

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 13 N° 49 MAYO 2020

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



PRESENTACIÓN



Oscar Burga Zamora
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Oscar Burga Zamora. 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.
 - Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccía y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
 - Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR	5
.....	
SEGURIDAD, LIBERTAD E IGUALDAD: PILARES DEL ESTADO DE DERECHO <i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	6
.....	
JUSTICIA GENÉTICA <i>MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ</i>	23



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Habíamos proyectado una edición especial por los 100 años de existencia de nuestra Corte Superior de Justicia, pero la difícil experiencia del COVID 19 en este año 2020 prácticamente desarmó todos los planes trazados para este período, y no solo respecto de nuestra revista virtual, sino también de todo el Poder Judicial del Perú en su conjunto, y extensivamente, de todas las actividades en sociedad, tanto en nuestro país como en otras latitudes. La humanidad así paró en seco y todas las actividades, salvo las más esenciales, se restringieron, imponiendo obligados confinamientos de toda la población, restricción de derechos ciudadanos, y coacción estatal propia en caso de inobservancia.

La fragilidad que nos impone la amenaza de esta enfermedad, aún sin visos de cura definida, toca las fibras más sensibles de la humanidad, pues somos la única especie de la naturaleza que brega por no irse, por no partir del entorno que llamamos vida, a pesar de que en estricto tampoco pedimos venir. Pues esa fragilidad ahora es más evidente que nunca, y aunque la población mundial en la actualidad bordea ya la cifra de 7,200 millones de habitantes, toda pérdida de vidas, aún la más mínima por esta dolencia del coronavirus, representa un extremo sensible de nuestra experiencia como sociedad en su conjunto.

A ello debemos sumar, con tristeza, que hoy las pérdidas de vidas humanas, dadas las actuales regulaciones en muchos países, constituyen solo cifras, pues la protección de datos en un contexto tan delicado, ha impuesto la práctica regulada de no ser publicados los nombres de los ciudadanos fallecidos por este mal. Entonces, se nos impone la práctica de un dolor espiritual adicional que implica no saber quiénes partieron, y si acaso fue un amigo, un vecino, un compañero.

Por lo demás, si a esto le añadimos la prohibición, en otras tantas latitudes, de no inhumar los cadáveres de las víctimas de esta enfermedad, sino de cremar los mismos, prohibiendo a su vez los sepelios con la cercanía de familiares, pues en perspectiva se trata de una muy difícil experiencia que esperamos no nos toque vivir, pero que está a la vuelta de cada esquina, de cada saludo, de cada vez que debemos salir por deberes a la calle, dado el latente riesgo de contagio.

Nos queda entonces mirar adelante y esperar que las complejas curvas de diseminación de este mal y de fallecimientos de personas en todos los países del orbe, se vayan aplanando, lo cual a su vez ansiamos suceda en el más corto plazo. En tanto, cada vida salvada y arrancada de las garras de esta pandemia, constituye un hábito de esperanza al cual con denuedo nos aferramos.

Se nos impone así no perder la calma y nuestro instinto de conservación, así como nuestra fe en un mañana mejor; esto último nos hará superar estos tiempos difíciles de entender, complejos de sobrellevar, pero aleccionadores de templanza, fe y esperanza.

A pesar de estas difíciles circunstancias, permítasenos expresar nuestro mensaje de corazón: ¡Feliz primer centenario de nuestra Corte Superior de Justicia!

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director



SEGURIDAD, LIBERTAD E IGUALDAD: PILARES DEL ESTADO DE DERECHO

Edwin Figueroa Gutarra¹



Sumario

I. Ideas preliminares. 1. El tránsito del *Estado de derecho*. 2. Los derechos humanos en perspectiva actual. 3. Las instituciones democráticas. 4. Los pilares de un *Estado de derecho*. 4.1. El valor *seguridad* en los ordenamientos jurídicos. 4.2. La *libertad* como derecho humano de primer orden. 4.3. La *igualdad* y su vigencia material. Un balance final.

I. Ideas preliminares

El siglo XXI podrá ser recordado, en ello hay una tendencia al consenso, como la centuria de la consolidación del *Estado de derecho*, de los derechos humanos y del fortalecimiento de las instituciones democráticas. Los indicadores que evidencian esta afirmación son, entre otros, tribunales supranacionales de derechos humanos en América y Europa, sistematización de las decisiones legales de los Estados para políticas públicas de reforzamiento de los derechos humanos, un incesante movimiento desde las columnas de pensamiento de la academia para un mejor escrutinio de estos primeros derechos de las personas, además de otras consideraciones numerosas a tener en cuenta. Sin embargo, es necesario atender, también, a que a pesar de todos los esfuerzos, logros y baremos alcanzados, aún enfrentan las sociedades organizadas numerosos *déficits democráticos* que ponen en tela de juicio, la real consolidación de los logros obtenidos, al punto que nos interrogamos cuál es el nivel real de eficacia alcanzado, y cuál es el contexto al cual debemos apuntar para estimar, al igual que en su momento ocurrió con el primigenio *Estado legal de derecho*, y hoy con el *Estado constitucional*, un verdadero *Estado de derechos humanos*.

Este estudio, que aspira a constituir un rápido diagnóstico del *Estado de derecho* en su dimensión de contexto hoy, el nivel de avance de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, así como un examen de los obstáculos que enfrentan las instituciones democráticas, busca pues afianzar tres pilares, a nuestro juicio importantes, que los Estados deben enfatizar, privilegiar y reforzar en sus políticas públicas, como bases materiales, para la consolidación de un *Estado de derechos humanos*. Para ello tomamos prestada una idea del

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 y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe.

profesor español Elías Díaz, quien destaca como exigencias básicas del *Estado de derecho*, y con miras a una teoría de la justicia, los valores de *seguridad, libertad e igualdad*.

¿Qué logramos con ello? Creemos que, entre muchos otros valores que también válidamente puedan coexistir para un afianzamiento del *Estado de derecho* en una faceta contemporánea de derechos humanos materiales, dichos pilares representan, prevalentemente, el eje, esencia y razón de ser de los ordenamientos jurídicos actuales, adheridos a un molde de respeto por los derechos humanos, y comprometidos permanentemente con un reforzamiento de las instituciones democráticas. Y para la consolidación de éstos, pues los elementos señalados requieren ser parte integral de las políticas públicas, esto es, se trata de criterios guía para las acciones de los Estados en materia de derechos humanos.

Nuestras afirmaciones a este respecto no son nuevas, pero sí buscan enfatizar un norte de pensamientos específicos en la compleja faceta de este rango de derechos. De seguro estos valores, así como otros elementos, también son relevantes para la consolidación de un *Estado de derecho*, pero, en adición a lo expresado, y si tuviéramos que decantarnos por los basamentos centrales del referido *Estado de derecho*, sostendríamos con énfasis que, entre muchas otras facetas, éstas tres áreas que fijamos deberían gozar de un rango de prevalencia. Será entonces cuando podamos ceñirnos a un real fortalecimiento de las instituciones democráticas, las cuales deben partir de un marco conceptual suficientemente coincidente con un carácter de mayor efectividad de los derechos humanos.

De esta manera, la *seguridad*, como valor, es la antípoda del *homo homini lopus* hobbesiano; la *libertad*, a su turno, es el *leit motiv* del ejercicio de los derechos humanos, y es precisamente en los Estados autoritarios donde los derechos humanos sin libertad, se convierten en declaraciones líricas sin contrapeso alguno en la realidad; y por último, la *igualdad* es el valor que responde en contrario a las más amplias asimetrías sociales, además de convertirse en el vector sustantivo de las decisiones jurisprudenciales en materia de derechos humanos.

En las perspectivas que anotamos, y a contrario de lo que afirmamos, un balance de un Estado sin derechos humanos habría de ser un cuadro inerte y cruel, esto es, sin realización material, los derechos humanos corren el riesgo de significar solo una canción de figuras y un avance apenas semántico del *Estado de derecho*.

1. El tránsito del *Estado de derecho*

La consecución del *Estado de derecho* en la forma que hoy conocemos, diríamos con cierto rango de consolidación, hubo de significar en el camino *déficits democráticos* que aún hoy es necesario diagnosticar, aspecto que pone en evidencia que ese esfuerzo de afianzamiento de los derechos humanos no ha sido un camino sencillo. La humanidad en sus inicios marcó formas de acción que realmente justificaban la afirmación de Hobbes respecto al *homo homini lopus* enunciado, es decir, si el hombre era lobo del hombre, pues entonces un *estado de guerra* de todos contra todos, en estado de naturaleza, expresaba ausencias de formas de organización social.



Más aún, no podía concebirse en estas formas rudimentarias bélicas atisbos del *Estado de derecho*, pues un clan se creía con derecho suficiente de invadir el clan vecino, y disponer incluso de las vidas de sus integrantes, de sus recursos y sus espacios. Se trataba del predominio de la ley del más fuerte y de ese modo, frente a la razón de la fuerza, poco o nada podía hacer la fuerza de la razón. Los derechos de las personas, apenas de naturaleza lineal, tenían una concepción muy limitada, prácticamente inexistente, y la vida de los seres humanos apenas significaba un factor menor de contingencia cuando el clan vencedor ocupaba territorios derrotados.

La humanidad evoluciona luego a modos de pensamiento teocrático que apuntaron a una solución iusnaturalista de las relaciones sociales: en las monarquías, el Rey ocupaba su puesto, se creía, por decisión divina y ¿acaso habría alguien de discutir con Dios aquella voluntad de poner en el poder a un Rey? Esta premisa inclinaba a los siervos a no objetar, en términos normales, el poder del soberano. Nótese que en estos Estados teocráticos, con rasgos iusnaturalistas, ya existía un nivel de organización, y sin embargo, acusaríamos que esos elementos de orden básico poco o nada hacían por los derechos humanos.

A Hobbes se le acusaba, de otro lado, de idear un Estado con formas primigenias de organización a efectos de justificar las monarquías, y en rigor su tesis apuntaba al sostenimiento de una especie de contrato social, respecto al cual todos los ciudadanos nos ponemos de acuerdo para evitar la guerra de todos contra todos.

