

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



LOS “NUEVOS DERECHOS” DESDE LA PERSPECTIVA
IUSFILOSÓFICA DE LA LIBERTAD

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTORA

MARICARLA DEL PILAR RODAS OROSCO

ASESORA

Mgtr. ERIKA JANET VALDIVIESO LÓPEZ

Chiclayo, 2020

Dedicado a mi primogénito Javier Germán.

A mis padres, mi esposo, y a mi asesora de tesis, por su apoyo incondicional.

RESUMEN

Los “nuevos derechos” suelen promocionarse como parte del contenido jurídico de la libertad; sin embargo, dichos fundamentos usualmente escapan al ámbito del derecho e inclusive de las ciencias naturales, cuyo único respaldo es la vívida fragmentariedad cultural y la construcción social. El Estado se ve presionado por activistas (y *lobbys*) para reconocer sus demandas que -en la presente investigación- son el reconocimiento de nuevos aparentes derechos, obteniendo coacción estatal e inversión en políticas públicas en salvaguarda de los mismos. Por tal, se propuso establecer límites para la creación de “nuevos derechos” desde la perspectiva iusfilosofica de la libertad mediante un análisis a la descripción de la realidad social, cultural y jurídica a la que se enfrenta el Perú en el plano nacional e internacional. Tras definir conceptos como libertad, derecho positivo, y “nuevos derechos”; se ha logrado establecer una serie de principios basados en el carácter antropológico de corte personalista: la persona humana; también, se ha rescatado la libertad negativa como concepto y perspectiva positivada de la libertad del Estado que abarca sus dimensiones legislativa y política; finalmente, el marco institucional que subyace a la existencia y fines del Estado como último principio en su *mínimum* de neutralidad ante las instituciones que preexisten al mismo, pero eficaz para respetar y hacer respetar el sistema jurídico desde dichas instituciones: la familia y el matrimonio, así como el bien de la vida que es presupuesto de cualquier nuevo derecho a reconocerse desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.

PALABRAS CLAVE

Nuevos derechos, libertad, derecho positivo, Estado, fragmentariedad cultural, escala de principios.

ABSTRACT

“New rights” are usually promoted as part of the legal content of freedom; However, these foundations usually escape the scope of law and even of the natural sciences, whose sole support is cultural fragmentation and social construction. The State is under pressure from activists (and *Lobbys*) to recognize their demands, that -in the present investigation- are the recognition of new apparent rights, to obtain state coercion and investment in public policies in Safeguard them. Therefore, it was proposed to establish limits for the creation of “new rights” from the ius-philosophical perspective of freedom through an analysis of the description of the social, cultural and legal reality that Perú faces at the national and international level. After defining concepts such as freedom, positive law, and "new rights"; It has been possible to establish a series of principles based on the anthropological character of a personalist nature: the human person; also, negative freedom has been rescued as a concept and a positive perspective of the freedom of the State to encompass its legislative and political dimensions; finally, the institutional framework that underlies the existence and purposes of the State as the last principle in its minimum of neutrality before the institutions that preexist to it, but effective in respecting and enforcing the legal system from these institutions: family and marriage, as the good of life that is the budget of any new right to be recognized from the ius-philosophical perspective of freedom.

KEYWORDS

New rights, freedom, positive law, State, culture fragmentation, scale of principle

ÍNDICE

Dedicatoria	II
Agradecimientos	III
Resumen.....	IV
Abstract.....	V
Lista de Tabla	
Tabla de Abreviaturas	
Introducción	X
<u>CAPÍTULO I: EL CONTEXTO SOCIAL, CULTURAL Y JURÍDICO DE LOS NUEVOS DERECHOS</u>	
.....	14
1.1.Era posmoderna de la filosofía y las nuevas corrientes contra-culturales ...	15
1.1.1 Marxismo	16
1.1.2 Feminismo	20
1.1.3 Cientificismo	25
1.1.4 Neo constitucionalismo	28
1.2.Los Derechos Humanos en el contexto sociopolítico	31
1.3.Los “nuevos derechos”	41
1.3.1.Eugenesia y eutanasia.....	42
1.3.2.Derechos sexuales y reproductivos	45
1.3.3.Identidad de género, matrimonio igualitario y adopción	48
<u>CAPÍTULO II: EL CONTENIDO JURÍDICO DE LA LIBERTAD EN LA DOCTRINA Y NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL</u>	52
2.1.Un contenido histórico de la libertad.....	53
2.2.El derecho positivo bajo el marco iusfilosófico	61
2.3.Libertad desde el derecho positivo.....	65
2.4.El subjetivismo a la luz de la doctrina iusfilosófica	70
2.5.Presencia del subjetivismo en el derecho positivo	72
2.6.Interrelación entre el contenido iusfilosófico de la libertad y el derecho subjetivo.....	74
<u>CAPÍTULO III: HACIA UN LÍMITE DOCTRINAL EN LA CREACIÓN DE “NUEVOS DERECHOS”</u>	79

3.1. Análisis de las crisis iufilosófica originada en la alteración del contenido jurídico de la libertad y la creación irrestricta de “nuevos derechos”	80
a) Visión antropológica en conflicto	81
b) Historicismo y neoconstitucionalismo	88
c) Argumentos de una perspectiva parcial del contenido de la libertad y el derecho	91
3.2. Formulación de una escala de principios para delimitar la creación de nuevos derechos en el orden jurídico positivo peruano	96
3.2.1 El sujeto de derecho	96
3.2.2 Libertad negativa	97
3.2.3 Marco institucional	99
3.3. Esquema comparativo de derechos	100
3.3.1 Explicación de la Tabla	102
Conclusiones.....	104
Bibliografía.....	106
Anexos Jurisprudenciales.....	115

LISTA DE TABLAS

Tabla N° 01.....	100
Tabla N° 02.....	101

TABLA DE ABREVIATURAS

ART.	ARTÍCULO
CFR.	CONFRONTESE
CIDH	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
D.L.	DECRETO LEY
EXP.	EXPEDIENTE
FIV	FECUNDACIÓN INVITRO
IBÍDEM	IGUAL QUE LA REFERENCIA ANTERIOR
ÓP. CIT.	OBRA PREVIAMENTE CITADA
TC	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
STC.	SENTENCIA

INTRODUCCIÓN

En Lationamerica, actualmente se está viviendo un *boom* con los llamados “nuevos derechos”, ello viene respaldado desde diversos tratados internacionales a fines de la guerra fría. A pesar del clima político mayoritariamente unipolar y políticas de mercado similares en su estructura en casi toda Latinoamérica, existe una fuerte corriente (las ONG principalmente) encargada de difundir su reconocimiento como verdadero derecho y perpetuarlos en la normativa positiva de los Estados.

Aparentemente, estos “nuevos derechos” son percibidos como el gran avance para el desarrollo de la libertad individual del siglo XXI, donde se ha sobrevalorado el estado “psicosexual”, tal cual se destaca en el Glosario de género del 2007 promovido por INMUJERES en México, que apuesta por una concepción del ser separada radicalmente de su dato biológico.

El problema de estos “nuevos derechos”, es negar cualquier concepción antropológica que no se ajuste a los fundamentos que los sustentan, promoviendo una campaña uniformizante y totalitaria en la conformación del criterio personal, incursionado en políticas públicas de ciertos Estados como España con una Ley de Identidad de Género¹, Canadá con una Ley para proteger a los transexuales² y una Ley que impone el literal c-16 en su codificación penal³ para calificar como delito cualquier expresión disidente o contraria a la identidad de género; Uruguay

¹ EL PAÍS. *Entra en vigor Ley de Identidad de Género, 2007* [ubicado el 02.IX 2017]. Obtenido en https://elpais.com/sociedad/2007/03/17/actualidad/1174086001_850215.html

² LA VANGUARDIA. *El Gobierno de Canadá propone una Ley para proteger a los transexuales, 2016* [ubicado el 03.VIII 2017]. Obtenido en <http://www.lavanguardia.com/vida/20160517/401858911197/el-gobierno-de-canada-propone-una-ley-para-protoger-a-los-transexuales.html>

³“(…) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or gender identity or expression, or on any other similar factor”. PARLIAMENT OF CANADA. *Bill C-16: An ACT to amend the Canadian Human Rights Act and the Criminal Code, 2017* [ubicado el 04.IX 2017]. Obtenido en <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-16/royal-assent>

imponiendo políticas públicas con fines de promoción de la diversidad sexual⁴; Colombia y Argentina con la fijación legal de un género no-binario ⁵; y en el Perú tenemos la Ley 1323 en el Código Penal -derogada en parte-. A su vez, es sorprendente la apertura en el ministerio de salud para tratar con financiamiento del Estado a las “mujeres transgénero”⁶ y el nuevo D.L. N°1408⁷ que desmantela cualquier condición de la familia tradicional por las “familias democráticas”⁸. Como resultado se tiene una amenaza real de libre evolución en los ordenamientos jurídicos, manifestaciones ideológicas apoyadas en proyectos de ley representadas por *lobbys* en los parlamentos que tienen como enemigo a quienes opinen disidentemente, para quienes –a su vez- reservan la tipificación delictiva de: “discriminación”, ampliando en el mayor sentido posible su contenido, deformándolo inclusive.

El sustento recurrente para estas creaciones jurídicas suele ampararse en el derecho a la libertad, cuyo contenido jurídico es muy denso, pero en el ámbito de los “nuevos derechos” es el cajón de sastre favorito, dado que posee importancia constitucional y respaldo en el derecho internacional. No importa si el fundamento escapa al ámbito del derecho, el derecho a la libertad desarraigado de su contenido jurídico es una versión desmedida, irrespetuosa de estructuras objetivas, meramente subjetivista, que amenaza con destruir aquello que conocemos como derecho y su contenido fundamental.

Por lo tanto, esta problemática da origen al tema de investigación: ¿Por qué será posible establecer límites para la creación de “nuevos derechos” desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad?

Ante ello se ha formulado la hipótesis: Si la perspectiva ‘iusfilosófica de la libertad’ de origen antropológico personalista conforma el fundamento de la norma positiva

⁴ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. *Políticas públicas y diversidad sexual*, 2012 [ubicado el 04.IX 2017]. Obtenido en http://www.mides.gub.uy/innovaportal/file/20120/1/librillo_07.pdf

⁵EL MUNDO. *Llega el tercer género*, 2016 [ubicado el 01.IX 2017]. Obtenido en <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/02/14/56bf4dd822601d033f8b45b8.html>

⁶ Cfr. MINISTERIO DE SALUD. *Mujeres transgénero podrán recibir atención en servicios diferenciado*, 16 de diciembre de 2016 [ubicado el 06.VIII 2017]. Obtenido en <http://www.minsa.gob.pe/?op=51¬a=22202>

⁷ Decreto Legislativo N° 1408, Decreto para el fortalecimiento y prevención de la violencia en las familias. [ubicado el 06.X 2018]. Obtenido en <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/D.Leg.1408.pdf>

⁸ “(...) una familia en la que se consideren las necesidades e intereses de todos sus miembros propiciando relaciones igualitarias, inclusivas, respetuosas y libres de violencia”. *Ibidem*.

sobre la que se basa el reconocimiento y creación de derechos fundamentales, entonces bajo esta perspectiva se podría regular la proliferación de nuevos derechos mediante una escala de principios, evitando la producción de normas jurídicas de origen subjetivista que desnaturalicen la fuente de los nuevos derechos. Es así, que se tendrá por objetivo general: Determinar por qué es posible establecer límites a la creación de “nuevos derechos” en el ámbito del derecho positivo mediante una escala de principios fundamentada en el contenido iusfilosófico de la libertad. Y por objetivos específicos: Describir la realidad social, cultural y jurídica a la cual se enfrenta el Perú en el plano nacional e internacional ante la creación de nuevos derechos; lo cual se desarrollará en el primer capítulo. Definir los conceptos: libertad, derecho positivo, y nuevos derechos analizando y comparando las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el contenido de la libertad tanto Nacional e Internacionalmente; a desarrollar en el segundo capítulo. Y, proponer una escala de principios para delimitar la creación de nuevos derechos en el orden jurídico positivo; objetivo específico del tercer capítulo. Aunado a lo anterior, será necesario fijar los contenidos principales de las variables de esta investigación: Libertad, derecho positivo, y “nuevos derechos”.

