsión del extranjero? y, asimismo, ¿quién será la autoridad que debe ser informada para llevar el control de los registros de ingreso o no del extranjero en el territorio nacional?, lo que recae en -*para el caso de Honduras* -, las autoridades de Migración y extranjería, por ser la facultada por Ley para ello.

Como un ejercicio mental, resulta curioso plantear el caso hipotético, sobre el control del cumplimiento del reemplazo de la pena de prisión por la pena de expulsión del territorio nacional y su accesoria prohibición de ingreso del penado al territorio nacional, ya que la norma penal no establece que sucederá en el caso de que cumpla con los plazos establecidos, consideramos que una vez transcurrido los plazos sin haberse incumplido las condiciones establecidas, el órgano jurisdiccional competente deberá resolver atendiendo por analogía, lo establecido para el caso de la suspensión del fallo o la libertad condicional, que es acordar motivadamente tener por extinguida la sentencia, o en su defecto dejar definitivamente sin efecto la sentencia.

2.2.3. El reemplazo de la pena de detención de fin de semana.

La pena de detención de fin de semana consiste en la privación de libertad durante los días sábado y domingo en un centro de detención destinado a tal efecto, con una duración mínima de treinta y seis (36) horas y máxima de cuarenta y ocho (48) horas por cada fin de semana. El órgano jurisdiccional competente, en consideración a las circunstancias laborales, familiares o educativas del penado, puede ordenar que la pena de detención de fin de semana se cumpla en otros días de la misma[23]. Cabe mencionar que el órgano jurisdiccional, está facultado para sustituir la pena de detención de fin de semana que no sea menos grave,

[22] Ley de Migración y Extranjería Honduras, Decreto N° 208-2003. Publicado en Diario Oficial La Gaceta, el 3 marzo del 2004. Artículos 3 numeral 6, 4 numeral 8, 84 y 89 numeral 1. https://inm.gob.hn/Ley_de_Migraciones_y_extranjeria_Honduras[1].pdf
[23] Ídem # 2. Artículo 40.

por multa o servicios de utilidad pública o a las víctimas, siempre que no se trate de penados habituales. En este caso, cada detención de fin de semana es sustituida por cuatro (4) cuotas de días multa o dos (2) jornadas de trabajo de ocho (8) horas cada una[24]. En igual situación, el juzgado competente, puede imponer además al penado alguna o algunas de las medidas reguladoras de la libertad, con la particularidad de que éstas podrán ser modificadas, en atención a la variación de las circunstancias personales.

Para los efectos correspondientes se entiende por incumplimiento de las obligaciones impuestas al condenado en caso de que el condenado incurra en dos (2) ausencias injustificadas, en cuyo caso corresponderá al órgano jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder por quebrantamiento de condena, acordar la sustitución del tiempo restante de servicios de utilidad pública o a las víctimas por arresto domiciliario o localización permanente. A estos efectos cuatro (4) horas de trabajo son equivalentes a un (1) día de arresto domiciliario o a un (1) día de localización permanente.

Se acordará la ejecución de la pena sustituida con el descuento respectivo del tiempo que se haya cumplido, cuando:

1. Se cometa un nuevo hecho delictivo doloso;
2. Se incumpla, en todo o en parte, de la pena de reemplazo; o,
3. Se incumpla reiteradamente de la medida o medidas reguladoras de la libertad que se le hubieran impuesto.

En el apartado segundo antes mencionado, se entenderá por incumplimiento de las obligaciones impuestas al condenado en caso de que incurra en dos (2) ausencias no justificadas, el juzgado competente, puede acordar que la detención se ejecute ininterrumpidamente en el establecimiento penitenciario más cercano a su domicilio o en su defecto, en el que el juzgado designe. A estos efectos, cada fin de semana equivale a dos (2) días de prisión. La pena a la que se refiere tiene una duración mínima de cuatro (4) y máxima de cincuenta y seis (56) fines de semana.

Es oportuno incluir la crítica sobre la duda de la idoneidad político criminal de penas como la detención de fin de semana, no solo por el hecho de que la misma norma penal sustantiva contiene que su aplicación queda en suspenso hasta en tanto no se cuente con los establecimientos adecuados para su correcta ejecución[25], por tanto, aún antes de su vigencia, ya se avizoraba su inaplicabilidad dejando en evidencia que para la ejecución de las mismas, se exige de infraestructura, de medios materiales y humanos tan compleja y costosa que su éxito resulta difícil, condenándole en inicio a un posible fracaso.