Sin embargo, la aludida forma de organización hobbesiana, mejor descrita en su famoso *Leviatan*,² apenas expresaba un *Estado de derecho* con expresiones agónicas de *seguridad*, pues la vida de los súbditos aparecía amenazada al depender solo de la voluntad del monarca; las proclamas de *libertad* eran apenas referenciales, pues la *libertad* de pensamiento, una de las tantas formas de *libertad* hoy reconocidas, solo tenía la medida que instituciones, como la Santa Inquisición entre otras, disponían; y finalmente, los caracteres de *igualdad* eran mínimos, en cuanto, por excelencia, las graves desigualdades sociales concluían por expresar manifiesta desproporción en los derechos, y así sucesivamente.

En un sentido entonces post hobbesiano, el *Estado de derecho* se arraiga a partir de las proclamaciones de la Revolución francesa de 1789, y sin embargo, aquí hemos de expresar algunas observaciones de interés. Creemos que no podemos negar el valor extraordinario de aquella marcha para la toma de La Bastilla aquel lejano 14 de julio de 1789, y aún a pesar de ello, nos cuestionamos si aquel famoso levantamiento ciudadano de los pobres de París, no implicó, en términos efectivos, cambiar a un tirano por otro: se depuso efectivamente al Rey, y su cabeza rodó bajo la famosa guillotina, acabando así con las formas de un Estado teocrático iusnaturalista, pero no obstante lo afirmado, nos preguntamos si esta Revolución no significó poner a la ley como nueva expresión tiránica, una vez caído el otro tirano de carne y hueso.

² Un estudio de la filosofía política de Thomas Hobbes, en relación a la dicotomía entre anarquía y paz puede apreciarse en <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273949068008.pdf>. Ávila Martínez, Alexander ET AL. La teoría política de Thomas Hobbes y su influencia en la construcción del principio de legalidad en el Estado moderno. p. 154. Revista VIA IURIS. Colombia. (enero 2016).

Aquí deseamos construir una idea: consideramos que podemos asegurar efectivamente un autoritarismo de la ley en su acepción de entonces, pues en rigor ese culto a la forma de la ley, con posterioridad a la Revolución francesa, a su vez significó un siglo de pensamiento - el siglo XIX - en el cual dicha concepción, a su turno, implicó una concepción rígida de la ley, y por lo tanto, un serio obstáculo para la evolución de los derechos humanos.

En efecto, los derechos humanos resultan, hoy, de plano incompatibles con una visión rígida de la ley, con esa exagerada forma de veneración a la ley de la Francia de entonces, e incluso Robespierre proclamaba que la jurisprudencia de los jueces representaba una deformación de la ley y que, por lo tanto, debía extirparse.³ Solo así podía entenderse una visión todista del Código de Napoleón de 1804, lo que en su momento llevó a asumir que cualquier derecho de la persona, solo podía ser enfocado desde el Derecho Civil, y no podía en modo alguno asimilarse a una comprensión autónoma de un derecho subjetivo que podía abarcar facetas de *moralidad* y dignidad humanas.

Entonces, nuestra tesis de la existencia de un nuevo tirano- la ley en su versión más dura y extrema- cobra fuerza, en tanto solo podía entenderse el Derecho, desde la Revolución a que aludimos, siendo la ley el punto de partida y llegada de todo el pensamiento jurídico de entonces.

No obstante las anotaciones que formulamos, y volviendo a nuestra noción del *Estado de derecho*, no podemos negar el valor intrínseco de los aportes de la Revolución francesa para la existencia de una nueva forma de Estado. No fue ese movimiento la panacea para las graves desigualdades sociales de entonces, mas sí implicó, sustantivamente, el fin de un modelo de Estado para escalar la humanidad, con creces, a un *Estado legal de Derecho*, esto es, podemos afirmar que aún con todas las carencias referidas respecto a un modelo ideal de Estado, no podíamos negar que la Revolución gala implicó una mejor forma de comprensión de los derechos subjetivos, que a partir de la Revolución misma, comienza a adquirir una connotación más pública. Ello dio pues lugar al concepto de *derechos subjetivos públicos*,⁴ una noción que no puede pasar desapercibida para nosotros, pues constituyen la base de los luego denominados derechos fundamentales, y luego de los derechos humanos.

Con todo, podemos vincular el Estado post Revolución francesa a una forma de organización más comprensible del *Estado de derecho*, para marcar, desde entonces, una evolución constante del pensamiento jurídico, lo cual a su vez nos permite afirmar, con suficiencia, que mientras el siglo XIX fue el siglo de la prevalencia de la ley en su acepción más formal, y el siglo XX lo fue de los derechos fundamentales desde la visión del *Estado constitucional*, pues el siglo XXI lo es de los derechos humanos desde una concepción omnicomprendiva de la esencia última de los derechos de las personas.

³ La cita completa es la siguiente: "El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley". De Otto, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. p. 293. Barcelona, Ariel (1987).

⁴ Una descripción de este concepto puede verificarse en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1094/4.pdf>. Nogueira Alcalá Humberto. Consideraciones de los derechos como "derechos subjetivos públicos", "libertades públicas", "derechos humanos", "derechos constitucionales" o "derechos fundamentales". p. 55. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. (2003)



Sin embargo, para que esto tenga lugar con una correspondencia efectiva con la realidad, aún deben trabajarse intensivamente, lo creemos así, políticas públicas que permitan una realización de un *Estado de derechos humanos*, forma última del Estado de derecho en su acepción más acabada.

2. Los derechos humanos en perspectiva actual

El nivel conceptual de los derechos humanos hoy, su dimensión actual de aceptación, y su reconocimiento a nivel positivo y jurisdiccional, ha denotado un largo tramo de reticencias, contradicciones y oposición. En rigor, su vigencia material ha debido vencer muchos obstáculos y no pocos esfuerzos han procurado su desandamiaje.

Hoy resulta pacífico aceptar que la Declaración Universal de Derechos Humanos DUDDHH nos conduce a un deber moral de los Estados para empeñar esfuerzos por un reconocimiento global de los derechos humanos. De la misma forma, la existencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de la Corte Africana de Derechos Humanos, nos lleva a reconocer que nunca antes había existido un posicionamiento jurisdiccional de estos derechos en el nivel que hoy se encuentran.

A su vez, los caminos para la consecución de estos logros fueron ciertamente complejos. La DUDDHH tiene lugar solo después de dos grandes Guerras Mundiales devastadoras cuyo balance en pérdidas de vidas supera todo cálculo de razonabilidad, quizá no menos de unas sesenta millones de vidas entre ambos conflictos, según los cálculos más conservadores. A ello debemos sumar el tributo en vidas humanas de tantas otras conflagraciones de ámbitos regionales, elementos que solo pueden considerarse como la parte más difícil en ese propósito persistente por hacer de los derechos humanos parte real, valiosa y sentida de nuestra existencia. Nos referimos así a que ese sacrificio de vidas de alguna forma contribuyó a tomar mayor conciencia de la importancia del necesario afianzamiento de estos derechos.

En ese mismo eje de ideas, llegar al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH ha implicado una tesis de renuncia a que el Derecho Interno de un país no sea obstáculo para que éste se exima de obligaciones provenientes de tratados internacionales, conforme reza la Convención de Viena sobre los Tratados.⁵ Hoy esta tesis respecto a que un tribunal decida, incluso en vía de corrección, por sobre lo decidido por los jueces nacionales en temas de derechos humanos, es una premisa que merece consenso. Y sin embargo, la concepción general existente hace poco más de un siglo, apuntaba precisamente en sentido contrario, pues en la Francia post Revolución, los profesores de Derecho reconocían que "solo enseñaban el Código de Napoleón", asignándole así una visión cerrada al Derecho de entonces. Si aquello era así, entendiéndose por esta afirmación la noción de un Derecho *clausus*, con mayor razón no podía aspirar el Derecho acaso a trascender las fronteras de un Estado.

Igualmente, la visión de los derechos fundamentales era enfáticamente restringida, pues los mismos se entendían solo en consonancia con los derechos públicos previstos por el Derecho

⁵ La norma precisa: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)". Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Artículo 27. Mayo 23, 1969.

Interno de un país. Entonces, devenía realmente inconcebible imaginar que el Derecho Interno de un Estado pudiera acaso ser sometido a revisión por parte de un tribunal conformado por jueces no nacionales, y así sucesivamente.

Pues bien, lo que los derechos humanos lograron, con su difusión y reconocimiento, fue una universalización de los derechos de contenido moral de las personas. Ese reconocimiento, por cierto contrario a una visión legalista de los derechos, transformó nuestra forma de pensar el Derecho para siempre, en tanto y en cuanto fue necesario admitir, como instancia última, que un tribunal supranacional decidiera, con prevalencia, por sobre una Corte nacional.

En Europa la dimensión del problema de reconocimiento de los derechos humanos fue muy similar. Si bien hoy cuarenta y siete países, entre europeos y euroasiáticos, están adscritos al Consejo de Europa,⁶ y por lo tanto, reconocen la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el camino para la consolidación de este acogimiento a un sistema europeo supranacional de derechos humanos, no ha estado exento de dificultades, dada la reticencia a renunciar a los alcances del Derecho Interno de cada país.

Con todo lo anotado, incluso estando hoy vigente el sistema supranacional aludido, en el margen de los efectos de las decisiones del alto Tribunal del viejo continente, encontramos aún figuras de excepción a las reglas de vinculación fuerte de los fallos de los tribunales supranacionales, como sucede con la figura del *margen de apreciación*⁷ de los Estados, mecanismo que permite fijar determinadas salvaguardas en los efectos de las decisiones del Tribunal europeo en cuanto se refiere a los Estados parte.

Esta concepción difiere, valga anotar, del alcance del *control de convencionalidad*,⁸ criterio interpretativo vigente en el sistema interamericano, en tanto las decisiones de la Corte IDH sí tienen un fuerte efecto de vinculación de sus fallos respecto de los países responsables de la violación de los derechos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos. Entonces, tenemos un fuerte efecto de vinculación de los fallos de la Corte IDH en el sistema interamericano, mientras que el sistema europeo, igualmente vinculante en el sentido de tutela de los derechos humanos, admite mecanismos de excepción, entenderíamos *prima facie*, partiendo de la figura de diversidad de culturas en el continente europeo.

Y aunque esta última anotación no es una justificación integral del *margen de apreciación*, sí es de anotarse que los cuarenta y siete países que integran el Consejo de Europeo representan,

⁶ Una importante referencia sobre el devenir histórico del Consejo de Europa puede constatarse en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElConsejoDeEuropa-4639615.pdf>. Montes Fernández Francisco. El Consejo de Europa. p. 59. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVII (2014)

⁷ Un amplio examen de esta figura particular europea y sus fundamentos doctrinarios puede apreciarse en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaMuyDiscrecionalDoctrinaDelMargenDeApreciacionNac-2520040.pdf> García Roca, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. p. 117. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20 (2007) .