El ser humano, su dignidad ontológica, la libertad, el derecho natural, y el derecho positivo, son conceptos que dependen unos de otros, pero no en absoluto desorden: no es plausible modificar el contenido de unos sin repercutir en el resto, como: tipificar en el derecho penal sin tener un sustento en el derecho constitucional para considerar que dicha conducta transgrede el sistema jurídico; tal como se cita a Zaffaroni en artículos sobre los ‘crímenes de odio’ bajo el tópico de identidad de género, “el derecho penal no reconoce ni crea derechos”⁹. El sistema jurídico que rige un país tiene un orden, una jerarquía, una base sobre la cual se sustenta, y como en toda base, si uno de sus contenidos básico se modifica, como consecuencia tenemos una mejoría en el ordenamiento jurídico, o por el contrario, un total desastre.

⁹ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. citado por MUÑANTE BARRIOS, Alejandro. *La ley de crímenes de odio en el Perú a la luz de los informes de la CIDH y su contraposición a los principios del derecho penal* [ubicado el 01.VIII 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/ley-crimenes-odio-peru-informes-cidh-principios-derecho-penal/>

Los fundamentos básicos del derecho de un país deben ser claros, expresarnos hasta donde pueden protegernos, y por qué ciertos cambios escapan a su lógica, de lo contrario devendría el perjuicio en la sociedad: un ordenamiento jurídico carente de principios, sin sistema; pasible de transformar el derecho en un concurso de variables a disposición de antojos marginales al mismo derecho, se olvidarían los principios básicos de una sociedad: la vida, la libertad desde su perspectiva iusfilosófica, y sobre todo la justicia. Es por ello que esta tesis tiene la importancia necesaria.

Consecuentemente, esta investigación definirá, analizará y propondrá una solución a esta continua inventiva carente de rigurosidad jurídica y metodológica acogidas en estos “nuevos derechos”: el derecho aborto, el derecho al suicidio, el matrimonio igualitario, derecho de identidad de género, eutanasia, entre otros. Lo que prosigue es un análisis general cuyo contenido estructural permita encontrar la solución más adecuada que sirva como límite a estas creaciones desmedidas -“nuevos derechos”- y la propuesta de unos parámetros para el ‘reconocimiento’ de los mismos.

La autora

CAPÍTULO I

EL CONTEXTO SOCIAL, CULTURAL Y JURÍDICO DE LOS *NUEVOS* *DERECHOS*

En el presente capítulo se describirá la realidad social, cultural y jurídica a la cual se enfrenta el Perú en los planos nacional e internacional ante la creación de nuevos derechos.

Así, el presente se desarrolla entendiendo la posmodernidad como un replanteamiento de lo antiguo, de los antiguos: Sócrates, Platón y Aristóteles, y de todos aquellos que desarrollaron sus cuestiones filosóficas en base a ellos, incluso se puede hablar de un “renacer de la cultura sofista”¹⁰ como parte fundamental del posmodernismo; siendo los nuevos sofistas quienes adquirirán protagonismo en esta nueva era.

Producto de ello tenemos un choque entre lo individual y lo social, una reinención de lo que significa ser persona y su valor universal¹¹; de la transformación cultural y el cambio social que ha acontecido con la revolución sexual¹²; y desde luego, de lo que significa ser libre y la libertad.

1.1. Era posmoderna de la filosofía y las nuevas corrientes contra-culturales

El por qué se cambió la perspectiva sobre la filosofía, tuvo origen en los contextos históricos de sus autores, sobre todo en aquellos que creyeron en la evolución infinita a raíz de los imparables avances científicos con la denominada “revolución científica”, entusiasmo que promovido desde fines del siglo XVII con Galileo Galilei¹³, estuvo desligado de cualquier mediación y concepción religiosa, el cual sería capturado por la revolución industrial.

Tras el descubrimiento del subjetivismo y la centralidad del hombre con René Descartes en el inicio de la filosofía moderna¹⁴, así como, la instauración del sujeto absoluto con Hegel¹⁵, la cosmovisión cambió y parecía apuntar a un mejor futuro. Pero surgieron nuevos problemas humanos y el modernismo se transformó en el posmodernismo: muerte del hombre como sujeto histórico¹⁶; siendo este último más

¹⁰ Cfr. SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual. Pensar sin certezas*, 1° edición, 1° reimpresión, México DF, Editorial Paidós Mexicana SA, 2000, p.15.

¹¹ Cfr. FISICHELLA, Rino. “Posmodernidad y humanismo cristiano”, *Cuestiones Teológicas*, Vol. 38, No. 89, Enero-Junio 2011, pp. 123-124.

¹² Cfr. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la Familia*, Madrid, Biblioteca Palabra, 2004, p. 64.

¹³Cfr. UJAEN. Siglo XVII [ubicado el 15.XI 2017]. Obtenido en http://www.ujaen.es/investiga/cts380/historia/siglos_xvii.htm

¹⁴ Cfr. FEINMANN, José Pablo. *La filosofía y el barro de la historia*, 1ª ed., Buenos Aires, Planeta, 2008, pp. 16-17.

¹⁵ Ibídem, p. 28.

¹⁶ La muerte del hombre, representado en la muerte del dios nietzscheano.

qué un avance o evolución de la filosofía, una manifiesta antítesis de la filosofía moderna¹⁷. Las corrientes “evolucionadas” y ateas de la filosofía, encuentran una diversificación a fines del siglo XIX, en ideales como los de Friedrich Nietzsche y Carlos Marx.

Lo anterior interrelaciona el ser dominado por el inconsciente según Freud con el ser eminentemente racional de Descartes, siendo el primero negación del segundo¹⁸. Esta, es una visión del hombre que niega cualquier racionalización estricta de la historia o de la filosofía. En la actualidad el inconsciente freudiano se apoya en la fragmentariedad, esta representa la negación de que se pueda dominar o asumir la cultura occidental, e inclusive, niega la universalidad de los valores occidentales¹⁹.

Hablar de los “grandes relatos” de Lyotard y el estilo de pensamiento posmoderno, es observar los restos de la historia universal como un vestigio roto que no podrá ser reconstruido de la misma forma (ni tampoco interpretado así). El multiculturalismo²⁰ (lo fragmentario) busca deshacerse de la cultura universal (entiéndase occidental). En la actualidad, dichas contraculturas han pasado de un papel pasivo a uno activo mediante la globalización²¹.

Desafortunadamente, los hechos y datos históricos en estos casos están demostrando la equivocación sobre la relativización que guía a estas corrientes contraculturales. La negación y renuncia a los conceptos y fundamentos básicos universales de la filosofía en sí han comenzado a surtir efectos, los cuales se comentarán más adelante.

Bajo este contexto, se procederá a realizar una síntesis de las principales corrientes de pensamiento, que en la posmodernidad se han tergiversado.

1.1.1 Marxismo

¹⁷ Cfr. LLANO, Alejandro. *Claves de la posmodernidad*, 05 de agosto de 2013 [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <https://rsanzcarrera.wordpress.com/2013/08/05/1-claves-de-la-postmodernidad-por-alejandro-llano/>

¹⁸ Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., p. 15.

¹⁹ Cfr. LAJE, Agustín; y MÁRQUEZ, Nicolás. *El libro Negro de la Nueva Izquierda. Ideología de Género o Subversión Cultural*, Buenos Aires, UNIÓN EDITORIAL S.A., 2016, p. 30.

²⁰ Ibídem, FEINMANN, p. 49.

²¹ Cfr. GONZAES-QUIJANO, Yves. *De la subcultura globalizadora a la contracultura revolucionaria*, POLITICAEXTERIOR.COM [ubicado el 11.IX 2017]. Obtenido en <https://www.politicaexterior.com/articulos/afkar-ideas/de-la-subcultura-globalizada-a-la-contracultura-revolucionaria/>

Sobre el origen de las ideas de Marx existen diversas hipótesis, pero la más plausible es que partiera de la interpretación dialéctica Hegeliana de la Historia.

Para ello, explicar de forma concreta a Hegel es importante. Siendo su contexto a fines del siglo XVIII e inicios de siglo XIX; hay elementos circunstanciales resaltantes: la Revolución Francesa con Napoleón Bonaparte como totalizador de la realidad francesa, y el inicio de la revolución industrial.

Hegel no tiene miedo de hacer del sujeto cartesiano de Descartes, un sujeto capaz de apoderarse de la realidad, a ello se le denomina totalizar²². Feinmann explica esta síntesis Hegeliana como una reflexión sobre la toma del poder de la burguesía francesa. Hegel desde Alemania, añoraba algo semejante con su visión de la posible unificación Alemana.

Así también, plantea la revolución francesa como *acontecimiento histórico universal*²³, y hace un trabajo peculiar sobre el origen de la historia humana: el deseo de las cosas naturales (un deseo animal) y el deseo de reconocimiento (deseo de deseos). Esta clasificación la vierte sobre su dialéctica del amo y el esclavo, establece la lucha constante de antagonismos entre el amo y el esclavo, el amo como un ser que captura el *deseo de deseos* y el esclavo como aquel que tiene miedo a morir: que no puede satisfacer sus deseos naturales totalmente porque tiene que entregar algo (un producto) al amo; y que su constante contacto con la *cosa* le lleva a transformar lo que hace en cultura²⁴.

Es ese contrapunto sobre el cual parte Marx; sin embargo hay que acotar que su comprensión sobre la filosofía de Hegel tiene una particularidad, fue impartida por el asistente de cátedra del mismo, el cual había reinterpretado a Hegel, con lineamientos liberales para la época²⁵.

La influencia de Gans, pudo radicar en que a diferencia de Hegel, el proyectó lo aprendido de su maestro, no como sentimientos de unificación alemanes que Hegel añoraba ver algún día, sino, que se planteó la revolución francesa como acontecimiento unificador de Europa, percibiendo necesaria las batallas para una

²² Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., p. 106.

²³ Cfr. Ibídem.

²⁴ Cfr. Ibídem, pp. 108-114.

²⁵ Cfr. Prólogo por Francisco Colom González en HEGEL, Friedrich. *Introducción general y particular a las lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, traducido por José Gaos, Madrid, Alianza, 2013, p. 9.

futura reintegración cultural (en toda Europa)²⁶. Cuando viajó a París – ante un segundo estallido revolucionario- se conmovió con las nuevas formas de explotación de aquella época. Ello sirvió de conexión para su cátedra como profesor de Marx²⁷.

Por su parte – Marx- asume como acontecimiento histórico universal la revolución francesa, pero a diferencia de Hegel se replantea la dialéctica del amo y el esclavo y propone de una manera distinta la lucha antagónica. Su propuesta va más allá de la teoría, el fin es una acción. He ahí la diferencia con Hegel. Hegel interpreta, da un valor universal a la historia, pone en el centro de la historia al hombre europeo, pero no para cambiar ni transformar la realidad, solo propone un sistema para entender la historia y el devenir filosófico²⁸.

Por su parte, Marx piensa a Hegel y se replantea el socialismo, él quiere transformar la historia mediante la acción. Para él, los socialistas utópicos no han logrado conexión entre la finalidad del socialismo y una guía científica de cómo hacer una revolución²⁹, con ello el propone que a la filosofía (y a los socialistas utópicos) se le está negando la tarea de transformar la realidad³⁰.