2.3. La suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión, se encuentra regulada en el Código Penal del artículo 78 al 80, es una figura que permite a quien ha sido condenado a una pena privativa de la libertad que se suspenda por un determinado periodo la sanción de privación de la libertad impuesta por el juez. En otras palabras, permite que, en lugar de ser llevado a prisión inmediatamente, pueda seguir en libertad, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, en el actual Código Penal[26], es muy similar a lo que antes

[24] Ídem # 2. Artículo 76.
[25] Ídem # 2. Artículo 631.
[26] Ídem # 2. Artículo 78.

llamada "*suspensión condicional de la ejecución de la pena*"[27] (Código Penal, Decreto 184-83), por lo que consideramos que en el escenario práctico, es el más conocido.

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión, consiste, en excluir provisionalmente el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme al delincuente autor de un delito menos grave. De este modo, la pena se sustituye por la amenaza de llevarse a efecto si se incumplen, durante un determinado plazo de tiempo, las condiciones bajo las cuales se acuerda la suspensión. La suspensión de la ejecución de la pena de prisión, a criterio de la ASJ[28], se ha señalado reiteradamente en la doctrina, que es una medida coherente con la orientación constitucional de las penas a la reinserción social del condenado, entre otras razones porque impedir la desocialización del condenado, es siempre que resulte posible, la mejor manera de cumplir con el mandato Constitucional. (pág. 2)

Mediante esta figura, el Juez o Tribunal de la causa tiene la facultad discrecional de dispensar la pena privativa de libertad en su cumplimiento, reuniendo para ello los requisitos exigidos por la ley[29] (Poder Judicial de Honduras, 2016), en estos casos, la persona condenada, que se ha visto beneficiada con la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, quedará sujeta a un plazo de cinco (5) años; no obstante, no se extiende a las penas accesorias y demás efectos de la condena. Tampoco exime de las responsabilidades civiles derivadas del delito, aun cuando no se hayan satisfecho en caso de insolvencia.

Como se ha señalado anteriormente, el órgano jurisdiccional competente, está facultado para imponer condiciones establecidas precisamente en la norma, por lo que en efecto la suspensión de la pena de prisión, puede ir acompañada de una serie de obligaciones y/o prohibiciones que el condenado deberá cumplir si quiere optar al beneficio de suspensión de la pena de prisión. La imposición de estas condiciones es potestativa para el juez y lo que se busca es evitar la comisión de nuevos delitos. Sin embargo, estas penas y medidas no podrán ser desproporcionadas y excesivas, sino que deberán guardar relación con el delito que se está juzgando. El juzgado competente, tiene la responsabilidad y el deber de informar, advertir o hacer saber al penado sobre la naturaleza del beneficio otorgado, las condiciones y el plazo a que se somete la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y los motivos que puedan causar su cesación, lo que se hará constar en el expediente.

La finalidad de esta figura, es evitar que aquellas personas que son condenadas a penas que no exceden de cinco (5) años de prisión, y que reúnen los demás requisitos legales, sufran reclusión, brindándose a éstas la oportunidad de reivindicarse en su actuar, al quedar sujetas a un período de prueba según se trate de delito o falta.

En cuanto a sus condiciones o requisitos de procedibilidad, la norma[30] establece:

1) Que la pena, individualmente considerada o sumada con otras, no supere los cinco (5) años de privación de libertad;

[27] Ídem # 7. Artículo 70.
[28] Análisis del nuevo Código Penal de Honduras derecho comparado (España, Colombia y Código Penal de Honduras vigente). http://biblioteca.asjhonduras.com/wp-content/uploads/2020/10/Analisis.Nuevo_.Codigo.Penal_.ASJ-1.pdf
[29] Morán González, Manuel & Madrid Chinchilla, Kenneth Rolando. Manual del Juez de Ejecución de panas y Medidas de Seguridad/ Poder Judicial de Honduras. Tegucigalpa. 2016. Pág. 139. https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/6494/408_Manual%20del%20juez%20de%20ejecuci%C3%B3n%20de%20penas%20y%20medidas%20de%20seguridad.pdf
[30] Ídem # 2. Artículo 78.