⁸ <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf> Vid. Nash Rojas Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. p. 489 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX, Bogotá. (2013).



efectivamente, una diversidad de culturas, costumbres e idiomas, criterio que muy de entrada y en términos amplios, no podría significar uniformidad total de criterios. A su turno, advertimos que los veinticuatro países que conforman el sistema interamericano, mayoritariamente latinos, encuentran un punto de coincidencia importante en el idioma español, elemento que permite una generalización más amplia de los efectos de las decisiones de la Corte IDH.

Por último, la novísima Corte Africana de Derechos Humanos⁹ nos permite afirmar la importancia de un esfuerzo de generalización de criterios en un continente donde igualmente las diferencias entre el norte, centro y sur de África, nos remiten a diversas culturas y a pueblos de composición étnica variada.

En conclusión de esta idea de vigencia geográfica de los derechos humanos, lo reseñado nos conduce, también, a indagarnos por el carácter de universalidad de los derechos humanos en el sentido siguiente: ¿deben ellos ser de alcance universal como sucede en el sistema interamericano de derechos humanos, donde podemos hablar de la proyección de un *Estado convencional*,¹⁰ como fase incluso superior a la faceta de un *Estado constitucional*, y asumir que éste incluso está por encima del *Estado legal de derecho*? ¿O acaso los derechos humanos, en su vigencia, dimensión y aplicación deben admitir excepciones como sucede con el *margen de apreciación* en el sistema europeo?

La cuestión anotada es muy compleja de responder, mas creemos que en la construcción conceptual de los derechos humanos, los derroteros alcanzados por los mismos, mejor descritos en las decisiones finales de los más altos Tribunales supranacionales de derechos humanos, deben significar avances de vinculación que no contemplen restricciones. En efecto, sin duda la característica más importante de la consolidación actual de los derechos humanos reside en su concepto de *moralidad*, condición que coexiste junto al espacio de *legalidad* de los derechos en sentido general.

Nos explicamos. Los derechos contemplados en las leyes de los Estados perfilan un margen de *legalidad*. De esta forma, su contenido viene predeterminado por la ley. Mas es necesario observar que, críticamente, las insuficiencias de las leyes, las más de las veces, no logran dar respuestas a controversias complejas en derechos humanos como el derecho a la vida, a la *libertad*, a la intimidad, entre otras figuras, y de allí la necesidad de recurrir a conceptos morales para abordar una respuesta satisfactoria desde las facetas de la dignidad de la persona humana, de la ponderación y la proporcionalidad entre los derechos fundamentales y los derechos humanos.

Mucho ha coadyuvado a esta interpretación precisamente el carácter de *moralidad* de los derechos humanos, y esa acotada perspectiva de *moralidad* debe ser asumida como el núcleo duro del derecho en cuestión, un contenido esencial que incluso debe ser inatacable para el legislador. Por consiguiente, ni en la ley ni en los hechos ese espacio central del derecho puede ser objeto de vulneraciones, pues de lo contrario, se presenta, con matices de exigibilidad, el carácter de tutela de los derechos humanos, básicamente empoderados por las interpretaciones

⁹ Con sede en Arusha, Tanzania, desde 1996. Once jueces integran esta Corte desde 2006.

¹⁰ Consideremos aquí la mención a un *Estado convencional* por natural referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos.

favorables a la dignidad de la persona humana, un ámbito interpretativo que, por excelencia, se vincula a criterios de *moralidad* antes que de *legalidad*.

Ahora bien, una cuestión final sobre esta materia: ¿son acaso la *legalidad* y la dignidad conceptos incompatibles? A nuestro juicio, por supuesto que no, y sin embargo, acotamos que el legislador no puede preverlo toda, dada la insuficiencia del lenguaje de la ley. Entonces, habrán de preverse espacios de la interpretación que ciertamente no podrán ser llenados con los exiguos contenidos de la ley, y no por deficiencia de ésta, sino por insuficiencia de la misma.

En ese sentido, la presunción a favor del legislador, nos conduce a que las leyes, en esencia, pretendan ser buenas pero terminen resultando incompletas, y por lo tanto, sus lagunas, vacíos y demás ambigüedades deben solucionarse con técnicas interpretativas como la razonabilidad y la proporcionalidad.

3. Las instituciones democráticas

Efectuadas algunas anotaciones de interés sobre la evolución del *Estado de derecho* y la perspectiva de los derechos humanos, es tiempo de poner de relieve el rol de las instituciones democráticas. Entidades de interés como los Poderes del Estado- Legislativo, Ejecutivo, Judicial- u órganos constitucionales autónomos, o Tribunales o Consejos o Cortes Constitucionales, o incluso las formas de organización ciudadana que funcionan bajo el ámbito de un régimen democrático respetuoso de las libertades que enarbolan los derechos humanos, no habrían podido alcanzar el rol de importancia que hoy en día denotan, sin la existencia de una concepción evolutiva del *Estado de derecho*, cuyo rasgo central hoy es la democracia.

De esta forma, aun con las carencias propias de la democracia, régimen al que incluso los griegos no le prestaban el mayor de sus afectos,¹¹ el incompleto *Estado de derecho* cuyo modelo hoy pretende preponderar, deviene en un escenario en el cual se busca impulsar que las instituciones democráticas funcionen, bajo reglas de una tendencia a la institucionalidad, es decir, dentro de un marco legal que admite principios como la separación y equilibrio de poderes, mecanismos de *checks and balances*, autonomía e independencia de los jueces, y observancia de la ley, la Constitución y las Cartas de Derechos Humanos, entre otras líneas que identifican a un *Estado de derecho* que busca empoderarse como tal.

Las instituciones democráticas requieren, lo podemos apreciar con exigencia, de reglas y principios de institucionalidad para poder funcionar adecuadamente. Esta institucionalidad permite soportar los vaivenes de las democracias, y bajo esa pauta, las tensiones en democracia podrán tener lugar, mas es la propia institucionalidad la que permite la supervivencia del régimen democrático. Sin embargo, aquí cabe distinguir entre escenarios propios de tensión de la democracia, los cuales se despejan bajo las propias pautas de institucionalidad, y los *déficits democráticos* o cuestiones de desdemocratización.

11

<https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/2311/1/01.%20ALFREDO%20CRUZ%20PRADOS%2C%20La%20Pol%2C3%ADtica%20de%20Arist%C3%B3teles%20y%20la%20Democracia%20%28II%29.pdf> Cruz Prados, Alfredo. Política de Aristóteles y democracia. p. 9. Universidad de Navarra. (1988)



Los *déficits democráticos*, alocución que parte en su construcción descriptiva del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD,¹² conceptualmente deben ser entendidos como grandes desafíos para la democracia, y una lista tan solo enunciativa, no final, que el mismo PNUD anota, es la siguiente: la violencia, el sectarismo, el extremismo y la intolerancia. Igualmente, la pobreza, el abuso del poder, la corrupción endémica, tanto económica como política, la impunidad y la restricción de las libertades.¹³

Un distingo entre las tensiones que anotamos *supra* y estos *déficits democráticos*, puede también entenderse desde una perspectiva de grado. Las tensiones en democracia son de grado menor y ocurren para el mejor desarrollo de las democracias. Los *déficits democráticos* en buena cuenta son amenazas de orden principal y pueden ser entendidos, también, como fenómenos de grado superlativo, y, por lo tanto, ponen en jaque a la democracia misma.

Frente a estos *déficits democráticos* hay necesidad, por consiguiente, de perfilar políticas públicas de mayor alcance, y es aquí que los derechos humanos ocupan un lugar de vital importancia, pues los ejes de las políticas públicas de los Estados para enfrentar esos graves riesgos contra la democracia, exigen una visión de los derechos humanos en clave de progresividad.

Y vaya que esas amenazas de orden mayor pueden resultar harto complejas, dado que es necesario combatir fenómenos graves como, por ejemplo, el extremismo terrorista, mas ello debe tener lugar dentro de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que impone el derecho humano a la dignidad. En efecto, de un lado puede entenderse la exigencia de rigurosidad que, verbigracia, imponen las leyes severas y coyunturalmente, una perspectiva draconiana de aplicación del Derecho Penal del Enemigo, pero de otro lado, no se puede soslayar la importancia del Derecho Penal del Ciudadano,¹⁴ figura que puede asumirse como la aceptación de la rigurosidad de la ley, pero dentro del margen propio de los derechos fundamentales de los procesados.

Por consiguiente, hay una exigencia de conciliación de ambas posiciones, y ello solo puede tener lugar bajo una perspectiva abierta de la ponderación entre los derechos, situación que solo puede lograrse desde un enfoque de progresividad de los derechos humanos, procurando evitar ese complejo escenario que Tilly llama *desdemocratización*.¹⁵

4. Los pilares de un Estado de derecho

¹² Estudio sobre los problemas comunes a que se enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el estado de derecho desde una perspectiva de derechos humanos. p. 16. Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas. Asamblea General. 22º período de sesiones. A/HRC/22/29. 17 de diciembre de 2012

¹³ Op cit. p. 18

¹⁴ Jakobs, Gunther & Canció Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo. p. 19. Thomson Civitas. Cuadernos Civitas. Madrid. (2003)

¹⁵ http://www.untag-smd.ac.id/files/Perpustakaan_Digital_1/DEMOCRACY%20Democracy.pdf. Tilly, Charles. Democracy. p. 51. Cambridge University Press. (2007). El autor pone a la India como un caso de desdemocratización, en referencia a su compleja situación respecto a los derechos políticos en ese país.

Los pilares de acción contra las amenazas a las democracias asumen diversas formas, y es necesario determinar una plataforma de acción cuyos valores centrales puedan ser descritos, en específico y de preferencia, optando por algunos valores concretos. Hemos considerado, a este respecto, de entre otros muchos elementos a destacar, y siguiendo al profesor español Elías Díaz, como anotamos antes, tres valores: *seguridad, libertad e igualdad*, y nos corresponde ahora sustentar las causas de esta elección.