En la búsqueda de hallar un fin práctico para su propuesta filosófica, transforma la mera crítica que se puede realizar contra una clase social (en este caso la burguesía) en una acción destructiva sobre dicha clase. Marx cambia el contacto del esclavo con la cosa, por la del proletario con los medios de producción. Establece que el Estado se estructura con una base en los medios de producción- que era la economía- y solo habría que cambiar el sujeto que posee los medios de producción para transformar la historia (y acabar con las clases sociales). Pero Marx sabía que para ello se requiere de elementos que sean más que descriptivos de su teoría³¹, es decir, de convencer sistemáticamente a quienes realizarían dicha transformación mediante la lucha de clases³².

²⁶ Cfr. GINZO FERNÁNDEZ, Arsenio. “Eduard Gans y la idea de Europa”, *INGENIUM Revista de historia del pensamiento moderno*, N°6, 2012, pp. 74-77.

²⁷ Cfr. GINZO FERNÁNDEZ, Óp. Cit., pp. 74-77.

²⁸ Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., pp. 23-24.

²⁹ Cfr. LAJE; y MÁRQUEZ, Óp. Cit., p. 14.

³⁰ Cfr. MARX, K. Tesis sobre Feuerbach [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/45-feuer.htm>

³¹ Cfr. Ibídem, FEINMANN, pp. 148-149.

³² Para que el proletariado le arrebatase los medios de producción a la burguesía.

El elemento precursor de la revolución social planteada por Marx, sería el concepto *Pathos de la indignación*, el cual está enmarcado con la pasión surgida de la indignación ante un acontecimiento o estado social concreto, que hace necesaria la destrucción de “lo otro” generando el estado de indignación³³. Entonces, el escenario se vuelve ambivalente, y el contexto en el cual se ubica el ser condice con la *falacia del doble cuerno*. Como consecuencia, es irremediable la imposición final –total y destructiva- de una perspectiva sobre la otra (marxismo sobre capitalismo).

A su vez, esta nueva imposición -según Marx- contaría con tal aceptación que desaparecería la propiedad privada por aprobación de toda la clase proletaria (en su totalidad), dando como consecuencia la desaparición las clases sociales y el Estado se volvería en una mera entidad administrativa con tendencia a la extinción^{34 35}.

Se puede intuir, que hablar de una utopía como finalidad del marxismo, no es descabellado, y por mucho que Engels y Marx procurasen desvincularse del fin de otras teorías sociales de su época, la realidad daba siempre como resultado la necesaria concreción de un Estado utópico (o su extinción utópica) hacia el final de tanta lucha (revolución) como la que estos autores proponían.

A ello se le denomina *materialismo dialéctico*, siendo el motor de la historia *la materia*³⁶. Las relaciones de producción serían sus principales engranajes, siendo estos necesarios para impulsar la transformación social mediante la lucha de clases entre la burguesía y el proletariado.

Aun así, pese a las pautas ya mencionadas del socialismo científico, este fue posible forzosamente en la Rusia zarista. Para ello, Lenin estableció el concepto de “hegemonía”, que significa: “*dirección política* en el seno de una *alianza de clases*”³⁷; esto puede interpretarse como la alianza entre campesinos y proletarios

³³ Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., pp. 148-149.

³⁴ Transformación del Estado socialista al marxista.

³⁵ Cfr. MARX, Carlos. *Crítica del programa de Gotha*, [ubicado el 27.IX 2018]. Obtenido en <http://archivo.juventudes.org/textos/Karl%20Marx/Critica%20del%20programa%20de%20Gotha.pdf>

³⁶ Cfr. LAJE; y MÁRQUEZ, Óp. Cit., p. 14-16.

³⁷ BUONICORE, Augusto. *Gramsci, Lenin y la cuestión de la hegemonía*. [ubicado el 05.XII 2018]. Obtenido en <https://www.lahaine.org/pensamiento/buonicore.htm>

para juntos obtener la dirección política, puesto que el antagonismo emergió contra una burguesía no consolidada y aún existía el feudalismo económico³⁸.

El conseguir un ambiente histórico tal cual predijo Marx tampoco fue posible en otras latitudes. Por tanto, surgió un cambio fundamental en el paradigma del marxismo: la perspectiva cultural. Era algo contradictorio con la teoría de Marx, pues, para este la cultura estaba en la superestructura y no era trascendente³⁹. No obstante, Antonio Gramsci, se dio cuenta de la importancia de la perspectiva cultural, para lo cual sería necesario formar intelectuales comunistas como principales focos de lucha marxista, sujetos que ayuden a cambiar la cosmovisión de los campesinos –italianos, desde su contexto- y así instaurar un accionar cultural que este autor denomina “intelectual-moral”⁴⁰. Sin duda, Lenin y Gramsci guiaron el nuevo camino hacia el post-marxismo.

Concretando esta última idea, es necesario aclarar que “la lucha de clases” dejó de tener el contenido primordial de cambio entre totalidades y el mundo dejó de verse como una totalidad. Las diferencias ya no son exclusivamente por la clase social, ahora existe fragmentariedad cultural, y esta es defendida por las corrientes deconstruccionistas de mediados y fines del siglo XX. La percepción única proletaria que relataba Marx deja de existir. Es así que, Ernest Laclau y Chantal Mouffe, destierran el concepto de “subordinación” por el de “opresión”⁴¹, siendo este el nuevo baremo de unificación de conflictos, de igualación entre todos aquellos que puedan resultar oprimidos durante la hegemonía capitalista neoliberal.

Para culminar este acápite, resulta consecuente entender que en busca de “los oprimidos”, se encuentran las minorías de todo tipo⁴², que se han diversificado mediante la globalización, democratización del mundo occidental, y –en muchos casos- han sido dominados por el pensamiento débil⁴³.

1.1.2 Feminismo

³⁸ MONTAGUT, Eduardo. *Oposición al zarismo. El populismo ruso*. [ubicado el 27.IX.2018]. Obtenido en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/oposicion-zarismo-populismo-ruso/20170104143154135336.html>

³⁹ Cfr. LAJE; y MÁRQUEZ, Óp. Cit., p. 17.

⁴⁰ MONTAGUT, Óp. Cit., pp. 21-23.

⁴¹ Cfr. Ibídem, LAJE; y MÁRQUEZ, p. 26.

⁴² Ibídem, p. 29.

⁴³ Cfr. LLANO, Óp. Cit.

Tratar el feminismo como un solo movimiento, sin tener en cuenta los cambios de contextos históricos sería un error, es por ello que remitirse a la interpretación del mismo por “olas” o periodos es lo más apropiado en este estudio.

Acerca de la primera Ola feminista

Ubicada en épocas del renacimiento, se identifica a la mujer como expectante de adquirir educación, y a su vez, adquirir la ciudadanía o la calidad de ciudadana⁴⁴. Se puede incidir en la visión que se tenía de la mujer en *La Enciclopedia* editada por Diderot bajo tres aspectos. El primero como “Mujer (derecho natural)”, donde se habla de la autoridad del hombre sobre la mujer y sus hijos: “existen caso en los cuales la mujer se encuentra tan o incluso más capacitada que su marido para ejercer el gobierno de la familia (...) se han visto algunos matrimonios reales en los cuales los hombres han sido sometidos a la autoridad de sus mujeres: Felipe II y María, reina de Inglaterra, los de María, reina de Escocia, y los de Fernando e Isabel para gobernar en común los reinos de Castilla y Aragón”⁴⁵ indica el Señor Caballero de Jaucourt. Es comprensible que se destaque que la sapiencia y capacidad para tomar mejores decisiones puedan ser definidas no necesariamente por el hombre y que resultaba injusto que los jefes de familia no supieran administrar, así como, no tomaran en cuenta el buen consejo de sus esposas. En este punto se destaca la capacidad intelectual de la mujer como vital en el matrimonio mismo; no obstante, su restringida libertad de esta para expresar una postura de dirección dentro de la familia y ante el derecho que otorga el matrimonio⁴⁶.

El segundo aspecto es desde la perspectiva antropológica-biológica. La mujer desde la antigüedad (hasta esa época) era descrita por los anatomistas como: “(las mujeres) en realidad eran hombres que no habían conseguido desarrollar completamente sus órganos, y de ahí procede el carácter débil”⁴⁷; del mismo modo, el sacerdote florentino Ficino indica: “la virtud generativa en cada animal se esfuerza por producir un macho en tanto éste es lo más perfecto en su género, pero

⁴⁴ Cfr. LAJE; y MÁRQUEZ, Óp. Cit., p. 33.

⁴⁵ Caballero de Jaucourt citado por CERECEDA GUÍA, Eduardo. *Reivindicación de la mujer. De Olympe de Gouges a Flora Tristan*. Trabajo de fin de grado, Universidad de la Rioja, 2015.

⁴⁶ Una crítica más elaborada la realizó John Stuart Mill en su obra “La sujeción de la mujer” en 1869.

⁴⁷ *Ibidem*.

la naturaleza universal quiere a veces una hembra, para que la propagación debida al curso de ambos sexos perfeccione el universo”⁴⁸. Es interesante la visión que se tiene de la mujer como un hombre inacabado, en ese sentido podría decirse que la ciencia de la época la vería incapaz de poseer derechos, o como un ser que debía cuidarse pero no dotarse de la misma independencia que un “hombre acabado”. Es también lógico que al no entenderse su diferencia con el hombre se haya interpretado como un pobre ser al cual la naturaleza solo desea que exista para procrear⁴⁹.

Como tercer aspecto, el moral, la mujer pasaba por tres fases: la de la inocencia, la del libertinaje -pues deja el amor por el placer debido a los desengaños que ha sufrido-, para finalmente fingir sentimientos con el objetivo de beneficiarse⁵⁰. Es cuestionable esa forma de percibir a la mujer, aunque esta percepción es compatible con la idea que se tenía de la mujer cortesana francesa, que conspira y trata de ganarse el favor del Rey.

Sin embargo, la mujer también desea incursionar en debates políticos como Olympia de Gouges, quien decía en el Art. X de su Declaración de los derechos de las mujeres: “Si la mujer tiene el derecho de subir al patíbulo, ella debe tener igualmente, el derecho de subir a la tribuna”⁵¹. Pero, filósofos como Kant rescindieron de las mujeres para la filosofía⁵².

No obstante, Montesquieu y Condorcet reconsideraron la importancia de la mujer en la vida política; y este último diría: “¿Por qué unos seres expuestos a embarazos y a indisposiciones pasajeras no podrían ejercer derechos de los que nunca pensó privar la gente que tiene gota todo los invierno o que se resfría fácilmente?”⁵³.

Con el tiempo, y entre guerras, se fueron reconociendo los derechos civiles y políticos de las mujeres, todo ello en el marco de lo jurídicamente posible⁵⁴, bajo

⁴⁸ Marsilio Ficino citado por CERECEDA GUÍA, Eduardo. *Ibidem*.

⁴⁹ Un disidente de esta línea de pensamiento fue Platón, el cual lo dejó claro en su libro “La República”, donde incidía en la igualdad de ocupaciones entre mujeres y hombres.

⁵⁰ Cfr. CERECEDA GUÍA, Óp. Cit.

⁵¹ RAMREZ, Gloria. *La declaración de los Derechos de la Mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿Una Declaración de segunda clase?* [ubicado el 11.IX 2018]. Obtenido en https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/catedra/materiales/u1_cuaderno2_trabajo.pdf

⁵² Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., p. 42.

⁵³ Condorcet en “sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía” citado por LAJE; y MÁRQUEZ, p.33

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 37.

ningún intento de transgredir el carácter natural de las mismas⁵⁵. Esta fue la época del “sufragismo”. Como un dato curioso, Stuart Mill impulsó sin éxito el cambio de denominación de “hombre” por “persona” en la normativa electoral de la época⁵⁶. Se infiere de lo anterior, que la representación feminista de la mujer busca reconocimiento político en occidente, buscaba educación. No se le consideraba apta para elegir mediante el voto democrático, lo que se contrapone a su mero carácter de persona que le da la legitimidad de sus derechos en la vida política; aquella no fue una creación de derechos, sino, reconocer que en tanto su dignidad de persona también debían ejercer sus derechos civiles y políticos.