2) Que sea la primera vez que delinque el penado;
3) Que no exista peligro de reiteración delictiva del penado, a la vista de las características del hecho y de las circunstancias personales del autor; y,
4) Que el penado haya satisfecho, en su caso, las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo.

En relación al primer requisito, esta no excluye el concurso de delitos siempre que la pena no supere el plazo establecido. En cuánto al segundo requisito de manera textual se establece que no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por faltas, ni tampoco los antecedentes cancelados o que debieran serlo. Tampoco se tienen en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que por su naturaleza o circunstancias carezcan de significación en relación con el delito juzgado.

El tercero y cuarto requisito se refieren a la previsión de un pronóstico favorable del condenado y sobre la responsabilidad civil, comparte la misma regulación que en la suspensión del fallo, salvo que el órgano jurisdiccional competente, después de oír a los interesados y al Ministerio Público, declare excepcionalmente la imposibilidad total o parcial de que el sujeto haga frente a las mismas. El juicio que sirve de base a la decisión de suspender la ejecución de la pena de prisión, debe constituir una apreciación individualizada de la persona del condenado, la misma que permitirá pronosticar que la aplicación de una de estas medidas será suficiente para disuadir al condenado de volver a delinquir.

Una vez incumplidas por el condenado las reglas o las medidas reguladoras de la libertad impuestas durante el plazo de suspensión, el órgano jurisdiccional competente, podrá:

1. Sustituir la medida de conducta impuesta por otra distinta;
2. Ampliar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco (5) años; y,
3. Revocar la suspensión de la ejecución de la pena si el incumplimiento fuera reiterado.

En el caso de que al condenado vuelva a delinquir, durante el plazo de suspensión establecido, el órgano jurisdiccional competente revocará la suspensión de la ejecución de la pena; y deberá ordenar la ejecución de la pena, sin que puedan aplicarse las reglas de reemplazo de la pena. Una vez ha transcurrido el plazo de suspensión, sin que el sujeto haya vuelto a delinquir y cumplidas, en su caso las medidas reguladoras de la conducta fijadas por el juzgado competente, éste acordará la remisión definitiva de la pena.

Al respecto, nos resulta interesante la manera en que Nicaragua, aborda esta figura, en donde taxativamente impone además de los requisitos de procedibilidad de la suspensión de la pena de prisión, en una muestra de una tutela judicial efectiva y en atención al respeto del principio procesal de igualdad de los intervinientes; sostiene que:

"Art. 93. La suspensión en los delitos perseguibles a instancia de parte En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o acusación del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena."[31] (Ley 641. Código Penal de la República de Nicaragua.)

[31] Ley 641. Código Penal de la República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial Nos. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo del 2008. Artículo 93.
http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/NI/ley_641_codigo_penal.pdf

Lo que, por mucho, consideramos es muy acertado, ya que la víctima tiene derecho intervenir como tal en todo el proceso[32] y a ser informado de los resultados del mismo y atendiendo que no es solo el derecho que les ampara, sino que también es un principio procesal, velar por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso penal, somos del criterio que resultaría oportuno que, la presencia de la parte ofendida y su pronunciamiento en relación al beneficio que se solicita, fuera una condición o requisito de procedibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, para todo tipo de delitos o faltas.

2.4. La libertad condicional.

La libertad condicional se encuentra regulada en el Código Penal[33], en los artículos del 81 al 82, en el Código Procesal Penal, Decreto Nº 9-99-E[34], en los artículos 382, 387, 388 y 389, y en la Ley del Sistema Penitenciario Nacional[35], en los artículos 98 y 99, esta se trata de una medida a través de la cual el juez penal permite salir de prisión a quien lleva determinado tiempo privado de su libertad en virtud de una sentencia condenatoria. Por lo tanto, el sentido del mecanismo es que la persona que ha sido condenada pueda recobrar su libertad antes del cumplimiento total de la pena que se impuso en la sentencia, previo cumplimento de determinados requisitos. Según la doctrina española, la libertad condicional, es una forma específica de cumplimiento de la condena de privación de libertad, que se configura como un derecho del interno, condicionado a que concurran los requisitos establecidos por la ley[36]. (pág. 146)