Nuestra justificación de razonabilidad en cuanto se ciñe a estos valores, reside en que se trata de elementos integrales, con un mayor sentido y de relevancia de enfoque, dentro de las políticas públicas de los Estados. Asignarles mayor valor a estos elementos en las políticas públicas permiten un mejor eje de desenvolvimiento de un *Estado de derecho*, empoderan los derechos humanos en su dimensión material, y confieren a las instituciones democráticas mejores nortes de desarrollo.

4.1. El valor *seguridad* en los ordenamientos jurídicos

El carácter prescriptivo de las leyes transmite un sentido de obligatoriedad a partir del cual se hacen sólidas las relaciones jurídicas. El *Estado de derecho* asume una tendencia similar: las democracias implican un conjunto de garantías a través de las cuales se hace predecible el camino general que ha de seguir un gobierno en democracia. De esa forma, presumimos, salvo prueba en contrario, que los gobernantes han de ser respetuosos de las normas y la Constitución.

Igualmente, asumimos la presunción de que entre las instituciones democráticas se han de configurar relaciones de pesos y contrapesos, así como que se han de impulsar conductas de equilibrio. A su vez, asumimos que los actores de las democracias, ciudadanos en general, han de observar la prevalencia de los derechos humanos en las relaciones *inter privatos* así como en su interrelación con el ámbito estatal.

¿Por qué asumimos esa presunción material? Por el valor *seguridad* presente en toda democracia, pues sabemos que en caso de infracción de estas garantías, pues existen consecuencias jurídicas contra quienes resulten infractores de estas reglas en democracia. He ahí la importancia del valor *seguridad* en el contexto afirmado, en tanto todo valor en democracia implica un espacio de garantías que se deben observar y ello permite inferir una *pax* ciudadana de confianza de inicio en las democracias mismas.

Sin embargo, tanto como ocurre una consecuencia jurídica por infracción a la ley, de la misma forma tiene lugar una consecuencia específica en caso sean afectados los valores base de la democracia, y de esa forma, por ejemplo, una grave infracción a la Constitución por parte del Poder Ejecutivo, puede dar lugar a la consecuencia jurídica de remoción de aquel por parte del Poder Legislativo, o acaso viceversa.

De ahí, la importancia de que un principio esencial en democracia, como sucede con el principio de equilibrio de poderes, no solo apunte a que se propenda a la estabilidad de las democracias, sino a que se dé cuenta., también, de las consecuencias que acarrea la afectación de uno o varios valores democráticos. En ello, los derechos humanos juegan un rol esencial, pues su



configuración actual, tanto legal y aún más jurisprudencial, apunta a que los estándares de acción de las instituciones democráticas, reconozcan las dimensiones de avances de los derechos humanos.

Los ejemplos de nuestras afirmaciones revisten especial interés: solemos evitar, en condiciones normales, inobservar la regla de la luz roja en una situación de tránsito, pues la infracción a esta regla nos remite a una sanción de multa. Y sin embargo, los derechos humanos enriquecen esta idea, pues también somos respetuosos de la luz roja, en la medida que su acatamiento permite destacar el principio de protección de la vida del peatón. En consecuencia, en una situación ciertamente regular, el peatón cruzará la calle con la tranquilidad de que su vida ha de ser respetada por los conductores, pero de la misma forma, hay implícita una noción de *seguridad*, en tanto la ley suele ser rigurosa con el conductor negligente. Esto último insta, también, al conductor a respetar la integridad corporal del peatón.

4.2. La *libertad* como derecho humano de primer orden

No en vano los revolucionarios franceses enarbolaron la *libertad* como el primero de los valores de su movimiento, junto a la *igualdad* y la fraternidad. Si optamos por una visión en perspectiva de este carácter base del *Estado de derecho*, podríamos quizá preguntarnos: ¿podemos ser una sociedad en equilibrio sin *libertad* individual? ¿O podríamos acaso preciarnos de la existencia de una comunidad civil contemporánea sin *libertad* de expresión o de pensamiento? O en su caso, ¿podríamos acaso estimar un ejercicio irrestricto de credos sin la *libertad* de conciencia o religión? Definitivamente, no.

La esencia del valor *libertad* es incompatible con los modelos de Estados autoritarios, en la medida que en éstos el primer valor en ser coactado en rigor es la *libertad* de sus ciudadanos: no hay *libertad* de ideas, no hay *libertad* de expresión, y se restringe o anula la *libertad* de asociación. En este modelo de Estado vertical por su forma de ejercicio, se impone el apotegma *auctoritas non veritas facit legem*,¹⁶ es decir, es la autoridad por el solo hecho de ser autoridad y sin otro mérito democrático, el ente que hace la ley, la acomoda a sus intereses, y coacciona a los ciudadanos para que obedezcan sus leyes, las cuales pueden ostentar visos de legalidad mas no así de legitimidad.

Aquí la distinción es importante: la legalidad se circunscribe solo al modo de producción formal de la norma y a su publicación oficial; a su turno, la legitimidad implica que la norma cumpla un necesario requisito de compatibilidad con la Constitución. Esta compatibilidad que anotamos se ciñe a caracteres de razonabilidad y proporcionalidad, en razón de que la sola *legalidad* de la norma es una fase primera de cumplimiento de exigencias democráticas, y a su turno, la legitimidad nos indica el cumplimiento de un examen material de concordancia con los derechos fundamentales y por ende, con los derechos humanos.

¹⁶ Entenderíamos aquí que la autoridad y no la verdad hacen la ley, previsión totalmente opuesta al "veritas non auctoritas facit legem", esto es, es más bien la verdad la que debe hacer la ley.

El valor *libertad*, de otro lado, es una faceta clave del *Estado de derecho*, en cuanto nos permite identificar con mejor afianzamiento, como señala Elías Díaz,¹⁷ tres tipos de Estado, en los cuales el vector *libertad* es trascendente. En un primer orden, ubica el *Estado liberal de derecho* en el cual existe una baja participación democrática y en el que los derechos y libertades se encuentran desprotegidos. Anota como caracteres de este modelo un Estado abstencionista (*laissez faire, laissez passer*) en donde existe una sociedad individualista, rígidamente clasista, además de prevalecer una imposición casi absoluta del contrato de trabajo individual y de la *libertad* de contratación. Colateralmente, añade el autor español, se sacraliza la propiedad privada individual aunque se pregona la protección jurídica de libertades y derechos fundamentales, civiles y políticos.

Una segunda faceta, según Díaz, es la del *Estado social de derecho*, estamento que surge desde los primeros años de la Primera Guerra Mundial de 1914. En esta faceta, el Estado se hace decididamente intervencionista y se proclama una sociedad de masas. En tono crítico, sin embargo, alude que se trata de un Estado fuerte con los débiles y débil con los fuertes.¹⁸ Acota que existe en este modelo un esfuerzo por hacer más reales las libertades y aquellos derechos civiles y políticos proclamados por la democracia liberal.

Por último, existe un último estamento que denomina *Estado democrático de derecho*,¹⁹ modelo en el que funciona el principio de subsidiariedad y en el cual se construye una sociedad civil más vertebrada, más sólida y fuerte. A su vez, los derechos fundamentales aparecen como exigencias éticas, y se configuran nuevos derechos en los cuales tienen lugar y espacio las minorías étnicas, sexuales y lingüísticas.

A juicio nuestro, es este último modelo de Estado el perfil que más se acerca al *Estado constitucional* hoy prevalente en las democracias contemporáneas, habida la situación de que el enfoque de los derechos de las personas parte por el contraste de los principios, valores y directrices que albergan las Cartas Fundamentales.

El *Estado constitucional*, igualmente, constituye un pilar relevante del valor *libertad*, en la medida que la enunciación de los derechos positivizados en la Norma de Normas, así como la progresiva configuración de los derechos fundamentales implícitos, es decir, en referencia a aquellos que van logrando poco a poco un perfil de verdadero derecho fundamental, se van trazando en este modelo de Estado. Podemos entonces afirmar que sin libertad no hay *Estado constitucional*.

Pero aquí no cesa el ejercicio de configuración. Consideramos que el valor *libertad*, como basamento de evolución material de los Estados, nos permite proponer, en este siglo XXI, la existencia de un *Estado convencional de derecho*, al que también nos hemos permitido

¹⁷ [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-EstadoDeDerechoYDemocracia-831255%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-EstadoDeDerechoYDemocracia-831255%20(3).pdf). Díaz, Elías. Estado de Derecho y democracia. p. 209. (2001)

¹⁸ Díaz, Elías. Op cit. p. 211.

¹⁹ Díaz, Elías. Op cit. p. 214.



denominar *Estado de derechos humanos*, en alusión directa a los estándares de derechos que parten conceptualmente de la Convención Americana de Derechos Humanos.

No es propio excluir aquí a Europa y África, la primera ostentosa de un amplio ámbito de vigencia de los derechos contemplados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni los novísimos esfuerzos respecto de la segunda, a partir de la Carta Africana de Derechos Humanos, mas es propio reseñar que el criterio de convencionalidad es un concepto material que ya ha sido desarrollado por la Corte IDH, en alusión a un alegado *control de convencionalidad*, noción que nos permite optar por el examen que deben realizar los jueces, en su control de jurisdiccionalidad, respecto de las normas y conductas de los Estados, y verificar si esos items de control son compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esa acción de control, en la cual el eje del valor *libertad* es elemento relevante respecto de los derechos humanos objeto de examen, nos sirve de base para asumir que los Estados se ven impelidos a asumir un ejercicio de convencionalidad, lo cual los convierte en un *Estado convencional de derecho*. Y esto no es únicamente potestativo respecto del ámbito interamericano, pues si ese examen de control de los derechos humanos tiene lugar en Europa, pues en rigor hay un control implícito de vigencia, aplicación y extensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o de corresponder, si esa evaluación de la acción del Estado tiene lugar en África, igualmente nos referimos a un control de observancia material de la Carta Africana de Derechos Humanos.

De esta manera, por *Estado convencional* deberíamos aludir, indistintamente, a las Cartas de Derechos Humanos en América, Europa o África. Nos restaría en este examen un ejercicio de cálculo respecto a Asia, pues de constituirse una Corte de Derechos Humanos en ese continente, consideramos se completaría una visión aún más integral de los derechos humanos, habida cuenta de que Oceanía, como quinto continente, aún quedaría en deuda con la fuerza obligacional de los derechos humanos para el grupo de países que conforma dicho continente.