Acerca de la segunda Ola Feminista

Cuando los países desarrollados se alinean al movimiento sufragista femenino, surge una advertencia de Von Mises: “Si, al ir más allá de estas reivindicaciones, el movimiento feminista cree que debe combatir instituciones de la vida social con la esperanza de remover (...) ciertas limitaciones que la naturaleza ha impuesto al destino humano, entonces ya es un hijo espiritual del socialismo. Porque es característica propia del socialismo buscar en las instituciones sociales las raíces de las condiciones dadas por la naturaleza (...) y pretender, al reformarlas, reformar la naturaleza misma”⁵⁷.

También llamada “ola contemporánea”, inicia con lineamientos marxistas. El rol de la representación feminista concibe un relato social acerca de la mujer, lo basa en la opresión por parte de las principales instituciones occidentales, siendo la principal: la familia. Su línea argumental descarta a la monogamia como familia originaria, porque es la base de la institución natural del matrimonio; en su lugar, consideran que la familia originaria surgía de un “matrimonio por grupos”, siendo la poligamia y la poliandria sus principales elementos⁵⁸. De ello es visible notar la ruptura entre la nueva significación de lo que es familia, y el vacío que deja esto en la esencia conceptual de la institución del matrimonio.

Esta nueva concepción de los orígenes de la familia, sin duda eran coherentes con el replanteamiento desde la teoría marxista: la aparición de la propiedad privada es

⁵⁵ Cfr. Ludwig von Mises, citado por LAJE; y MÁRQUEZ, p. 37.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁷ VON MISES, Ludwig. *Socialismo. Análisis económico y sociológico*. 5ta ed., Madrid, Unión Editorial, 2007, pp. 105-106.

⁵⁸ Cfr. LAJE; y MÁRQUEZ, *Óp. cit.*, p. 39.

el fin del paraíso comunista matriarcal⁵⁹. Siendo que, para este novedoso relato de los orígenes de la civilización, el primer antagonista de la naturaleza humana es la propiedad privada; la misma que atacaba el paraíso empoderado feminista.

No obstante, esta forma de perdido empoderamiento de la mujer, se intentó restaurar en la época socialista de la URSS, y llevó a la práctica obligar a las mujeres de dieciocho años a inscribirse en una oficina de “amor libre”, dado que tenían el importante rol de dar mayor cantidad de “proletarios” a la república mediante diversos actos de cohabitación⁶⁰. Cohabitación que en efecto no involucraba a la mujer en un matrimonio, permitiéndole decidir con quién cohabitar cuando desease. Paradójicamente, ello no redujo ni hizo desaparecer la prostitución en la URSS⁶¹.

Acerca de la tercera Ola Feminista

En el siglo XXI, se presume a este como el actual feminismo, siendo ya de tintes meramente culturales o llamado “feminismo cultural”. Betty Friedan destaca irónicamente que: “De acuerdo con la mística de la feminidad, la mujer no tiene otra forma de crear y soñar en el futuro (...) que no sea el de madre de sus hijos o esposa de su marido”⁶². Con ello, hacía referencia a que en tiempos posteriores a la primera ola las mujeres no hubieren renunciado a los roles de esposa y madre. También tiene como impronta al libro “El segundo sexo”, de Simon De Beauvoir, donde se destierra el ideal maternal del estalinismo⁶³, rompiendo teóricamente (bajo este razonamiento) el vínculo madre e hijo, manifestando que la maternidad es otra forma de opresión contra la mujer. Ante ello, deben recordarse las reformas estatales socialistas: si el hijo no es de su madre, sino del Estado, el ideal maternal carece de sentido.

Explicar así la llamada *revolución sexual*, fue el siguiente paso en la construcción de un nuevo feminismo, este se asumía que no existía ningún tipo de reglas de

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ LAJE; y MÁRQUEZ, Óp. cit., p.45.

⁶¹ Cfr. También es rescatable mencionar que a los niños se les consideraba propiedad Estatal, razón por la cual eran calificados como “proletarios” la generación nacida de este tipo de relaciones. *Ibidem*.

⁶² FRIEDAN, Betty. *La Mística de la feminidad*, traducido por Magalí Martínez Solimán, Madrid, Ed. Cátedra, 2009, p.100.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, LAJE; y MÁRQUEZ, p.55.

moralidad sexual⁶⁴, y si los hombres tenían ciertas “libertades” en ese ámbito, no habría que discriminar a las mujeres del mismo.

Así mismo, Simone De Beauvoir, destierra el contenido de lo que significa ser mujer, con su frase popular “no se nace mujer, llega una a serlo”; resaltando que la mujer en esencia no existe, sino que es una creación social, no sujeta a ningún parámetro objetivo para ser percibida como aquello que se denomina ser mujer. En este punto, el nuevo feminismo o posfeminismo, se aleja de cualquier otro contenido que no involucre el término social o cultural de la formación del ser humano.

El punto más controversial de esta tercera ola, se desarrolla con Butler, quien interpreta a De Beauvoir con lo siguiente: “el sexo no crea el género, y no se puede afirmar que el género refleje o exprese el sexo (...) aunque el sexo no puede cambiarse-o eso opinaba ella-, el género es la construcción cultural variable del sexo”⁶⁵; pero transmuta su explicación con Wittig acotando lo siguiente: “no hay ningún motivo para clasificar a los cuerpos humanos en dos sexos masculino y femenino a excepción de que dicha clasificación sea útil para las necesidades económicas de la heterosexualidad y le proporcione un brillo naturalista a esta institución(...)la categoría de <<sexo>> es en sí una categoría *con género* (...) naturalizada pero no natural”⁶⁶. De esta forma, la causa feminista deja de ser la causa de la mujer, ahora es del género.

En resumen, se ha dejado de lado un concepto como el de “naturaleza humana” y la integridad de lo que implica el “ser humano”. Es posible la influencia existencialista de Jean Paul Sartre⁶⁷, que niega la existencia de este concepto como origen del individuo, dejando al ser arrojado sobre el devenir cultural, y por tanto, un feminismo que ha fusionado diversas categorías tanto filosóficas como sociales, pero se aparta de los datos objetivos y naturales.

1.1.3 Cientificismo

El Cientificismo es un reduccionismo, basa su perspectiva pseudo-científica desestimando y limitando la naturaleza humana a un nivel material exclusivo.

⁶⁴ Cfr. BURGOS, Óp. Cit., p. 69.

⁶⁵ BUTLER, Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, traducido por Antonia Muñoz, Barcelona, Paidós, 2007, p. 225.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 227.

⁶⁷ LAJE y MÁRQUEZ, Óp. Cit., p. 56.

El camino científico hacia esta versión de la ciencia se encuentra desde los tiempos de Bacon y Galileo ⁶⁸, que fue gestando en los siguientes años una corriente de científicos que dieron paso a la Revolución industrial, época en la cual el progreso aparentemente imparable de la ciencia dio resultados materiales para la humanidad; esta obtención de resultados hizo plantearse la cuestión de si la ciencia así de fructífera en la industria, también podría solucionar otros problemas del ser humano.

No obstante, existe en una variante muy importante a tomar en cuenta antes de formular la pregunta: ¿la ciencia puede solucionar todas las cuestiones humanas?; y es: ¿Qué es el ser humano para la ciencia?

Este es el problema crucial y contradictorio del cientificismo, que si bien se enfoca en soluciones prácticas y materialmente estudiadas y experimentadas para obtener sus resultados, este sobrepasa su posibilidad de resolución en cuanto: o asume al ser humano como un ser carente de espiritualidad y algún otro carácter no material; o en tanto sus métodos sobrepasa sus límites planteados en el nivel físico en lo que respecta al ser humano, corrompiendo así sus propios fines y con ello generándose una pseudociencia (improbable de corroborar).

Como una brevísima reseña se puede decir que el hombre que cree en la ciencia no es sin más el mismo que descubre y conquista América, porque es en este punto de la historia en donde los inicios del mercantilismo permiten la acumulación de metales preciosos también llamado “acumulación originaria”⁶⁹. La superioridad técnica europea permite este actuar sobre América.

Desde esta época, es el hombre el sujeto de la historia, así lo asegura Descartes; es un sujeto de dominación del plano ontológico del Ser sobre el Ente que le da esa licencia de experimentar, pero sin límites. Tal como lo interpreta Feinmann a Heidegger, el hombre moderno quería conocer para dominar y conquistar, “se entrega al dominio de los entes”⁷⁰, eso traslada la idea del hombre en la centralidad al resto de campos, incluido el científico.

⁶⁸ Cfr. TABORDA CHAURRA, Javier. “El cientificismo como enfoque curricular contemporáneo”, *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, Colombia, Vol.3, núm.1, enero-junio 2007, 103-122.

⁶⁹ ROCA, Richard. *Breve Historia de la Macroeconomía* [ubicado el 11.IX 2018]. Obtenido en <https://es.scribd.com/document/360424439/Breve-Historia-de-La-Macroeconomia>

⁷⁰ Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., p. 61.

El dato ético, en este sentido queda excluido, términos como moral y conciencia también, el tratamiento antropológico del ser humano queda reducido a “un ser como procesos fisicoquímicos y biológicos”⁷¹.

Aquí es necesario incluir una reflexión de Feinmann respecto a la frase de Heidegger: “la ciencia no piensa”, con lo siguiente: “La ciencia no se piensa así misma, sino que va hacia adelante (...)”⁷², es carácter correspondiente de la ciencia que esta no se encargue de la reflexión de sus propios fines, así como esta misma siempre se proyecta en el progreso continuo. Por ello resulta imposible darle un fin último al derecho, la política, y la filosofía, exclusivamente desde la ciencia.

En el “Malestar en la Cultura” de Freud, este hacía alusión al hombre como un dios con prótesis, como aquel que se atribuía la capacidad de dominar todo a su paso. El problema de sumar estas ideas referentes al dominio infinito de la ciencia es que no plante un límite sobre el cual experimentar. Se experimenta con objetos, pero si la ciencia no se piensa a sí misma, no habría tampoco freno para cosificar a otros hombres (volverlos objetos *de*).

Desafortunadamente, este punto particular no es exclusivo del cientificismo, este fue transmitido al Positivismo, con Comté, que bajo una explicación de diversos tipos de Estado, resuelve que el Estado científico y tecnológico es el mejor⁷³. Muy lejos quedaron otras cuestiones humanas.

En la actualidad, la difusión de este tipo de ideologías tiene mayor alcance popular dentro de un engranaje cultural(al servicio de ciertas causas); sobre todo por que asumir su línea de pensamiento carece de pensar un fin más allá de sí misma y ha terminado por vincularse con un gran sector de la información sensacionalista, sin crítica científica⁷⁴.

1.1.4 Neo constitucionalismo

⁷¹ GOMES MENDOZA, Miguel Angel. “La crítica al “cientificismo” y al “positivismo” en la obra del Grupo de Investigación Educativa de la Universidad Nacional: una mirada desde la teoría crítica”, *Revista Educación y Pedagogía*, Vol. IX-X N° 19-20, Sep/97- Abril/98, 30-57.

⁷² FEINMANN, Óp. Cit., p. 31.

⁷³ *Ibíd*em, GOMES MENDOZA.

⁷⁴ JARA GUERRERO, Salvador. “Cientificismo, analogía y humanidades”, *Análisis*, N°76, 2010, 47-69

Como tal, es una versión renovada del constitucionalismo llamada a realizar una democracia constitucional⁷⁵, mediante la jurisprudencia, siendo sus principales protagonistas no las leyes o los principios, sino, los jueces en materia constitucional.

En este punto, existe una diferencia entre constitucionalismo y neo constitucionalismo, es que el primero busca “limitar y controlar el poder”⁷⁶ que es lo aplicable en el Estado de Derecho⁷⁷, mientras que al segundo le interesa “afianzar y garantizar la vigencia de los derechos”⁷⁸, lo que se traduce a un Estado Constitucional de Derecho.