Por su parte expone *Guardiola Sánchez*[37], que la libertad condicional se concibe en todos los sistemas penitenciarios como el último grado del sistema progresivo, y consiste en que el condenado pasa el último período de la pena de prisión en libertad. (pág. 179)

El consultor *Del Río Fernández*; conceptualiza que la libertad condicional, es la concedida a los condenados a privación de libertad en el último periodo de su condena bajo la condición de observar buena conducta. Jurídicamente, tiene la consideración de un periodo de cumplimiento de la pena: el mantenimiento de ciertas relaciones con el establecimiento penitenciario y la sumisión a un régimen de vigilancia y tutela significan la continuación de la condena. Prácticamente, viene a resolverse en un acortamiento de la misma[38]. (pág. 212)

---

[32] Ídem # 2. Artículo 16 numeral 1.
[33] Ídem # 2.
[34] Código Procesal Penal (Honduras) Decreto Nº 9-99-E, emitido en fecha 30 de diciembre del año 1999, en vigencia el 20 de febrero del año 2002. Artículos 382, 387, 388 y 389. https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoProcesalPenal%28ActualizadoNoviembre2021%29.pdf
[35] Ley del Sistema Penitenciario Nacional. Decreto N° 64-2012, publicado en el Diario Oficial La Gaceta, el 3 de diciembre del 2012. NUM. 32,990. Artículos 98 y 99. http://relapt.usta.edu.co/images/2012-Ley-Sistema-Penitenciario.pdf
[36] Morán González, Manuel & Madrid Chinchilla, Kenneth Rolando. Manual del Juez de Ejecución de panas y Medidas de Seguridad/ Poder Judicial de Honduras. Tegucigalpa. 2016. Pág. 146. https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/6494/408_Manual%20del%20juez%20de%20ejecuci%C3%B3n%20de%20penas%20y%20medidas%20de%20seguridad.pdf
[37] Guardiola Sánchez, Inés. Ejecución de las penas. Tesis Doctoral. 2015. Universitat de Barcelona. Pág. 179. https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/112402/1/IGS_TESIS.pdf
[38] Del Río Fernández, Lorenzo. Manual de derecho penitenciario. Agencia Española de Cooperación Internacional. 1a. ed. Tegucigalpa. 2006. Pág. 212. https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/1037/67_Manual%20de%20derecho%20penitenciario.pdf

Se debe tener en consideración que la Ley penal sustantiva y adjetiva señalan expresamente la competencia exclusiva del Juez de ejecución para el conocimiento y sustanciación del beneficio de la libertad condicional[39].

Las circunstancias o requisitos que la Ley prevé deben concurrir para solicitar este beneficio son los siguientes:

1. El penado haya cumplido la mitad (1/2) de la pena impuesta en los casos de pena de prisión de hasta quince (15) años. Si la condena lo es a prisión de más de quince (15) años y menos de treinta (30) años, el penado debe haber cumplido dos tercios (2/3) de la pena. Si la pena sobrepasa los treinta (30) años, no es aplicable la libertad condicional hasta que hayan transcurrido treinta (30) años de cumplimiento efectivo de la condena;
2. El penado haya observado buena conducta en el establecimiento penitenciario;
3. Exista un pronóstico favorable de reinserción social; y,
4. El penado haya satisfecho, en su caso, las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo, salvo que el Órgano Jurisdiccional competente, después de oír a los interesados y al Ministerio Público, declare excepcionalmente la imposibilidad total o parcial de que el sujeto haga frente a las mismas.

Pese a lo anterior existe un régimen excepcional, en el caso de los penados que han cumplido la edad de setenta (70) años o la cumplen durante la extinción de la condena y reúnen las circunstancias exigidas, excepto la de haber extinguido la mitad (1/2) de la pena impuesta o, en su caso, los dos tercios (2/3), podrán obtener la libertad condicional, siempre y cuando no hubieran sido penados a una pena superior a los veinte (20) años de prisión. El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, circunstancia que ha de quedar acreditada tras la práctica de los correspondientes informes médicos emitidos por profesionales del Sistema Público de Salud. Este régimen excepcional no es aplicable a los penados que lo hayan sido por su participación en un grupo delictivo organizado.