En referencia a lo reseñado respecto a los modelos de Estado aludidos, no debemos perder de vista que el valor *libertad* constituye un criterio transversal respecto a todos los estamentos acotados. En mayor o menor medida, en todas las categorías aludidas, no puede desvincularse el examen de un derecho humano de esa potestad de ejercicio que denominamos *libertad*, pues de ocurrir una seria, manifiesta y ostensible restricción al contenido esencial del derecho a la *libertad*, en cualesquiera de sus formas, se vaciaría de contenido este derecho, convirtiéndose en una quimera el ejercicio de cualquier otro derecho.

En ese orden de ideas, el valor *seguridad* necesita del valor *libertad* para la consolidación de un *Estado convencional*, así como la *libertad* sería irrealizable sin el valor *seguridad*. Más aún, *seguridad* sin *libertad* constituiría una anomia de Estado de derecho, así como *libertad* sin *seguridad* volvería apenas semántico el ejercicio de los derechos humanos.

4.3. La igualdad y su vigencia material

Una digresión importante previa: acotar una noción de vigencia material nos remite a una vigencia real, a aquella que existe, por oposición a la vigencia formal, que bien podría ser solo semántica, nominal, esto es, aquella que existe solo figurativamente.

Destacar el valor *igualdad* nos conduce, tarde o temprano, el grave escenario de las asimetrías de las sociedades contemporáneas, en referencia directa a las graves desigualdades que aquejan hoy al modelo de *Estado de derecho*. Y si bien es cierto que sin excepción todas las Cartas de Derechos hoy refieren, también en primer orden, la relevancia del valor *igualdad*, no es menos cierto que en este ámbito el trabajo para que exista *igualdad* demanda un esfuerzo de enorme envergadura.

Podemos hablar de una desigualdad social persistente, que a su vez nos remite a la idea de un problema socioeconómico, como resultado de una inidónea distribución de la renta en el área social. Su diferencia con la desigualdad económica es solo de grado, pues la desigualdad social representa, en conjunto, un punto de partida que finalmente conduce a la desigualdad económica, y sin embargo, sus raíces se identifican en el grave problema de todas las sociedades para mejorar el acceso a condiciones de renta idóneas.

Aquí, la diferencia concluye por ser ostensible, pues las condiciones de acceso al mercado laboral, por ejemplo, resultan ser de diferente nivel, en tanto se trate de un joven que egresa de la formación secundaria o escolar, si lo hace en Oslo, o en su caso, si ello tiene lugar en Buenos Aires. Ya aquí entramos a la condición macroeconómica de los países, mas no podemos soslayar que el nivel de diferencia o status entre los países, son en propiedad un inicial escenario de réplica de las diferencias sociales que acotamos. Bajo esta pauta, un joven de una favela de Sao Paulo, o un adolescente migrante de Siria, encuentran muchas más dificultades de rigor para acceder a un puesto laboral en condiciones de *igualdad*.

Nos preguntamos entonces: ¿qué pueden hacer los derechos humanos por reducir estas brechas preocupantes de desigualdad social? Y una respuesta tentativa vuelve a centrarse en el impulso de políticas públicas, esta vez a nivel de países para que se propicien condiciones de mejor acceso a la educación, o de impulso de programas sociales para grupos urgentemente necesitados de apoyo social del Estado; y si nos referimos a países, aludiríamos a mejores condiciones de intercambio económico en favor de países de menores ingresos, o al impulso de programas educacionales favorables para jóvenes de talento que procedan de países pobres, quienes al final de sus estudios puedan volcar su experiencia técnica en la mejora de estándares de vida en sus países de origen.

En ese mismo ejercicio de ideas, la desigualdad económica nos revela asimetrías de ingresos en las personas, con énfasis en países en vías de desarrollo, poseyendo una franca minoría la gran mayoría de bienes.²⁰ Ahora bien, el grave conflicto para los derechos humanos en este específico rubro, es de qué manera los países construyen políticas públicas en derechos humanos que tiendan a reducir estos graves problemas de desigualdad económica, acortando la brecha a efectos de que las minorías puedan gozar de mejores condiciones de vida. Entonces surgen

²⁰ Vid. http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a03v4n6.pdf Vilhena Vieira, Oscar. La desigualdad y la subversión del Estado de derecho. p. 29. SUR – Revista Internacional de derechos humanos. Nro. 6. Año 4. (2007)



propuestas como el incremento de impuestos para las minorías más pudientes, o que las propias minorías de poder económico renuncien a una parte de sus grandes fortunas, etc.

Frente a estas alternativas, a los Estados les compete desarrollar, a juicio nuestro, una atención focalizada para impulsar las condiciones de vida de las franjas de población en condiciones de extrema pobreza, o el impulso de programas sociales que promuevan el acceso a la educación de calidad de minorías con capacidad excepcional de desempeño mas sin recursos económicos, y en esa ruta, tantos otros programas de acción específica pero dirigidos a grupos en condiciones sumamente especiales, habrían de ser utilidad para reducir la desigualdad económica que hoy resulta una diferencia marcadamente discriminatoria en sentido negativo.

Por otro lado, la desigualdad en la ley aún constituye una realidad compleja que exige de los Poderes Judiciales dejar de lado un tratamiento diferenciado que aún persiste: no se trata indistintamente a las partes en conflicto, y prevalecen, unas veces y otras tantas quizá también, inadecuados criterios de preferencia en el tratamiento procesal a las partes en los conflictos jurisdiccionales. A este respecto, remitirnos a la figura de la ley con una venda en los ojos y sosteniendo una espada y una balanza, alegoría vinculada a las deidades helénicas Dice y Temis, precisamente nos conduce a la idea de esa necesaria venda para evitar diferenciaciones de rigor entre las partes.

En ese sentido, tiene justificación en los ordenamientos jurídicos un principio procesal como el de socialización, criterio que nos conduce a que los jueces traten a las partes en controversia en la misma forma, sin distinción específica mas aquella que corresponde efectuar dentro del proceso, dentro de las limitaciones permitidas por la ley y la Constitución.

De esa forma, previsiones jurídicas de interpretación como el *test de igualdad*, constituyen valiosos elementos de solución respecto a si las partes merecen la calificación de iguales o desiguales en la controversia jurisdiccional que las enfrenta, pues es propio partir de una verdad casi tautológica pero con mucho de sentido, en cuanto a que se deba tratar en forma igual a los iguales, y de manera desigual a los desiguales.

Esta afirmación en apariencia sencilla plantea, en el campo de la realidad jurídica que los jueces deben enfrentar, diversas situaciones de aparente igualdad o relativa desigualdad que deben ser solucionadas desde la interpretación de los derechos fundamentales y los derechos humanos, con un *test de igualdad*²¹ que nos remite a un diagnóstico de situación de diferenciación entre las partes, aspecto que puede conducir a contextos de trato diferenciado, también llamado de discriminación positiva, en cuanto se concluye, a partir del *test de igualdad*, que las partes no son iguales y por lo tanto, se justifica un tratamiento diferente. A su vez, habrá discriminación negativa si existiendo igualdad entre las partes, éstas son tratadas de manera diferente sin una justificación necesaria suficiente.

²¹ Alexy, Robert. Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. p. 60. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid (2004).

Un balance final

Volvemos a una de nuestras ideas iniciales: si tuviéramos que señalar tres valores que identifican con propiedad y mejor rango el *Estado de derecho* hoy, ratificaríamos que la *seguridad*, la *libertad* y la *igualdad*, constituyen pilares de fuerza de las instituciones democráticas para enfrentar los graves déficits democráticos que enfrentan las sociedades contemporáneas.

Existen, por cierto, muchos otros valores que las sociedades habrían de considerar, fundamentalmente otros principios materiales que sostienen el *Estado de derecho*- equilibrio de poderes, interdicción de la arbitrariedad, solidaridad, etc.- pero ratificamos nuestra posición de que los valores aludidos cumplen un mejor rol de adecuación respecto de las exigencias cuya construcción demanda el *Estado de derecho*.

Un balance de lo afirmado *supra* nos conduce a concluir que las políticas públicas idóneas son herramientas indispensables para construir un *Estado de derecho* en el cual los derechos humanos resulten pilares de relevancia para el fortalecimiento de las instituciones democráticas. De esta forma, hemos apreciado que sin *seguridad* como elemento de valor en un *Estado de derecho*, las instituciones democráticas se sumirían en el caos. La *seguridad* nos transmite, entonces, un valor de afianzamiento del *Estado de derecho*, y nos conduce a concluir que las garantías que tutelan el *Estado de derecho*, en caso de ser infringidas, respecto a este valor *seguridad*, implicarían consecuencias jurídicas gravosas para quienes agredan seriamente los derechos humanos. De allí, que la *seguridad* como valor nos transmita confianza en el ordenamiento jurídico y nos persuada de que las infracciones a la ley y la Constitución, acarrearán consecuencias jurídicas igualmente gravosas.

A su turno, la *libertad* es una de las anclas centrales del *Estado de derecho*, y la historia de la humanidad nos revela un enorme esfuerzo por conseguir la materialización del valor *libertad* en su sentido más amplio. Volviendo así a un razonamiento contrafáctico, vale de suyo preguntarnos cómo podría una nación autodenominarse libre si acaso no se respetara en forma irrestricta el derecho a la *libertad* individual, o en su caso, cuál sería el rango de libertades que pudiera ese Estado intentar exhibir si en su caso no respetara la *libertad* de expresión y pensamiento, o por último, cuán tolerante pudiera quizá autodenominarse si no se observara escrupulosamente la *libertad* de conciencia y de religión. Si no se observaran estos estándares, pues válidamente podríamos hablar de un Estado anómico, con instituciones democráticas nulas o solo figurativas.

Por último, el valor *igualdad* es el complemento de mayor compaginación de los valores *seguridad* y *libertad*. La trípede que estos elementos significan, completan con creces un arquetipo cuando menos razonable del *Estado de derecho*. Y ponemos énfasis en el término “razonable”, pues hemos dejado constancia de otros tantos valores que acometen con fuerza para la consolidación del *Estado de derecho*, y por cierto son muchos.

Sin embargo, este estudio parte de la idea de que, entre todos esos valores existentes, deviene indispensable que los Estados deban trabajar, de la misma forma, valores que, con más propiedad, tiendan a consolidar de mejor forma un tipo de Estado que pueda preciarse de un



estándar de derechos humanos en grado óptimo, y a su vez, que pueda exhibir instituciones democráticas en proceso de permanente fortalecimiento.