Es por ello que en su vertiente política e ideológica, presenta al Estado Constitucional de derecho como “la mejor o más justa forma de organización política”⁷⁹. No obstante, para Prieto Sanchís esto representaría a su vez: “(...) presentar el constitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante (...) a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias (...)”⁸⁰, lo que especularía con el control difuso y concentrado como es el caso peruano frente a la legitimidad que tiene el congreso para en efecto legislar.

El trabajo de “afianzar y garantizar”, conduce a los jueces hacia una objetivo menos pendiente de las normas o leyes del Estado, para Zagrebelsky “antiformalista”⁸¹, proponiendo una “interpretación creativa y dinámica”, con la finalidad de “adecuarlo a las nuevas realidades y exigencias”⁸², no sin dejar de lado los valores que deberán regir la sociedad, puntualmente en lo último, en las sociedades multiculturales como la peruana aún no existe un consenso, “existiendo una gama tan amplia de valores o principios”⁸³ —en intención de no discriminar el más mínimo— generando incluso contradicción entre sí.

⁷⁵ SANTIAGO, Alfonso. *Neoconstitucionalismo*, 3 de abril de 2008 [ubicado el 06.IX 2018]. Obtenido en <https://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Cfr. PUENTE MORAL, Marta. *El neoconstitucionalismo. ¿Una corriente doctrinal impulsora del activismo judicial?* Tesis para optar el grado en derecho, Universidad de Burgos, 2015

⁷⁸ *Ibidem*, SANTIAGO.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho e la Universidad Autónoma de Madrid* 5, 2001.

⁸⁰ *Ibidem*, PRIETO SANCHÍS.

⁸¹ Orientan su actuación en los principios “pro homine” y “favor libertatis”. *Ibidem*, SANTIAGO.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ PUENTE MORAL, Óp. Cit.

Ante ello, se suele referenciar que el método de ponderación de Robert Alexy, está revestido de subjetivismo, y es considerado como tal mientras no se tome en cuenta que las conductas lo siguiente: “algunos jueces revistan sus fallos bajo el manto de la ponderación no es una terapia segura que evite las aberraciones morales, las tonterías o un decisionismo vacío de toda ponderación (45), pero ello será así cualquiera que sea el modelo de argumentación que propugnemos”⁸⁴. En busca de objetividad, también es destacable que se suele proponer “una reformulación *ideal* de los principios que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes”⁸⁵.

En Ecuador desde el año 2008 se vislumbra una versión interesante de neoconstitucionalismo, narrado así por Vintimilla: “el proceso constituyente neofundacional de Montecristi atentó contra la realidad constitucional imperante e inició un proceso de democracia plebiscitaria que conspira constantemente contra una democracia constitucional(...) se inauguró la colisión entre la democracia mayoritaria, ilimitada o plebiscitaria y la constitucional, siendo hasta el momento la primera la que sobresale (3). Un ejemplo claro de este aserto lo podemos advertir en la consulta popular del 7 de mayo de 2011 donde claramente se pudo observar que gracias a las urnas fue posible proceder al cambio de la estructura orgánica del Consejo de la Judicatura mediante una reforma de aquello que fue previamente aprobado en Montecristi, sin duda alguna, la Corte Constitucional hizo verdaderos malabares jurídicos para no aplicar las reglas y principios constitucionales imperantes”⁸⁶. Aquí se puede inferir que la Corte Constitucional también puede prestarse para un *laissez faire laissez passer* ante la voluntad mayoritaria, un punto donde se pondera más el valor de la mayoría que la coherencia en materia constitucional.

Mientras tanto, se hace un llamado de atención al denominado activismo judicial, que más allá de seguir los fundamentos primordiales de la constitución –caso de los jueces constitucionales- suele imprimir la ideas o ideología propia de cada juez, yendo más allá bajo el manto de neoconstitucionalismo: “Activismo no razonable o sencillamente ilimitado, en el sentido que los jueces aparentemente aplican la

⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, Óp. Cit.

⁸⁵ MORESO, citado por PRIETO SANCHIS.

⁸⁶ VINTIMILLA, Jaime. “El Neoconstitucionalismo en la mira”, *IURIS DICTIO*, Año 13, Vol 15 Enero-Junio 2013, 39-48.

Constitución, colman las anomias o resuelven las antinomias, pero en realidad han escrito sus propias ideas o han aplicado un acercamiento *free-form* o subjetivo (ideológico y axiológico) no necesariamente técnico⁽³³⁾ que desborda sus funciones hasta llegar a reescribir las normas constitucionales, algo que ni siquiera la Corte Constitucional puede hacer”⁸⁷.

De la misma importancia es la injerencia del “Control de Convencionalidad” promovido por la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Ramírez señala “(...) consiste esencialmente en la verificación de que un acto, que puede ser una ley o un comportamiento, se ajuste a los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o alguna otra convención (...) tal como se haría con el control de constitucionalidad”⁸⁸, hay que recalcar que hasta ahora se hace trascendente dicho tratado internacional en tanto tal. A su vez, un control difuso de la Convención comprendería a todos los jueces de un Estado⁸⁹.

No obstante, ajustarse al control de convencionalidad que la corte propone puede comprender también la jurisprudencia, dado que si bajo esta jurisprudencia se hace interpretación de lo tratado en la Convención y es la Corte la única que puede interpretarlos, dicho contenido deja de ser *inter partes* para transformarse en *erga omnes* y de aplicación para el control convencional difuso, salvo que la ley Estatal brinde mayor protección⁹⁰. Su finalidad estaría apuntando a maximizar el sentido *pro homine*.

Este poder que se irroga la CIDH, también presenta muchos tintes ideológicos en su jurisprudencia, y no presentan límite al reinterpretar los derechos fundamentales y una posible inconstitucionalidad en estas extralimitaciones judiciales, que dejó de la lado la subsunción y ahora tratará de promover al máximo la ponderación como sistema de interpretación preferente⁹¹, dejándole un carácter bastante discrecional⁹² el cual quedará más expuesto en las siguientes subdivisiones del presente capítulo.

1.2. Los Derechos Humanos en el contexto sociopolítico.

⁸⁷ VINTIMILLA, Óp. Cit.

⁸⁸ CHORNY, Vladimir; BARRERA, Paulina. *Conversando con Sergio García Ramírez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.

⁸⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁹⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, VINTIMILLA.

⁹² PRIETO SANCHÍS, Óp. Cit.,

El contexto social y político se conforma como tal bajo los baremos de una riqueza cultural común entre los seres humanos, aquello que puede unirlos en una historia generada por la convivencia estable en un determinado espacio temporal.

Estudiar los contextos sociales del pasado, desde luego que tiene un límite, y ello porque no se puede retroceder en el tiempo hasta antes de la invención de la escritura, ese hito en la historia que diferencia a una “sociedad histórica” de otra “pre-histórica”⁹³. De la época prehistórica se podría decir que se estudia mediante rastros de utensilios de uso, construcciones rudimentarias; sin embargo, de la sociedad histórica se tienen registros más fidedignos respecto a lo que vivieron, es por ello que se considera que: “la historia de la humanidad empieza con Sumeria”⁹⁴ (3000 A.C.).

Durante la época de la Antigua Grecia, su continua estabilidad no permitió se desarrollase un teoría de los derechos tal cual la percibimos actualmente, todo radicaba “en el interés común y general de la polis”⁹⁵, la que en retribución garantizaba el bienestar de los que consideraba sus ciudadanos. Sin embargo, ahí se puede intuir una forma primitiva de derechos humanos en los derechos atribuibles a los ciudadanos de la polis⁹⁶.

En Roma, en la época republicana, la situación no distó mucho de la ateniense. El senado era la institución principal -dominada en este caso por *patricios*⁹⁷- siendo los patricios quienes no querían ceder ante la petición de los plebeyos de extender en cierto sentido sus derechos. En este caso tuvieron que ceder ante la amenaza de parte de estos últimos- quienes se irían de Roma y conformarían otra ciudad si no se les atendía las reformas requeridas⁹⁸-, ante ello se incluyeron tribunos representantes de la plebe en el senado, denominados “*tribunos de la plebe*”⁹⁹. Por

⁹³ ASIMOV, Isaac. *Historia y cronología del mundo. La historia del mundo desde el Big Bang hasta 1945*, traducido por Vicente Villacampa, 1ª Edición, 2ª Reimpresión, Barcelona, Editorial ARIEL, 2013, p. 40.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁹⁵ MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. *El derecho y los derechos en la Antigua Grecia*, DIKIOSYNE, N°31, diciembre 2016, 61-80.

⁹⁶ Cfr. GÓMEZ-LOBO, Alfonso. *Escritos políticos de Platón*. Estudios Públicos, 51, invierno, 1993, 337-411.

⁹⁷ “Descendientes de quienes fundaron Roma, que llegaron a formar una aristocracia herméticamente cerrada”. ALVEAR ACEVEDO, Carlos. *Manual de Historia de la Cultura*, México, LIMUSA, 2010, p. 298.

⁹⁸ Cfr. ASIMOV, Óp. Cit., p.83.

⁹⁹ ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p.299.

su parte, la Ley de las Doce Tablas, procuró igualar jurídicamente a patricios con plebeyos¹⁰⁰.

Hacia inicios del siglo I A.C., tras la expansión romana – ya no eran solo la polis-, se generaron más disputas internas, y desde luego que sus “nuevos aliados” requerían también reformas –como las mencionadas en el párrafo anterior, un reconocimiento-. Ante lo cual resurgió la importancia de otorgar a todos la ciudadanía romana¹⁰¹, aquella investida de *dignitas* e incompatible con la condición de esclavo¹⁰², pues al ser mayor la población a cargo de Roma, surgió la necesidad de reconocimiento por parte de un cúmulo de personas que no eran esclavos, pero tampoco ciudadanos, siendo esta recién conformada clase social – extranjeros de origen hacía la denominación de ser romano- que vieron esta necesidad de distinguirse de aquellos que no podían tener posesiones o que pertenecían como objetos a los romanos.

El surgimiento de corrientes como la patrística y la escolástica, dejaron claros nuevos conceptos transformados desde Platón y Aristóteles, por San Agustín y Tomás de Aquino, quienes además de apostar por un ley natural, de origen en una *lex eterna* y con consecuencia en una *lex humana*, destacó contenido referidos al individuo – así sin más- el cual mientras aún libre, se consideraba subordinado al poder público, eclesiástico o civil, sin excluirle un elevado concepto de personalidad humana¹⁰³. Siendo el respeto de lo más alto (la autoridad) al orden natural, aquello que va demarcando la aparición de una nueva forma de concebir tanto al ser humano como a su conformación social a nivel general, se estaba descubriendo que había “algo” que se encontraba más allá de cuanta creación de alteridad humana y relaciones sociales.

En Inglaterra, ante un rey debilitado por luchar contra el clero y los franceses, llamado Juan I o también conocido como Juan sin tierra, tuvo que ceder ante la rebelión de los nobles ingleses y firmar la Carta Magna, garantizando así los derechos de la nobleza y los hombres libres frente a excesos del poder arbitrario

¹⁰⁰ Cfr. APUNTESHISTORIA.COM. *Ley de las Doce Tablas*, [ubicado el 11.IX 2017]. Obtenido en <http://www.apunteshistoria.com/historico/ley-de-las-doce-tablas/275/26.html>.

¹⁰¹ Cfr. ASIMOV, Óp. Cit., p. 114.

¹⁰² Cfr. D'ANGELO, Rafael. *Dignidad Humana y “Nuevos Derechos”. Un confrontación en el Derecho Peruano*, Lima, Palestra, 2012, p. 36.

¹⁰³ Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 1991, pp. 31-32.

de la corona¹⁰⁴, documento en el cual aceptó no subir los impuestos sin constar un acuerdo previo en un consejo de nobles así como no existiría encarcelamiento ni detenciones sin juicio previo, siendo este último considerado el derecho fundamental originario¹⁰⁵.