En igual sentido excepcionalmente, cumplidas las circunstancias 2, 3 y 4 antes mencionadas, el órgano jurisdiccional competente, podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena de prisión de no más de diez (10) años, que ha extinguido un tercio (1/3) de la condena, siempre que sea delincuente primario y no se le hubiera suspendido nunca el fallo de la condena o de la ejecución de la pena.

Atendiendo al primer requisito, cabe señalar que la práctica, la supervisión y el control del cómputo de la pena, es responsabilidad del Juzgado de ejecución como lo es también de los directores de los Centros Penitenciarios, quienes al tener conocimiento deberán informar la brevedad al Juzgado de ejecución competente. Sobre el segundo y tercer requisitos, el Consejo Técnico Interdisciplinario de cada Centro Penitenciario, es quien por Ley tiene la función de emitir los dictámenes que requieran los Jueces de Ejecución para la concesión del beneficio de libertad condicional u otros beneficios penitenciarios, a favor de los condenados que reúnan los requisitos establecidos por la Ley[40]. En relación al cuarto requisito, sobre la responsabilidad civil, comparte la misma regulación que en la suspensión del fallo y la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

El órgano jurisdiccional competente, en la resolución que concede la libertad condicional, puede motivadamente imponer al sujeto durante el período de libertad condicional alguna o algunas de las medidas

[39] Ídem # 34. Artículos 60, 382.
[40] Ídem # 35. Artículo 41.

reguladoras de la libertad contenidas la Ley penal sustantiva. El período de libertad condicional dura todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir la condena.

Si el condenado que goza del beneficio de libertad condicional durante el período de prueba a que ha quedado sujeto, comete un nuevo delito doloso o incumple las medidas reguladoras de la libertad impuestas, el órgano jurisdiccional competente revocará la libertad concedida y el sujeto reingresará a prisión para cumplir la parte de la pena que se hubiera dejado de ejecutar, de la que puede descontarse hasta tres cuartos (3/4) del tiempo pasado en libertad. Como oportunamente señala *Lozano Arada*, la libertad condicional se encontraría dentro de las penas sustitutivas, ya que se trata de una forma de suspensión de la ejecución del resto de la pena pendiente de cumplimiento por un plazo determinado. Hay que tener en cuenta que el tiempo en el que el penado esté gozando de la libertad condicional no computará como cumplimiento, sino como plazo de suspensión de una parte de la pena[41]. (pág. 18)

Una vez transcurrido el tiempo de libertad condicional sin que el sujeto haya cometido un nuevo delito doloso o incumplido las medidas reguladoras de la libertad impuestas, se tendrá por extinguida la pena.

El beneficio de libertad condicional, no será aplicable a los penados que lo hayan sido por su participación en un grupo delictivo organizado, excepto si colaboran de forma directa y eficaz para prevenir otros delitos de criminalidad organizada impidiendo su realización o aportando u obteniendo pruebas de otros ya cometidos y tras cumplir los requisitos antes establecidos.

3. Conclusiones.

Las formas sustitutivas de ejecución de la pena como la suspensión del fallo, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y el reemplazo de la pena de prisión, comparten la particularidad de que pueden ser solicitadas hasta antes de comenzar la ejecución de la sentencia, es decir que es admisible la posibilidad de solicitarse, aún y cuando ya exista una sentencia condenatoria, siempre y cuando la misma no ha sido ejecutada, en ese mismo sentido, también cabe la posibilidad de que el condenado en sí, no se vea afectado por el cumplimiento efectivo de la pena de prisión. Caso distinto sucede con el beneficio de libertad condicional, en el cual es parte de los requisitos de procedibilidad, que se haya cumplido una fracción efectiva de la pena de prisión impuesta, lo que conlleva a que necesariamente el condenado cumpla efectivamente en parte, la pena de prisión.