A título de conclusión, podemos señalar, entonces, que la ausencia de uno de estos valores clave en las políticas públicas de los Estados nos remite a la idea no aceptable de Estados fallidos, en caso de total ausencia de los valores acotados, o de Estados insuficientes, en caso de falta de uno los elementos acotados.

Resulta necesario, entonces, trabajar políticas públicas de permanente reforzamiento de los derechos humanos, en la medida que estos son el vector central que permite la consolidación de una democracia, y una democracia fuerte lo es porque sus instituciones democráticas a su vez gozan de buena salud.

No hay excusa, entonces, frente a estos imperativos categóricos kantianos, en cuanto es misión de las sociedades modernas, al igual que Sísifo, trabajar intensamente, aún a veces si fuera el caso con magros resultados, por una verdadera consolidación de los derechos humanos. Algunas veces, así, el resultado se podrá corresponder con los objetivos trazados; otras tantas, sin embargo, al igual que Sísifo y su aparente trabajo vano, el resultado podría no ser el esperado, pero los esfuerzos deberán ir en sentido progresivo, y ello será valioso en el marco de un esfuerzo de consolidación en clave de progresividad de los derechos humanos. Es un deber que marca la historia sin soslayo para los Estados contemporáneos.



JUSTICIA GENÉTICA

Manuel Atienza Rodríguez
España



1.

Hace unas semanas se dio a conocer la noticia de que en China se había condenado al genetista He Jiankui a la pena de tres años de cárcel, una cuantiosa multa y la prohibición de por vida de realizar investigaciones genéticas. El acto ilícito que había cometido, y antecedente de esa severa sanción, había consistido, fundamentalmente, en alterar el ADN de los embriones de dos gemelas para hacerlas inmunes al SIDA. Para llevar a cabo esa manipulación genética (supuestamente, la primera en embriones humanos) utilizó una técnica denominada CRISPR-CAS9 que tuvo su origen en investigaciones llevadas a cabo en nuestra universidad, por Francis Mojica y colaboradores. Aunque sorprendentemente los periodistas españoles (pero no solo los periodistas) que, cada vez con más frecuencia, publican noticias o comentarios que tienen que ver con esa revolucionaria tecnología genética casi nunca hacen referencia a esa circunstancia: ¿Habrà que lamentar que no dispongamos de técnicas, de procedimientos -del tipo que sea-, para combatir tanta desmemoria?

Desde un punto de vista moral, el caso He Jiankui constituye lo que suele llamarse un caso fácil: los científicos y la opinión pública, casi sin excepciones, han considerado que esa actuación no estaba justificada. Y no sólo porque era contraria a normas jurídicas y deontológicas previamente establecidas que lo prohibían inequívocamente, sino, además, porque esas alteraciones en el genoma suponían riesgos imprevisibles para las gemelas y para sus descendientes, porque tampoco estaba claro que hubiese conseguido blindar a las gemelas frente al SIDA (la medida, en definitiva, no era -al menos, no del todo- idónea para el fin buscado), y ni siquiera podía considerarse necesaria para lograr ese objetivo, pues, al parecer, el virus del SIDA no se transmite a la descendencia si el padre enfermo toma fármacos adecuados.



Y, sin embargo, el caso en cuestión puede servir muy bien, me parece, para ayudarnos a entender muchos de los problemas éticos que plantea la ingeniería genética. Para ello, basta con proceder a un ligero replanteamiento del caso. Pues supongamos que la técnica se ha desarrollado ya de tal manera que es posible un uso seguro de la misma (lo que, sin duda, ocurrirá antes o después). Y que permite no sólo curar o prevenir enfermedades, sino manipular el genoma para producir mejoras del tipo de alargar la esperanza de vida, aumentar la resistencia física, incrementar la inteligencia, mejorar el carácter de las personas o asegurar la presencia de ciertos rasgos que suelen considerarse deseables (como la altura, el color de ojos, etc.); sobre esto, nadie parece tener tampoco muchas dudas: cualquier técnica, en principio, puede usarse con distintos fines pero, además, en este caso no parece que sea posible ni siquiera trazar una nítida distinción entre curar una enfermedad y producir una mejora genética. ¿Qué deberíamos hacer entonces, o sea, cómo deberíamos regular el uso de esa técnica? ¿Deberíamos seguir prohibiéndola de manera tajante (para ese fin: manipular embriones humanos)? ¿Quizás permitir su utilización, pero únicamente en relación con enfermedades, no cuando se trata de simples mejoras? ¿Pero puede hacerse esto último trazando límites que no resulten arbitrarios o peligrosos? ¿Deberíamos permitir la en relación con células somáticas, pero no cuando se trata de células germinales? ¿Estaría justificado, una vez que se haya producido el perfeccionamiento técnico al que antes me refería, sancionar jurídicamente o criticar moralmente a quien actuara como el científico He Jiankui lo ha hecho? ¿O más bien tendríamos que elogiar a quien se atreviera a ir en contra de normas (jurídicas y/o morales) socialmente arraigadas pero carentes de justificación? ¿No estaría actuando ese tipo de científico de manera parecida a quienes, en el pasado, combatieron prejuicios (injusticias) como la esclavitud, el racismo o el machismo y a quienes consideramos por ello como héroes morales, personas que contribuyeron al progreso de la moral? Si no es así, ¿por qué? Etcétera, etcétera.

2.

Sobre la intervención genética y los problemas de justicia (entendiendo por justicia la moral en relación con las cuestiones reguladas por el Derecho: grosso modo, las que afectan con cierta intensidad a los otros, las que trascienden el plano de la mera subjetividad) se ha escrito ya bastante en los últimos tiempos (vid. ,por ejemplo, Bugajska y Misseri 2020). A

mí me interesa aquí subrayar dos tipos de aproximación que pueden encontrarse (a veces en un mismo trabajo) entre quienes analizan esa problemática desde la teoría ética. Si se asume la primera de ellas, la pregunta a la que se trataría de contestar es esta: ¿qué solución pueden tener los anteriores problemas (y otros por el estilo) de acuerdo con las teorías éticas de las que disponemos -o de acuerdo con la que considera preferible el teórico de la moral que trata de encontrar esas respuestas? Mientras que la segunda aproximación -que es más radical y quizás previa a la anterior, aunque la vaya a tratar después- llevaría a plantearse una cuestión diferente, a saber: ¿hasta qué punto ese tipo de problemas -y las respuestas que se den a los mismos- pone(n) en cuestión los propios fundamentos de la moral?

3.

Como todo el mundo sabe, no hay un consenso pleno (ni siquiera entre quienes pertenecen a una misma cultura) en cuanto a lo que haya que considerar como correcto o incorrecto, bueno o malo, desde un punto de vista moral. Eso no quiere decir, por cierto, que no exista también un amplio campo de coincidencias; en otro caso, la convivencia sería imposible. Pero parece claro que, en relación con el anterior conjunto de problemas, las opiniones van desde los más “liberales” (más dispuestos a aceptar ese tipo de intervenciones genéticas) hasta los más “conservadores” (más propensos a poner límites a esas prácticas o incluso a prohibirlas radicalmente) con una rica gama de posturas intermedias. Y la dificultad, claro está, estriba en que necesitamos llegar a algún acuerdo, a alguna regulación de la materia que, entre otras cosas, sirva como guía para los científicos. ¿Qué puede hacer entonces la teoría moral? ¿De qué manera podría contribuir -si es que puede hacerlo- a esclarecer las opiniones morales de la gente y a llegar, por tanto, a una respuesta en relación con esta problemática tan acuciante?

Pues bien, las discrepancias a las que me he referido se dan también -como es fácil de imaginar- entre los propios teóricos de la moral: en ese ámbito nos encontramos igualmente con liberales y conservadores (o más o menos liberales o conservadores). Y, además, no hay tampoco unanimidad entre los estudiosos de la moral en cuanto a cómo hayan de entenderse, en un plano más abstracto, las teorías morales: puede tratarse (no son todas,



pero quizás las más relevantes) de éticas del deber (como la kantiana), de éticas consecuencialistas (como el utilitarismo) o de éticas de la virtud (como las de inspiración aristotélica) y también de teorías éticas que combinan -en diversas formas- elementos de las anteriores. Pero todas esas discrepancias son compatibles, afortunadamente, con la existencia de un amplio consenso generado en torno a lo que se ha llamado los “principios de la bioética”, que vienen a constituir algo así como una plasmación, en un campo concreto, de los grandes principios de la ética. Quizá pueda decirse que desempeñan un papel parecido -en el terreno específico de la bioética- al de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tipos de documentos internacionales sobre esta materia que fijan lo que podríamos llamar los principios generales de justicia que gozan de un consenso prácticamente universal. Ahora bien, a diferencia del Derecho internacional de los derechos humanos que incluye no sólo principios, sino también muchas reglas específicas, en el campo de la bioética -y por razón de los cambios incesantes que se producen en la investigación biológica y médica- lo que tenemos es, sobre todo, “principios” que, por sí mismos -como resulta obvio- no son suficientes para resolver los casos que entrañan alguna dificultad, si bien constituyen un buen punto de partida para ello.¹ La situación, podríamos decir, es esta: esos principios parecen compatibles con cualquier concepción de la ética -de ahí el consenso alcanzado-, pero eso no quita para que exista también algún grado de discrepancia en cuanto a su interpretación y formulación exacta.

Tal y como yo los entiendo,² se trataría de cuatro principios fundamentales, cada uno de los cuales viene a ofrecer una respuesta a una de las grandes preguntas de la bioética. Así, a la cuestión de quién debe decidir en ciertas situaciones de conflicto (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador..) respondería el Principio de autonomía, que puede formularse así: “Cada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que afecte a su vida, a su salud o a su bienestar”. A la de qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar, el Principio de dignidad: “Ningún ser humano puede ser tratado como un simple medio”. A la

¹ De hecho, hay una Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005 en el que se establece el compromiso de la comunidad internacional de respetar una serie de principios universales de la humanidad en el desarrollo y la aplicación de la ciencia y la tecnología. Pero se trata precisamente de una declaración de principios.