La concepción religiosa hegemónica – católica- entró en conflicto ante la aparición del Luteranismo hacia inicios de 1500, esta denominada “reforma”, apostaba por la exaltación del yo –el individuo- siendo la libre interpretación de la biblia un primer paso hacia el voluntarismo, y proliferación de diversas doctrinas religiosas. Más allá del pensamiento que pudo impulsar el actuar de Martín Lutero, esto promovió diversas reacciones no solo a nivel religioso, sino social y político, siendo la nobleza de la época quienes retuvieron y en otro extremo rechazaron sus ideas tras la tragedia de la Guerra del Campesinado, obligando a los campesinos a regresar a la Iglesia Católica bajo pena de la privación de sus derechos¹⁰⁶.

Ante el fracaso del emperador Carlos V de frenar esta nueva corriente, es que los príncipes germanos deciden acogerla por conveniencia (a la sombra de conservar el poder e ir frenando poco a poco a la nobleza) – adueñándose también de los bienes de la Iglesia que ahora desterraba¹⁰⁷.

Al culminar la edad media, los mismos reyes que apoyaron a las ciudades para frenar políticamente a la nobleza, decidieron restar importancia a la representación de los mismos¹⁰⁸, dando paso al absolutismo.

Así en Francia, el Rey Luis XIV, ideó una forma de controlar a la nobleza, mediante la creación de la Corte de Versalles, en la cual entretuvo a la misma con rigurosas etiquetas sociales, lo cual pervivió en los siguientes reinados, pero a la postre ello generó una inacción y aislacionismo del Rey hacia su pueblo¹⁰⁹, que desafortunadamente no previó ni pudo entender los cambios sociales que estaban

¹⁰⁴ Cfr. ASIMOV, Óp. Cit., p. 228.

¹⁰⁵ Pues sin este derecho el hombre se encontraría permanentemente bajo amenaza; es decir, todo tipo de expresión o carácter espiritual, político, social o religiosa podría costarle su libertad personal porque sería cuestionada por el Estado en cualquier momento. HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, Segunda Edición, Lima, Palestra Editores, 2012, p. 408.

¹⁰⁶ Cfr. ATKINSON, James. *Lutero y el nacimiento del protestantismo*, traducido por Ana de la Cámara, Madrid, Alianza Editorial, 1971, pp. 293-294.

¹⁰⁷ ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., pp. 444 – 446.

¹⁰⁸ Cfr. Ibídem, p. 390

¹⁰⁹ Cfr. ASIMOV, Óp. Cit., p. 359.

gestándose en las ciudades francesas y mucho menos satisfacer las necesidades de sus súbditos.

Ante la cuestión de los nativos americanos, se comenzó a difundir el concepto de “derecho de conquista”, basado en que los no cristianos (indígenas americanos en este caso) carecían de derechos humanos¹¹⁰ y eran los hispanos quienes estaban llamados a evangelizarlos; no obstante, ello causó incomodidad por parte de algunos pensadores como Francisco de Vitoria, quien indicó que “los indios eran verdaderos dueños de sus posesiones, y que éstas y la libertad no podían ser objeto de despojo a pretexto de la idolatría”¹¹¹, así también “reconoció (...) que todos los pueblos formaban y forman (...) una sociedad”¹¹², lo cual también señalaría Hugo Grocio. Ello conformó una línea de pensamiento que reconocía la naturaleza humana de los indígenas del nuevo mundo, y en calidad de ello que existía un concepto que en general integraba a cada persona, además de una comunidad local, a una sociedad global; aun así, respecto a los derechos que como tales los indígenas deberían ostentar, no era política ni económicamente el momento de reconocerlos para los imperios del viejo mundo.

Por su parte, en Inglaterra, el Rey Jacobo I como cabeza de la iglesia anglicana, dio como doctrina el *derecho divino de los reyes*¹¹³, dando a entender que Dios brindaba directamente el poder que recibían los monarcas, con lo cual ellos solo rendían cuentas a Dios por sus actos. Esto trascendió en las monarquías absolutistas de la época, pero en Inglaterra solo generó con el tiempo la ratificación del Bill of Rights o Declaración de Derechos de 1689, la cual era aplicada por la Judicatura en sus sentencias¹¹⁴.

En Francia, aparecieron los fisiócratas¹¹⁵ –en contraposición de los mercantilistas–, quienes señalaban: “El estado debe intervenir lo menos posible en asuntos económicos, a menos que se trate de dar protección a la vida, a la propiedad

¹¹⁰ Cfr. Ibídem, p. 285.

¹¹¹ ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p. 461.

¹¹² Ibídem, p. 462.

¹¹³ ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p. 480.

¹¹⁴ HAKANSSON NIETO, Óp. Cit., p. 410.

¹¹⁵ La fisiocracia recogía la división de la sociedad en distintas clases, cada una con una función en distintas clases, cada una con una función claramente diferenciada, así como la exaltación de la agricultura y de sus procesos productivos como centro de la actividad económica. JAVERIANA.EDU. *Papel de la fisiocracia en nuestros días. Una Reflexión sobre el análisis económico de los recursos naturales y el medio ambiente, 2004* [ubicado el 11.IX 2017]. Obtenido en http://www.javeriana.edu.co/ier/recursos_user/economia_ecologica/39113204_fisi%F3cratas.pdf

privada y a la libertad de contratación¹¹⁶. Siendo estos los tres tópicos que más resaltaban para los fisiócratas. Sería esta mínima intervención lo cual se rescataría para fines de siglo XVIII en Francia, desafortunadamente esta forma de entender la economía crearía una nueva forma de esclavitud.

En 1776, en Estados Unidos, tras erradicar las asambleas locales y dejar el fuero político en toma de decisiones únicamente al parlamento inglés – quienes promulgaron una serie de “leyes intolerables” según los norteamericanos-, se dejó de lado el concepto de los derechos del hombre inglés (siendo que ahora los norteamericanos carecían de representación, más aun en el parlamento) por *los derechos naturales del hombre*¹¹⁷, que vieron a su vez en la doctrina de John Locke la salida ideal para la independencia, Locke señalaba que son derechos naturales: “los correspondientes a la vida, a la libertad y a la propiedad conseguida por el trabajo”¹¹⁸; además, de concebir como principal función del gobierno la protección de dichos derechos, y del caso contrario este podía ser combatido por el pueblo. *A posteriori*, en la Constitución de los Estados Unidos se mencionaría principalmente el derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

En la placa continental europea, comenzó también a aceptarse la existencia de los derechos naturales del hombre, pero el enfoque fue variado, con tendencia a dejar de lado cualquier principio que pretendiera estar “por encima de la razón”¹¹⁹. Esto más se proyectó en los franceses que en los ingleses, siendo los primeros de tendencias ateas y materialistas.

Con la Revolución Francesa se apuntó a despojar al hombre de todo tipo de grupo de representación (como los gremios o cualquier intento de jerarquía) para dejarlo exclusivamente solo frente al Estado. Es así que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se estableció que los hombres nacen libres e iguales en derechos, además de declarar como derechos naturales: la propiedad, la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión¹²⁰.

Con la revolución industrial se repotenció el poderío y poder adquisitivo – e influyente económica y políticamente- de los burgueses, pero también la aparición

¹¹⁶ Cfr. ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p. 489.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 526.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 530.

¹²⁰ Cfr. ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p.542.

de aquellos que con similitud a los siervos trabajaban ahora no en campos, sino en fábricas, por excesivo tiempo, y en condiciones inhumanas¹²¹.

Es aquí donde la necesidad de un sindicato y conformaciones de assembleístas se hacen necesarias, se crea la *cuestión social*. Se reúnen, y exigen “libertades”, simplemente quieren obtener unos beneficios, el trayecto hacia las 8 horas diarias límite de trabajo ha comenzado, aunque solo para aquello que pueden aún tener la posibilidad de considerarse ciudadanos, pues los niños – al igual que las mujeres- no tienen tal estatus¹²².

Hacia fines de siglo XIX, se desarrollaron diversas corrientes políticas en Rusia, en este punto la teoría reinterpretada de Hegel por Karl Marx dio a luz al materialismo histórico, el cual pronosticaba un “gran cataclismo” impulsado por una revolución social¹²³, y dado el caso que los problemas sociales que se acumularon desde inicios de siglo no fueron atendidos a tiempo, hubo una gran masa *proletaria* que comenzó a creer en lo que desde una teoría utópica proponían pequeños líderes locales que llamaban a la “Revolución” en la Rusia del Zar Nicolás II.

En paralelo hubo otro tipo de movimientos, surgió bajo un contexto de unificación el concepto de nación el *primordialismo*¹²⁴ -en contraposición al *constructivismo* de origen francés- explicado desde las proto-naciones que encontraban en común similitudes unificadoras entre alemanes, tal como lo convocó en Prusia Otto Von Bismarck, y que en su conjunto llevó a la industrialización de Alemania, ellos también se vieron afectados por movimientos socialistas, pero los prusianos estaban vislumbrando una nación conformarse, un poderío que con cada paso diplomático – y calculado- de Bismarck no dio tregua al desarrollo y avance político de estos movimientos cuya cuna era la misma Alemania. La acción rápida de

¹²¹ Cfr. No se conocían los seguros sociales; no había vacaciones, no había indemnizaciones por accidentes de trabajo; ni jubilaciones. *Ibíd*em, p. 549.

¹²² Cfr. No pocos empresarios preferían tener en sus fábricas a mujeres y niños, porque eran más dóciles, y podía exigirseles más sin que ofrecieran tanta resistencia como los hombres. *Ibíd*em, p. 549

¹²³ Cfr. SCHUZE, Hagen. *Breve historia de Alemania*, traducido por Ela María Fernández-Palacios, Segunda Edición, Madrid, Alianza editorial, 2013, pp. 175-176.

¹²⁴ MORENO ALMENDRAL, Raúl. *Corrientes teóricas para el estudio de las naciones y el nacionalismo. Críticas y alternativas al paradigma modernista*, Revista de Estudios Políticos, Núm. 171, 2016 [ubicado el 11.IX 2018]. Obtenido en <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/49332/30320>

Bismarck con la promoción de seguros sociales para la vejez, accidentes y urgencias médicas¹²⁵ redujo la incidencia socialista.

Desafortunadamente, Guillermo II, “el Káiser”, no tenía el suficiente juicio para mantener por buen rumbo las reformas hechas por Bismarck, a quien obligó a dimitir en 1890.

La debilidad e inevitable hundimiento de algunos imperios permitieron que el surgimiento de ciertas ideologías brotaran y se hicieran con el poder, siendo el camino hacia esa convergencia la Primera Guerra Mundial, una oportunidad en la cual los imperios que quizá antes apostaban por la guerra como un medio para mantener contento a su pueblo, los llevó a su rotundo fracaso, como sucedió con la Rusia Imperial. Apareció un ímpetu por repetir lo sucedido con la Revolución Francesa, pero con consecuencias aún más catastróficas.

Hasta este punto, queda claro que la mayoría de derechos adquiridos habían surgido de una urgencia política de los Estados, nadie quería desorden, la fundamentaciones de su existencia tenían un matiz más puro en cuanto eran desarrollados por aquella línea escolástica que se alineaba con sus orígenes en Aristóteles y Platón, por otra parte, se tenían a los estudios que negaban cualquier vinculación con orígenes religiosos, sin importar el argumento que recayera sobre la elaboración del sustento de lo que con el tiempo podría denominarse Derechos Humanos. Acudir a una falacia *ad hominem* ha sido ese error.

Con ello, es que las intenciones expansionistas y mal guiadas de ciertos monarcas se transformaron en una carga¹²⁶, actuando de forma irreflexiva; además, con la llegada de las ciencias al mundo industrial no solo había traído avances tecnológicos para la explotación de recursos, sino también nuevos tipos de armas de destrucción, y con ello mayor sufrimiento a sus pueblos. La desestabilización social era cuestión de tiempo, porque hubo innumerables casos de inequidad a puertas de 1914, que solo la Primera Guerra mundial pudo retener temporalmente, siendo este –inclusive- el caso de Alemania¹²⁷.