Todas estas formas sustitutivas de ejecución de la pena y la libertad condicional, comparten la característica que, en su momento resulta ineludible abordar el tema del resarcimiento de los daños y perjuicios y en definitiva responder o pronunciarse sobre la responsabilidad civil. Lo que demuestra, de cierto modo la importancia que da el Legislador a un contexto donde pueda proliferar un sistema encausado y orientado en cierta medida hacia una justicia restaurativa.

Las formas sustitutivas de ejecución de la pena, en su mayoría se basan en el cumplimiento de exigencias de evaluación de peligrosidad del condenado y de su previsión de un pronóstico favorable, sin determinar (a excepción de la libertad condicional) si se requiere de algún informe o diligencia pericial o si estará a cargo de alguna institución en particular, este es un aspecto que puede mejorarse y no sostener su procedibilidad en condiciones subjetivas expresadas en la norma como: “elementos que denoten

[41] Lozano Aranda, Teresa García. Los sustitutivos penales en España: Análisis y medidas en delitos de reciente persecución. Madrid. Abril, 2019. Pág. 18. https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/274418/retrieve

peligrosidad de reiteración delictiva", "sobre las características del hecho" y de "las circunstancias personales del autor", dejando la carga de su admisión o no bajo la total discrecionalidad del órgano jurisdiccional competente. En su lugar el Legislador debería incluir en la norma la regulación tal cual lo sostiene en lo que respecta a la libertad condicional y establecer como requisito un informe o diligencia pericial emitida por un facultativo que acredite tales extremos.

Se pone de manifiesto la duda sobre la utilidad y la idoneidad de penas como la detención de fin de semana, no solo por el hecho de que la misma norma sustantiva pone de manifiesto que su aplicación queda en suspenso hasta en tanto no se cuente con los establecimientos adecuados para su correcta ejecución[42], lo que significa que el Legislador, desde el momento de la creación de esta norma, ya avizoraba su inaplicabilidad y hasta quizá su inutilidad, es evidente que la ejecución de las mismas exige una infraestructura de medios materiales y humanos tan compleja y costosa que su éxito resulta difícil, condenándole en inicio a un posible fracaso. Sin mencionar ni ahondar en la poca atención que recibe el derecho penitenciario en la política criminal del Estado.

Por último, somos del criterio que la figura de suspensión del fallo, puede bien ser suprimida, dado que su finalidad puede ser alcanzada a través de la figura de suspensión de la ejecución de la pena de prisión y de manera menos forzada, procesalmente hablando, es decir, no concebimos para bien, que la norma penal sustantiva, argumente reglas de forma, que contrastan a la norma penal adjetiva, no solo por el punto de inflexión que -a nuestro criterio- alcanza; resulta que la norma adjetiva no es dispositiva y la competencia funcional, no la otorga la norma sustantiva y el hecho de incumplir los parámetros de forma en ella establecidos, es objeto de nulidad. Con esto, nos referimos al hecho de que, en el Código Penal, establece que el órgano jurisdiccional competente, puede suspender de forma motivada "el fallo" de las sentencias condenatorias, cuando por su parte el Código Procesal Penal[43], dicta las pautas de como debe redactarse una sentencia, estableciendo cada uno de sus requisitos; si bien el Legislador para "dar solución" a tal contradicción, reformó la norma procesal adicionando un artículo donde, aclara que la suspensión del fallo en caso de admitirse se resolverá mediante *un auto motivado, donde además deberá incluir disposiciones pertinentes con la situación jurídica de los instrumentos, bienes decomisados en el proceso*, no deja -a nuestra opinión-, de crear en cierta medida fricciones con el debido proceso ya que además, carga con facultades que no son propias de los órganos jurisdiccionales, como vigilar el cumplimiento de las condiciones y ahora bien, en caso de incumplimiento, significa que el juzgado o tribunal deberá dictar sin mayor dilación una sentencia condenatoria, lo que consideramos, que es -bajo ciertas circunstancias-, muy arriesgado y una potencial fuente de mora judicial.

[42] Ídem # 2. Artículo 631.
[43] Ídem # 34. Artículo 336-A.