² Recojo aquí las conclusiones a las que llegué en trabajos anteriores (vid. Atienza 2010) en los que explicaba con cierto detalle por qué entender así los principios de la bioética.

de cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás, el Principio de universalidad (o de igualdad): “Quienes están en las mismas condiciones deben ser tratados de manera igual”. Y, finalmente, a la de qué se debe decir y a quién, el Principio de información: “Todos los individuos tienen derecho a saber lo que afecte a su vida, a su salud o a su bienestar”.

Con esto, como decía, podrían solucionarse los casos fáciles (seguramente la mayoría de los que constituyen nuestras prácticas -las de un médico o las de un investigador-) pero no los casos difíciles, que son aquellos que surgen cuando se produce un cúmulo de circunstancias que parecen desafiar los anteriores principios: no podrían llevarnos a derogarlos (pues entonces valdrían ciertamente de muy poco), pero sí a matizarlos con otros cuatro principios. A estos últimos podemos calificarlos de “secundarios”, en primer lugar, porque derivan de los otros -de los “primarios”- y, en segundo lugar, porque para poder aplicarse habría que probar que se dan una serie de circunstancias que ahora paso a enumerar; si éstas no se dieran, entonces el caso habría que resolverlo aplicando el principio de autonomía, de dignidad, etc. Esos otros cuatro principios se pueden enunciar así: Principio de paternalismo: “Es lícito tomar una decisión que afecta a la vida, a la salud o al bienestar de otro si: a) este último está en una situación de incompetencia básica, y b) se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia”. Principio de utilitarismo restringido: “Es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para otra persona (incluso que le supone un daño) si con ella: a) se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro u otros, b) se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría), y c) se trata de una medida no degradante”. Principio de la diferencia: “Es lícito tratar a una persona de manera distinta que a otra si: a) la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable, b) produce un beneficio apreciable en otra u otras, y c) se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad”. Principio del secreto: “Es lícito ocultar a una persona informaciones que afectan a su vida, a su salud o a su bienestar si: a) se respeta su personalidad, o b) con ello se hace posible una investigación a la que ha prestado su consentimiento”.



Todos esos principios no son todavía suficientes para solucionar los problemas de la bioética; en particular, los más difíciles. Pero -como decía- proporcionan una base útil. A partir de ellos tendríamos que configurar reglas, esto es, pautas específicas que pudieran derivarse coherentemente de esos principios y que nos permitieran encontrar una solución para los problemas objeto de controversia. ¿Cuáles serían entonces esas soluciones en relación con las cuestiones de intervención genética que, como veíamos, cabía plantear a partir del caso He? Pues bien, yo creo que la aplicación de esos principios (lo que supone un ejercicio complejo de ponderación) nos llevaría a sostener una posición más bien liberal, aunque con ciertos límites. Así, habría que justificar una manipulación genética que (con garantías) evite una enfermedad, sobre todo si es de cierta gravedad, e incluso si eso supone actuar sobre células germinales; también habría que admitir seguramente “mejoras” genéticas que eviten que un individuo se sitúe (en cuanto a su inteligencia, condiciones emocionales o aspecto físico) por debajo de un cierto umbral de “normalidad”; al igual que las que contribuyan, en general, a proveer a los individuos de lo que suele entenderse por “bienes primarios”, los que son condición para el desarrollo de cualquier plan de vida; no se podría intervenir genéticamente para predeterminar (aunque se condicione) la forma de ser o de vivir de un individuo: por ejemplo, para hacer de él un atleta, un pianista, un matemático, una persona sumisa...; los padres no gozan de una libertad irrestricta en relación a qué tipos de rasgos deberían evitarse o fomentarse en sus hijos; no es aceptable una mejora genética que no sea de acceso universal. Todo lo cual es, por supuesto, debatible (y debatido) y tendría que ser precisado de muchas maneras para que pudiera servir como una guía a la hora de establecer una (muy necesaria) regulación. Pero mi análisis no va a seguir esa dirección.

4.

Lo que aquí más me interesa es lo que antes llamaba la aproximación más radical, dirigida a dilucidar si -o hasta qué punto- el uso de la ingeniería genética supone un desafío a nuestra concepción de la moral: la que vinculamos con la modernidad y la Ilustración. Esta es, por ejemplo, la perspectiva que ha adoptado Habermas en varios trabajos de hace

prácticamente dos décadas (Habermas 2001) y que, desde entonces, han sido ampliamente discutidos.


Habermas se opone ahí a lo sostenido por diversos filósofos “liberales”³ que vendrían a defender aproximadamente -con diferencias entre ellos para nada desdeñables, pero en las que aquí no cabe entrar- las tesis a las que me acabo de referir. Pero él no parte de una concepción tradicional de la moral, sino que, como se sabe, lo que Habermas ha defendido es una ética discursiva, según la cual las normas moralmente justificadas son aquellas cuyas consecuencias puedan ser aceptadas por todos los afectados. Ese sería el principio fundamental de la ética, al que llegarían por consenso los participantes en un discurso racional que presupone la existencia de individuos dotados de autonomía y que se reconocen mutuamente como iguales; o, dicho de otra manera, presupone la existencia de agentes morales.

Pues bien, aunque Habermas acepte tanto lo que a veces se denomina aborto eugenésico (cuando existen graves malformaciones en el feto) como la eugenesia negativa (la que tiene como finalidad evitar una enfermedad), sin embargo, su postura es radicalmente opuesta a la selección de embriones y a la eugenesia positiva, o sea, la que persigue obtener una mejora, y aunque ella no se lleve a cabo por imposición estatal (o sea, aunque se trate de una eugenesia liberal). Y la razón que tiene para pensar así es que él considera que el trato que demos a la vida humana antes del nacimiento afecta a nuestra autoconcepción como especie (p. 91); la “naturalidad del nacimiento”(p. 81), la “indisponibilidad de lo natural” (p. 27), el “proceso contingente” (p. 25) de la fecundación es condición necesaria para poder sentirnos libres, esto es, para poder reconocernos como autores de nuestras vidas, y cada uno de nosotros de igual condición que los demás; de manera que la manipulación genética del embrión, en definitiva, socavaría los propios presupuestos de la moral. Con sus propios -y no siempre transparentes- términos: “Las intervenciones eugenésicas perfeccionadoras menoscaban la libertad ética en la medida en que fijan a la persona

³ Quizás convenga aclarar que el término “liberal” no incluye únicamente, para entendernos -y simplificando-, a quienes siguen concepciones afines a las del liberalismo clásico o a las de los neoliberales, sino también a los liberales igualitaristas (como Rawls o como Dworkin) a los que, en la tradición europea, denominaríamos socialdemócratas.



afectada a intenciones de terceros que rechaza pero que, al ser irreversibles, le impiden comprenderse espontáneamente como el autor indiviso de la propia vida” (p. 87). “La convicción de que todas las personas asumen el mismo estatus normativo y se deben reconocimiento recíproco-simétrico entre ellas, parte de una reversibilidad fundamental de las relaciones entre seres humanos. Nadie puede depender de otro de una manera que en principio no sea posible revertir. Pero con la programación genética surge una relación asimétrica en varios aspectos: un paternalismo de una clase peculiar.” (p. 88). La preocupación de Habermas consiste entonces fundamentalmente en que la tecnificación de la naturaleza humana puede llevar a modificar “la autocomprensión ética de la especie de manera que ya no podamos vernos como seres vivos éticamente libres y moralmente iguales, orientados a normas y razones” (p. 60).



Otro autor que ha escrito también en contra de la “eugenesia liberal” es Michael Sandel, uno de los más mediáticos filósofos de los últimos tiempos y que critica el liberalismo político porque él considera que la justicia no puede basarse únicamente en la autonomía individual, sino que depende también de alguna concepción de la vida buena, de una noción sustantiva del bien vinculada a una sociedad dada, a una comunidad; una idea que se suele expresar con la fórmula de que -al contrario de lo que sostienen los liberales- lo bueno tiene cierta prioridad sobre lo correcto. Sandel no está de acuerdo con el planteamiento de Habermas, porque él considera que una ética de la autonomía y de la igualdad no puede explicar lo que tiene de malo la eugenesia (Sandel 2015, p. 135). Pero sí que comparte la tesis de este último de que para pensarnos como seres humanos debemos atribuir nuestro origen a un comienzo que escape a toda disposición humana, que no podamos controlar (p. 135). Por eso, la razón fundamental para oponerse a la ética del perfeccionamiento genético la encuentra Sandel en la concepción de la vida como un don.

Esa idea de don no tiene para él (o no necesariamente) un significado religioso; cabe pensar que la vida es algo que recibimos, que escapa de nuestra voluntad, sin necesidad de atribuir su origen a Dios. Y lo que sí juzga fundamental es que si dejamos de considerar nuestras capacidades y logros humanos como algo que hemos recibido, y pasamos a verlos como el resultado de la revolución genética, entonces se transformarían “tres elementos centrales de

nuestro paisaje moral: la humildad, la responsabilidad y la solidaridad” (p. 140). La humildad estaría en riesgo, porque la creencia en que nuestros talentos y habilidades no son enteramente obra nuestra es lo que contiene nuestra tendencia a la hybris (p. 140), nuestra ansia de control; por otro lado, la carga de responsabilidad alcanzaría “proporciones intimidantes” (p. 141), en la medida en que cada vez habría menos que atribuir al azar y más a la elección; y finalmente, ese aumento de la responsabilidad por nuestro destino y el de nuestros hijos podría reducir el sentimiento de solidaridad hacia los más desafortunados (p. 144) y nuestra capacidad para reconocer que compartimos un destino común: “la meritocracia -escribe Sandel- ,menos contenida por el azar, se volvería más exigente, menos compasiva”(p. 146).

Es interesante señalar también que, de manera parecida a lo que ocurría con Habermas, Sandel no está en contra, por ejemplo, de la investigación con células madre embrionarias(pero sí a favor de la prohibición de la clonación para fines reproductivos). O sea, esos dos autores discrepan de lo que podría considerarse como la opinión más común que cabe encontrar en lo que parece ser el paradigma filosófico dominante en ese campo (el liberalismo moral y político), pero no lo hacen porque estén anclados a una concepción, digamos, tradicional del mundo: de la política y de la moral. Lo hacen, cabría decir, por el peligro que ven de que la revolución genética pueda acabar con la concepción de la moral y de la política del mundo moderno y de la Ilustración. Y, por eso, Sandel remarca que si consideramos cuál es la clase de libertad a la que aspiramos, el mundo que queremos, nos tendríamos que dar cuenta de que “cambiar nuestra naturaleza para encajar en el mundo -y no al revés- es la mayor pérdida de libertad posible”(p. 152). Ver la ingeniería genética como la máxima expresión de nuestro deseo de vernos en la cima del mundo, de dominar la naturaleza, sería “una visión errónea de la libertad”. “Amenaza con suprimir nuestra apreciación de la vida como don, y con dejarnos sin nada que afirmar o contemplar más allá de nuestra propia libertad.” (p. 155).