El imperio ruso terminó en 1917, junto con la guerra; el imperio turco, también halló un final y una balcanización; quienes ganaron la guerra no solo ganaron alguna

¹²⁵ Cfr. ASIMOV, Óp. Cit., p. 581.

¹²⁶ SCHUZE, Óp. Cit., p. 183.

¹²⁷ SCHUZE, Óp. Cit., pp.184-185.

protección indirecta sobre los territorios vencidos, sino también, deudas diplomáticas, lo cual sembró tensiones que hasta la actualidad se viven en el medio oriente. Es este punto donde hablar de derechos a nivel internacional, deja de verse tan lineal como lo planteaban Vittoria y Groccio¹²⁸, los intereses de la época apostaron por la primera organización internacional –como Sociedad de Naciones– pero era evidente que en los hechos habían gestado diversas disputas, irreconciliables como el caso de los judíos y los pobladores árabes que habitaban lo que hoy se conoce como Israel; además que la Prusia de la pos guerra trató de dejársela aislada, pero la cultura y relaciones de sus representantes – su pasado diplomático– ya estaba dado, definitivamente era cuestión de tiempo que ese aislacionismo diera sus frutos.

Explicar la segunda guerra mundial, parece el resultado más consecuente de lo sucedido entre 1914 y 1917, dado que el fin de la Gran Guerra dejó un escenario lleno de insatisfacción y nuevos conflictos de todo tipo en ambos bandos (ganadores y vencedores de la guerra). Es así, que en Estados Unidos pese a no tener injerencia directa en la guerra, tuvo una intervención armamentística, para la cual empleó como mano de obra a las mujeres, ya que los hombres fueron soldados en la guerra, y –paralelamente– comenzó a desarrollarse “la propaganda” como medio difusor de conocimiento – no solo de opinión–, remarcando los principios de un nuevo contexto de guerra y confrontación, al igual que transmisión inmediata de ciertos contenidos.

La respuesta planteada apuntó hacia los derechos humanos, a rescatar la Declaraciones norteamericana, francesa, encontrar un punto en común que pudiera sustentarse en la dignidad de la persona, y sin más, en los meros derechos naturales estudiados por los escolásticos. Claro está que la inacción de parte de otras religiones respecto a la cuestión judía¹²⁹ durante la Segunda Guerra Mundial, marcó una tendencia a rechazar cualquier aporte catalogado de orígenes “religiosos”, siendo este parte de un gran error por la comunidad internacional, porque truncó la continuidad argumentativa, aquella línea fina que sustenta

¹²⁸ Cfr. DEL VECCHIO, Óp. Cit., pp. 55-57.

¹²⁹ Aunque existe un amplio margen para hablar de la aparente inacción de la Iglesia, lo cuestionable al Papa Pío XII es no condenar de forma pública el nazismo, y el cuestionable rol del cardenal Pacelli en diversas fotos con autoridades nazis de la época. Cfr. SALVATIERRA, Miguel. *PIO XII, protector de judíos o pasivo testigo del Holocausto* ABC.ES, 2014 [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <http://www.abc.es/sociedad/20140126/abci--201401261436.html>

realmente la dignidad del hombre y sus derechos. Es bajo este contexto que se destierra todo fundamento ligado a autores católicos para sustentar la existencia de los derechos humanos a nivel internacional, y se recrean los fundamentos que impulsaron realmente la existencia de las primeras declaraciones de derechos, las cuales tuvieron un origen claramente económico, impulsado bajo una lucha de poderes, sin preocuparse realmente por el contenido de aquello que implica *ser humano*.

Mientras en la década de los sesenta se hablaba del *american dream*, bajo la cortina de hierro se satanizaba este estilo de vida como egoísta, y engendrador de una variedad considerable de perversiones que no permitían a cada individuo llegar a ser su versión más simple y aspirar a la paz social, por lo cual no existirían ni ricos ni pobres, paradójicamente a quien pensare distinto e intentase “corromper” este ideal se le enviaba a un gulag¹³⁰.

Aunque lo más interesante fue el legado de los escritores occidentales que pensaban el comunismo, que no lo vivían, pero que idealizaban con las versiones de *aldeas Potemkin*¹³¹ que muchos extranjeros hizo ver el *statu quo* de la URSS, ficción a la que estaban acostumbrados a elaborar.

Los Derechos Humanos tienen un giro más complejo con el fin de la guerra fría. Consideraré el siguiente pasaje para explicarlo: “(...) una vez caído el mundo bipolar de enfrentamiento de la Guerra Fría- lo que surge es la maravilla de las diferencias en el mundo capitalista. Este mundo (...) se dedica a reconocer y estudiar las diferencias”¹³² y aquí se hace una precisión aún mayor: “Lo que las universidades norteamericanas llaman el multiculturalismo. Estudiemos todas las

¹³⁰ Conjunto de campos de trabajo (476 por lo menos) que puso en marcha la revolución soviética, desde sus inicios hasta casi su desmoronamiento, siendo este método de control y castigo bajo el mandato de Stalin que adquirió toda su importancia en el ya asfixiante y opresivo sistema soviético. Cfr. NUÑEZ FLORENCIO, Rafael. *Gulag. Historia de los campos de concentración soviéticos*, Elcultural.com, 2004 [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <http://www.elcultural.com/revista/letras/Gulag-Historia-de-los-campos-de-concentracion-sovieticos/9725>

¹³¹ Potemkin fue un ministro ruso durante el reinado de Catalina La Grande, a quien se le atribuye la idea de congregar temporalmente en determinados puntos de algunas ciudades rusas a habitantes bien alimentados viviendo – aparentemente- en abundancia para que los turistas percibieran la bonanza rusa, varios de esos turistas fueron escritores o filósofos que quedaron maravillados. Desde luego era una forma de disimular la vida muy humilde y carente de servicios básicos que realmente se vivía en gran parte de Rusia (riqueza que realmente no se distribuía desde aquellas épocas). Cfr. LAROUSSE. *Gran Historia Universal. 11: El despotismo Ilustrado*, tomo 11, Santiago, Sociedad Comercial, 1999, pp. 14-15

¹³² FEINMANN, Óp. Cit., p.49.

culturas porque ahora formamos parte de una humanidad que está llena de características propias, pequeñas, fragmentarias y cada uno de esos fragmentos vale lo mismo, tiene la misma dignidad”¹³³. Lo que no queda claro es dignidad en tanto minoría, en tanto pequeño grupo fragmentario o como persona.

Esta es la era del “rizoma”, ese concepto extraído de la botánica por Deleuze y Guattari¹³⁴ que crece en todos los sentidos, que tiene cosas buenas y malas en sí. Y aquí una caracterización importante: “Principios de conexión y de heterogeneidad: cualquier punto del rizoma puede ser conectado con cualquier otro, y debe serlo (...) (En un rizoma) cada rasgo no remite necesariamente a un rasgo lingüístico: eslabones semióticos de cualquier naturaleza se conectan en el con forma de codificación muy diversas, eslabones biológicos, políticos, económicos, etc.”¹³⁵, es decir, no fija un orden ni jerarquía posible, tiene la similitud a una red que desde cualquier punto puede conectarse y crear más de sí; esta interpretación puede representar a la persona o las minorías fragmentarias infinitas conformadas por seres finitos.

Esta última, es la filosofía cultural imperante, esta brinda el contexto del derecho que se discute en tribunales y los derechos humanos que se exigen desde el activismo social.

Vale aclarar que el devenir social y político desde sus inicios hasta la actualidad es accidentado, y es sensato planteárselo sistematizándolo y reflexionándolo para encontrar los puntos de legitimidad, principios o parámetros que deberían requerirse para el reconocimiento y la fundamentación de nuevos derechos humanos. En los siguientes acápites se hará presente porque es contraproducente asumir con superficialidad dicha tarea.

1.3. Los nuevos derechos:

Los denominados *nuevos derechos*, en este acápite, hacen referencia a aquellos supuestos de reconocimiento por parte del Estado que dicen requerir protección mediante políticas públicas, estos “supuestos de reconocimiento” realmente no

¹³³ *Ibíd*em, p.101.

¹³⁴ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Traducido por José Vázquez Pérez y Umbelina Larraceleta. 5ª Edición, Valencia, PRE-TEXTOS, 2002, pp 12-13.

¹³⁵ *Ibíd*em.

deberían autodenominarse derechos de una forma automática -razones que expondré en este estudio- procurando sustentarse en alguna extraña y nueva versión de generación de derechos.

Para D'angelo Santa María, la aparición de estos “nuevos derechos” tienen su origen en el derecho internacional¹³⁶, y buscan justificación bajo el riesgo de un reduccionismo antropológico, refiriéndose a este como el reemplazo de “lo dado” por “lo construido”¹³⁷. Es decir, estos aparentes nuevos derechos, son versiones reflejadas de una iusfilosofía impuesta por un bagaje ideológico acogido por el derecho internacional, siguiendo la línea del caos que la filosofía posmoderna trajo y la aceptación social basada en el pensamiento débil que poco se interesa en entender la trascendencia que tiene a nivel ontológico el reemplazo de la naturaleza por la construcción social.

Además de poseer un lenguaje poco claro y ambivalente en la descripción de los mismos (nuevos derechos), estos tienden a *redefinir* términos como “género” sin dejar claro ni dejar consenso sobre qué significa género, y cuáles son los inicios y límites de este nuevo sistema de concepción de dicha palabra. Cuya importancia se explicita al promocionar la “equidad de género”¹³⁸ en las políticas públicas que refieren a los “nuevos derechos”.

También, la novedad de estos aparentes derechos está en querer expandir la protección jurídica a todo aquello que tenga algún atisbo de actuar humano, pese a que no se habla de acción, sino de derechos humanos. Este panorama –según Martha Cartabia- ya había sido advertido desde hace 25 años¹³⁹, y a su vez, detalla más un panorama contraproducente para lo que tradicionalmente debería significar derechos humanos respecto a lo que ahora parece redimensionarse como tales. Esta proliferación de nuevos derechos entorpecería el sistema de derechos humanos generando inclusive contradicciones entre el contenido de cada cual¹⁴⁰. Es necesario advertir, que la constante expansión de reconocimiento de “nuevos derechos” refleja – a su vez- proliferación de nuevas víctimas¹⁴¹. Tratar de entender

¹³⁶ Cfr. D'ANGELO, Rafael. *Dignidad Humana y “Nuevos Derechos”. Un confrontación en el Derecho Peruano*, Lima, Palestra, 2012, p. 29.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ CARTABIA, Marta. *La edad de los <<nuevos derechos>>*, UNED Revista de Derecho Político, N.º 81, mayo-agosto 2011, 61-100, p. 65.

¹⁴⁰ CARTABIA, Óp. Cit., p. 65.

¹⁴¹ *Ibíd.*

la clase de personas humanas y el tipo de sociedad hacia el cual está dirigido este reformulado discurso de los derechos humanos, establece la siguiente pregunta: ¿Realmente se necesita redefinir hasta la misma ontología para que todo aquel que se atribuya el carácter de víctima obtenga protección jurídica mediante la creación¹⁴² imparable de nuevos derechos? Para ello será necesario tener en cuenta los siguientes conceptos sobre los cuales se basan.

1.3.1. Eugenesia y eutanasia

La eugenesia y eutanasia, como tales son referentes al inicio y fin de la vida.

La RAE define a eugenesia como: “Del fr. eugénésie, y este del gr. εὖ eû 'bien'y génésie 'génesis'.1. f. Med. Estudio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientados al perfeccionamiento de la especie humana”¹⁴³. Y, la eutanasia

como: “Del lat. cient. euthanasia, y este del gr. εὐθανασία euthanasía 'muerte dulce'. 1. f. Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura. 2. f. Med. Muerte sin sufrimiento físico”¹⁴⁴. Queda sintetizar que en ambos casos tratamos con una intervención manifiesta ya sea para el perfeccionamiento de la especie humana en su origen, como poner fin a la vida de forma deliberada.