4. Bibliografía

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).* Recuperado el 25 de 7 de 2023, de https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/unit

Asociación para una Sociedad mas justa (ASJ). (s.f.). *Análisis del nuevo Código Penal de Honduras derecho comparado (España, Colombia y Código Penal de Honduras vigente).* Recuperado el 25 de 7 de 2023, de http://biblioteca.asjhonduras.com/wp-content/uploads/2020/10/Analisis.Nuevo_.Codigo.Penal_.ASJ-1.pdf

Código Civil (Honduras). (s.f.). *Código Civil Decreto N° 76-1906.* Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CódigoCivil%28actualizadomayo2018%29.pdf

Código Penal (Honduras). (s.f.). *Código Penal, Decreto 184-83.* Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/1677/108_C%C3%93DIGO%20PENAL%20%28Actualizado%20a%C3%B1o%202014%29.pdf

Código Penal (Honduras), Decreto 130-2017. (2017). *Código Penal, Decreto 130-2017.* Recuperado el 25 de 7 de 2023, de https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoPenalNo130-2017%28actualizadonoviembre2021%29.pdf

Código Procesal Penal, Decreto Nº 9-99-E. (s.f.). *Código Procesal Penal, Decreto Nº 9-99-E.* Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoProcesalPenal%28ActualizadoNoviembre2021%29.pdf

Constitución de la República de Honduras. (1982). *Constitución Política de 1982.* Honduras: Decreto Nº 131. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 23,612 del 20 de enero de 1982. Recuperado el 24 de 7 de 2023, de https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/ConstituciondelaRepublica%28actualizadanoviembre2021%29.pdf

Del Río Fernández, Lorenzo. (2006). *Manual de derecho penitenciario.* (1a. ed. ed.). (A. E. 2006., Ed.) Tegucigalpa. Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/1037/67_Manual%20de%20derecho%20penitenciario.pdf

Guardiola Sánchez, I. (s.f.). *Ejecución de las penas. Tesis Doctoral.* Barcelona. Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/112402/1/IGS_TESIS.pdf

Hurtado Pozo, J. (s.f.). *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo.* Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_10.pdf

Ley 641. Código Penal de la República de Nicaragua. (2008). *Ley 641. Código Penal de la República de Nicaragua.* Recuperado el 26 de 7 de 2023, de http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/NI/ley_641_codigo_penal.pdf

Ley de Migración y Extranjería Honduras, Decreto N° 208-2003. (2004). *Ley de Migración y Extranjería Honduras, Decreto N° 208-2003.* Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://inm.gob.hn/Ley_de_Migraciones_y_extranjeria_Honduras[1].pdf

Ley del Sistema Penitenciario Nacional. Decreto N° 64-2012. (2012). *Ley del Sistema Penitenciario Nacional. Decreto N° 64-2012.* Recuperado el 26 de 7 de 2023, de http://relapt.usta.edu.co/images/2012-Ley-Sistema-Penitenciario.pdf

Lozano Aranda, T. G. (2019). *Los sustitutivos penales en España: Análisis y medidas en delitos de reciente persecución.* Madrid. Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/274418/retrieve

Moreno Carrasco, F. &. (s.f.). *Código Penal de El Salvador Comentado. Tomo 1.* (Vol. Tomo 1). Imprenta Nacional. Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://www.cnj.gob.sv/images/documentos/pdf/ecj/publicaciones/codigopenal_tomoi.pdf

Poder Judicial de Honduras. (2016). *Manual del Juez de Ejecución de panas y Medidas de Seguridad.* Tegucigalpa. Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://escuelajudicialpva.poderjudicial.gob.hn/pluginfile.php/21999/mod_data/content/6494/408_Manual%20del%20juez%20de%20ejecuci%C3%B3n%20de%20penas%20y%20medidas%20de%20seguridad.pdf

Recurso de Apelación P-134-PC-SENT-2012-CPPV, P-134-PC-SENT-2012-CPPV (10 de 11 de 2012). Recuperado el 27 de 7 de 2023, de https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2012%2F10%2F9AA06.PDF&number=633350&fecha=11/10/2012&numero=P-134-PC-SENT-2012-CPPV&cesta=0&singlePage=false'

Salinero Echeverría, S. M. (2017). Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Política Criminal*. Recuperado el 26 de 7 de 2023, de https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200786

Sentencia C-679 de 1998, Sentencia C-679 (Corte Constitucional. Colombia. 19 de 11 de 1998). Recuperado el 25 de 07 de 2023, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-679-98.htm

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2023