5.

Yo no creo que ni a Habermas ni a Sandel se les pueda dar del todo la razón. Como algunos de los críticos del primero han sostenido,⁴ el que nuestras disposiciones genéticas no tengan un origen natural no tiene por qué suponer un menoscabo en el estatus moral de las personas, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones (los límites a los que antes me refería); o sea, no parece que haya razón para que alguien deje de sentirse como un ser autónomo e igual en principio a los demás, si las “mejoras” genéticas introducidas no suponen que esté condenado a ser el tipo de persona que otro ha decidido que fuera (sino que sigue existiendo para él la opción de elegir entre una pluralidad de planes de vida), y si esas “mejoras” están abiertas a todos, esto es, no generan grandes desigualdades entre los individuos, clases distintas de seres humanos. Y creo que algo parecido cabe decir en relación con las tesis de Sandel. El que la vida deje de ser un don -fruto del azar o de la intervención divina- y pase a considerarse más bien como el resultado de procesos ampliamente determinados por la voluntad humana podría, efectivamente, contribuir a elevar -por así decirlo- la hybris de la humanidad, pero no tiene por qué acabar con las virtudes - humildad, responsabilidad, solidaridad- que fomentan -y que quizás sean condiciones al menos contribuyentes de- la moralidad, siempre y cuando se respeten las condiciones -los límites- antes mencionados.

Pero en la obra de esos dos autores hay también un elemento -una advertencia- de gran importancia y que sería más que temerario no tomar en consideración. Se trata de que el desarrollo tecnológico (de la neurociencia, de la inteligencia artificial y -en lo que aquí nos interesa- de la genética) plantea ni más ni menos que el riesgo de que dejen de existir algunas prácticas tan característicamente “humanas” como lo que llamamos “moralidad”; de manera semejante a como el calentamiento global es una amenaza a que en el planeta pueda seguir existiendo cierto tipo de vida que incluye la de los seres humanos. Esto no


⁴ Las críticas son tomadas en cuenta por Habermas, quien no deja de constatar el diferente clima intelectual que cree ver entre los intelectuales alemanes y los estadounidenses (el contexto fue un seminario organizado por Nagel y Dworkin -en 2001- para discutir las tesis del filósofo alemán): “[L]o preponderante para los colegas americanos es el “cómo” de la implementación de un proceso que en principio ya no cuestionan y que, yendo más allá de la aplicación de las terapias genéticas, llegan hasta el shopping in the genetic supermarket...para los colegas americanos, que piensan en términos pragmáticos, las nuevas prácticas no plantean problemas fundamentalmente nuevos sino que agudizan únicamente las viejas cuestiones de la justicia distributiva.” (Habermas 2005, p. 102).

parece ser un problema para quienes defienden el llamado posthumanismo o transhumanismo, que o bien celebran la desaparición del homo sapiens y su sustitución por una especie superior, o bien dan por inevitable que ese proceso ocurra. Pero no creo que la inmensa mayoría de la gente (incluyendo aquí a los científicos) sienta mucha simpatía por ese movimiento que, al menos hoy por hoy, sigue siendo visto como algo propio de intelectuales excéntricos, iluminados e invadidos -estos sí- por una hybris que les lleva justamente a la desmesura, a la irrazonabilidad. Casi todos pensamos que un mundo en el que no fuera ya posible la vida moral constituye más bien una pesadilla a evitar y no un paraíso que alcanzar. Pero entonces merece la pena detenerse a pensar cuáles son las condiciones, los presupuestos, en los que descansa nuestra moralidad. Y eso nos ha de llevar, creo yo, a valorar y a tomarnos muy en serio planteamientos como los de Habermas o Sandel.

Habermas tiene toda la razón, a mi juicio, al insistir en que hay ciertos rasgos de la naturaleza humana (y que pueden ser afectados por intervenciones genéticas antes y después del nacimiento) de los que depende el que podamos vernos como seres dotados de libertad y aproximadamente iguales, y, en consecuencia, capaces de guiar nuestra conducta por normas y por razones. Y me parece que también hay un importante fondo de razón en los temores que Sandel abriga en relación con el ideal de perfección que parece perseguirse con la tecnología genética; y, desde luego, yo creo que acierta completamente al subrayar que la moral no es únicamente una cuestión de autonomía, al menos si la autonomía se entiende -a la manera de cierto liberalismo- en términos de satisfacción de los deseos de los individuos: puede haber muy buenas razones para poner límites a esos deseos, provenientes de un paternalismo justificado, pero también de la necesidad de evitar un daño a otros o de alcanzar el bien común. Tan es así, que la reflexión en torno a lo que cabe llamar las condiciones de la moralidad no es para nada una cuestión de nuestros días, aunque la revolución tecnológica que estamos viviendo viene a prestar -cabría decir- un especial dramatismo a lo que anteriormente aparecía en el razonamiento más bien como simples hipótesis. Pero -por poner sólo un par de ejemplos y traídos de la filosofía del Derecho-, Herbert Hart, en su famoso libro de 1961, El concepto de Derecho, dedicó un capítulo titulado “el contenido mínimo de Derecho natural”, que se inspiraba en la tradición



empirista de Hobbes y de Hume, para poner de manifiesto que lo que justificaba-explicaba que existieran algunas normas, por así decirlo, indisponibles, que no podían verse como resultado de la voluntad humana, eran ciertos rasgos de la naturaleza humana como la igualdad aproximada o la vulnerabilidad; sin ellos no podríamos explicarnos el Derecho (de ahí, por ejemplo, las dificultades de existencia del Derecho internacional) o la moral. Y algunos siglos antes, en el XVII, Samuel Pufendorf (vid. Truyol y Serra 1975, p. 194) consideraba que una de las características esenciales de los seres humanos, algo que les empujaba a la sociabilidad, puesto que hacía que se necesitaran los unos a los otros, era la imbecilidad (imbecillitas), o sea, su indigencia, su condición de seres imperfectos e inacabados; una idea que, me parece, está también en Habermas o en el alegato de Sandel contra la perfección. De manera que si los seres humanos, o algunos de ellos, dejaran de ser aproximadamente iguales entre sí, vulnerables e imperfectos, entonces no tendríamos moral, o no tendríamos la moral tal y como la conocemos. Nuestros valores ya no podrían ser los de la igualdad, la libertad y la fraternidad (o solidaridad).



Esta amenaza no es ninguna fantasía y es además probable que termine por convertirse en realidad si no aceptamos la existencia de ciertos límites y actuamos con la irresponsabilidad mostrada por el científico He Jiankui, pero no sólo por él. Hace ya muchas décadas que el filósofo Robert Nozick, uno de los más acreditados defensores de un liberalismo basado en el Estado mínimo, propuso la idea de un supermercado genético. Y uno de los descubridores de la estructura del ADN, James Watson, no ve problemas en que se lleven a cabo prácticas eugenésicas, siempre y cuando no sean impuestas por el Estado, o sea, sean libremente decididas (es de suponer que por los padres). Hay, naturalmente, muchos otros ejemplos que se podrían poner de intelectuales que piensan que el uso del conocimiento genético debería quedar librado a la acción del mercado. Y, sin embargo, si dejáramos que la ingeniería genética quedase regulada por la ley del mercado - por la lógica del capitalismo-, es prácticamente seguro que la moralidad dejaría de existir, de manera semejante también aquí a lo que ocurriría con la vida inteligente en el planeta si no se le ponen frenos al capitalismo, a la lógica del beneficio y del consumo. Como varias veces he dicho, el otro tipo de liberalismo, al que a veces se denomina liberalismo igualitario (el representado por autores como Rawls, Dworkin, Nagel, Buchanan...), establece ciertos

límites que -ahora podemos decirson también los límites que hacen posible la moralidad. Y, sin embargo, también aquí, a propósito de las discusiones muy vivas que están teniendo lugar dentro de este último paradigma, no deja de haber motivo para la alarma. Se trata de que, sin un sistema público de salud (que podría quizás admitir los seguros privados pero de manera muy marginal), no parece que pueda asegurarse un acceso igual de la población a las mejoras genéticas, lo que llevaría a que, efectivamente, al cabo de algunas generaciones dejara de haber humanidad (o, al menos, una única humanidad). Es verdaderamente impactante, a este respecto, comprobar hasta qué punto las discusiones sobre justicia genética en el mundo anglosajón están, en muy buena medida, dedicadas al -o conectadas con el- tema de los seguros médicos.

La conclusión de todo ello, en mi opinión, no es muy alentadora, pero sí clara. Un componente esencial de la racionalidad -al menos de la racionalidad práctica- es la noción de límite, y no hay ningún motivo para pensar que ese límite vaya a respetarse de manera espontánea, sin necesidad de normas que, sin embargo, son difíciles de establecer y de hacer cumplir. Yo creo que esas normas (que, entre otras cosas, deberían regular la actividad de los investigadores) tendrían que ser las que antes sugería (normas considerablemente liberales), pero su aplicación tendría que hacerse depender de la satisfacción de algo así como un principio de precaución que podría formularse así: “No hagas nada que pueda considerarse razonablemente como una contribución a eliminar o a erosionar gravemente los presupuestos de la moralidad”.



BIBLIOGRAFÍA:

Atienza, Manuel (2010), *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra, Lima.

Buchanan, Allen, Brock, Dan W., Daniels, Norman y Wikler, Daniel (2002), *Genética y justicia*, Cambridge University Press, Madrid.

Bugajsska, A. y Misseri, L. E. (2020), “Sobre la posibilidad de una ética posthumana: propuesta de un enfoque normativo combinado”, en *Isegoría* (en prensa).

Habermas, Jürgen (2001), *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Buenos Aires.

Hart, Herbert L. A. (1963), *El concepto de Derecho*, AbeledoPerrot, Buenos Aires.

Nozick, Robert (2012), *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México.

Sandel, Michael (2015), *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Marbot, Barcelona.

Truyol y Sierra (1975), *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, t. 2, *Revista de Occidente*, Madrid.



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2020