Pero, ¿realmente debería experimentarse con la vida humana?, ¿es lo mismo experimentar con animales así como con seres humanos?, es la antropología filosófica aquella que puede brindarnos una respuesta, pero queda claro el cuestionamiento se reconduce por lo que consideramos vida humana¹⁴⁵.

Si de manipulación genética se trata, se tienen innumerables ejemplos de ello, pero no es lo mismo producir un daño a un ser humano que a un embrión, ello lo deja claro la calidad que tiene este ser diminuto sobre el cual aún no se ha dilucidado si requiere o no protección especial del Estado¹⁴⁶.

El conflicto que versa entre las ciencias médicas y jurídicas, es si aquello que es concebido como resultado desde la fecundación entre un óvulo y espermatozoide

¹⁴² Desde el punto de vista de la aparente víctima, en todo caso el solicitante, se estarían hablando de un reconocimiento y no es una creación.

¹⁴³ RAE. *Eugenesia* [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=H62NicC>

¹⁴⁴ RAE. *Eutanasia* [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=H7n2IXw>

¹⁴⁵ Cfr. D'ANGELO, Óp. Cit., p.289.

¹⁴⁶ Cfr. ADRIASOLA, Gabriel. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Removiendo conceptos sobre el estatus jurídico del embrión Scielo.edu.uy, 2013 [ubicado el 03.IX 2017]. Obtenido en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-03902013000300007#bib1

humano es en efecto una persona, para las ciencias médicas es parte de la evolución gestacional de un ser humano, tiene su propia genética, de ser posible producirá su propio tipo de sangre¹⁴⁷.

Mas, hay una diversidad de opiniones en el campo jurídico, varias con el respaldo internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que primero hace precisión que la concepción humana –científicamente entendida como la fecundación- es durante la implantación, por tanto resulta evidente que la protección jurídica del concebido no comprendería al ser fecundado¹⁴⁸, y lo haría objeto de experimentación sin reparo alguno, puesto que no sería un ser humano. Por su parte, respecto a la eutanasia, no se ha comprobado que “el derecho a morir”, respaldado muchas veces en el principio de orden principialista de autonomía, amerite realmente tal carácter en el ordenamiento jurídico de un país, teniéndose en cuenta que es una línea muy fina aquella que separa al apalea el dolor del enfermo ante la muerte y el producir la muerte¹⁴⁹.

La línea lógica parte desde el aparente derecho a autolesionarse¹⁵⁰, que busca encerrar el dominio sobre el propio cuerpo por encima de cualquier raigambre ético o moral. El problema original surge ante el temor al extremo del caso: el encarnizamiento terapéutico, y sobre todo en que los pacientes geriátricos carecen de expectativa de vida futura, así que es más conveniente que mueran antes que sufran.

Sin embargo, actualmente este ha dejado de ser un tema geriátrico, volviéndose de igual interés los pacientes pediátricos a quienes desde inicio de la década anterior son objeto de estas medidas en la cual solo se debate de qué forma debería acabarse con su vida, tal cual lo indica el Dr. Gerad Bagué desde 2003: “Mis posiciones sobre los bebés generan más discrepancias. Hay doctores que piensan

¹⁴⁷ Cfr. ADAM Enciclopedia Multimedia. *Formación de la placenta*, [ubicado el 09.IX 2018]. Obtenido en <https://ssl.adam.com/content.aspx?productId=118&pid=54&qid=000101&site=adeslas.adam.com&login=ADES1378>

¹⁴⁸ Cfr. Fundamento 189. CIDH del 28 de Noviembre de 2012. {Artavia Murillo y otros VS. Costa Rica} [ubicado el 27.IX 2017]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹⁴⁹ Cfr. BECA, Juan Pablo. *Derecho a morir: un debate actual* Scielo.cl, 2005 [ubicado el 11.X 2017]. Obtenido en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872005000500014

¹⁵⁰ Cfr. Religión en Libertad. *¿Hay que dejar a las personas autolesionarse? Una revista médica lanza el “nuevo derecho”*. [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <https://www.religionenlibertad.com/polemicas/55381/hay-que-dejar-las-personas-autolesionarse-una-revista-etica.html>

que es distinto apagar la máquina que mantiene con vida un bebé severamente discapacitado que inyectarle una sustancia letal. Yo creo que es prácticamente lo mismo”.¹⁵¹.

Actualmente se ha tenido el caso de Alfie Evans, un bebé a quien una junta médica decidió darle la eutanasia, por temor a que si se le aplicaba un tratamiento alternativo –lo cual era voluntad de los padres y estaba respaldado por otros médicos- esto devendría en encarnizamiento terapéutico¹⁵². Así mismo, se dice abogar por la futura dignidad de Alfie Evans, y justifica así su eutanasia: “La continua provisión de ventilación, en circunstancias que estoy convencido de que es inútil, compromete la futura dignidad y es una falta de respeto a su autonomía. Estoy convencido que el soporte ventilatorio no se relaciona más con los intereses legítimos de Alfie. E”¹⁵³. Este caso hasta la fecha de publicación del presente trabajo no ha sido sometido bajo ningún pedido por parte de los padres a una nueva vía judicial¹⁵⁴.

Por último, el derecho eugenésico relacionado con la libertad se define: “Las personas tienen la libertad de decidir tener o no descendencia y, como consecuencia de ello, tomar las medidas que consideren adecuadas para la planificación familiar y periodificación de la descendencia”¹⁵⁵. Y el derecho a la eutanasia relacionado con la libertad es definirla así: “Regular la eutanasia supone abrir la posibilidad de decidir, en determinadas situaciones cómo morir, pero hacerlo es un derecho, no una obligación. Lo que se dirime en este caso es una cuestión de libertad. La existencia de la ley no obliga a nadie a acogerse a ella. Quienes

¹⁵¹ BAGUÉ, Gerad. “Aceptaría modificar los genes para hacer más feliz a la gente”, El país, 2003 [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en https://elpais.com/diario/2003/06/21/sociedad/1056146407_850215.html

¹⁵² ESTUDIO UGAZ ZEGARRA. *Caso Alfie Evans, Inglaterra* [ubicado el 25.VIII 2018]. Obtenido en <https://www.fuzfirma.com/principal/200-2/>

¹⁵³ Corte Superior de Justicia de Londres del 20 de Febrero de 2018. {case No. FD17P00694} <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/02/alder-hey-v-evans.pdf>

¹⁵⁴ En la siguiente cita bibliográfica se le recuerda en relación a otros casos similares. ACTUALL. *¿Nuevo caso Alfie Evans? Los padres de una menor batallan por mantener su soporte vital*, 18 de Julio de 2019, [ubicado el 13. XII. 2019]. Obtenido en <https://www.actuall.com/vida/nuevo-caso-alfie-evans-los-padres-de-una-menor-batallan-por-mantener-su-soporte-vital/>

¹⁵⁵ Teniendo en cuenta que: “el uso de anticonceptivos, la esterilización y el aborto— serían medidas de eugenesia negativa; las últimas —las técnicas de reproducción asistida y la terapia génica— de eugenesia positiva”. MENDES DE CARVALHO, Érika. *Eugenesia* [ubicado el 25.XI 2018]. Obtenido en <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/151>

consideren que su vida no les pertenece, pueden ignorarla. Pueden prescindir de la aplicación de la ley¹⁵⁶.

1.3.2. Derechos sexuales y reproductivos

El concepto de libertad sexual es muy amplio, pero en esta ocasión usaremos aquel que está relacionado con aquellos que se interrelaciona con una tema tan polémico como el aborto, y más aún, sustenta la existencia del aborto como consecuencia lógica de ejercer los derechos que supuestamente emanarían de la libertad sexual. Así, recordando la tesis marxista-evolucionista, es el fin de la concepción de familia el cual conlleva a una extraña involución de los conceptos de sexualidad y del origen de la vida humana.

Las nuevas corrientes feministas procuran generar mayor confusión en las mujeres jóvenes, promoviendo una tendencia a la no maternidad¹⁵⁷, esta ataca cualquier tipo de versión femenina que –supuestamente- oprime el ejercicio total de las libertades de la mujer.

Bajo este contexto, es que se desarrolla el derecho al aborto, supuestamente abalado por el derecho de elección de la mujer, que a su vez, deseará tener la posibilidad de desarrollar su libertad sexual, para lo cual deberá tener resguardado Estatal. Es en este extremo que ya no se habla de formas o culturas, sino de políticas públicas.

No obstante, en el caso del aborto, no toma en cuenta a la otra persona, el ser en gestación, que tiene dignidad humana, lo cual pone en disputa el derecho de elección femenina ante el aborto y el derecho a la vida del ser por nacer.

Desafortunadamente, para la Corte Interamericana, el niño por nacer ha dejado de tener el carácter de persona en todo el sentido, para ello se ha servido del neoconstitucionalismo para catalogar al ser en gestación como un ser que así como evoluciona físicamente irá adquiriendo derechos dependiendo de su estado en el vientre materno¹⁵⁸.

¹⁵⁶THOMAS, Vinçeç. *Eutanasia, el derecho a ejercer la última libertad*, [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <https://www.diariodemallorca.es/opinion/2018/05/23/eutanasia-derecho-ejercer-ultima-libertad/1315659.html>

¹⁵⁷Cfr. FERNANDEZ MIRANDA, María. *El fenómeno de las 'no madres'*, Cosmopolitan, 2017 [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <https://www.cosmopolitan.com/es/consejos-planes/familia-amigos/g6624/el-fenomeno-de-las-no-madres/>

¹⁵⁸ Cfr. CIDH del 28 de Noviembre de 2012. {Artavia Murillo y otros VS. Costa Rica} [ubicado el 27.IX 2017]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Es por ello la necesidad de que sean las políticas públicas las encargadas de dar bienestar y seguridad a la familia, dicho presupuesto en la actualidad está siendo desviado hacia la atención que trae consigo “el aborto libre y gratuito” y “la educación para elegir”.

En el Perú, en 2009, respecto a la “pastilla del día después” se conjeturó que: “No habiéndose acreditado amenaza ni vulneración de ningún derecho fundamental y siendo plenamente legítima la política de salud pública destinada a garantizar el acceso a los Anticonceptivos Orales de Emergencia y a la información adecuada en torno a ellos, así como políticas de salud basadas en métodos naturales, la presente demanda deberá desestimarse. Queda claro, en todo caso y de conformidad con lo señalado en los fundamentos 31 y 32 de la presente sentencia, que los AOE al que nos referimos, son los de carácter hormonal que se encuentran debidamente contemplados en los programas de planificación familiar aprobados por el Estado”¹⁵⁹.

No obstante, los datos concretos de las consecuencias de consumir misoprostol, así como la pastilla del día después, no son conclusivos favorablemente, en el primer caso puede ocasionar hemorragias abundantes¹⁶⁰ y poner en riesgo tanto la vida de la madre como la del feto¹⁶¹, en el segundo, su uso debe ser restringido, debido a que consumir dicha pastilla más de dos veces al año puede ocasionar efectos adversos¹⁶².

Sin embargo, para la biología, el concebido no es parte del cuerpo de la madre, este no es una extensión de ella. Si bien se nutre del alimento materno y de las fuentes de energía de la misma, este es un ser completamente nuevo, con la potencialidad de desempeñarse. El aborto, en sí, encierra un filicidio, pues es la madre quien está matando a su hijo, esa relación biológica que se fijó desde la fecundación.

¹⁵⁹ STC del 26 de Octubre de 2009. {Expediente número 02005-2009-PA/TC}[ubicado el 07.VI 2017]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>

¹⁶⁰ Cfr. CEBERIO BELAZA, Mónica. *La trampa de abortar en casa con Cytotec*, El País [ubicado el 25.IX 2018] Obtenido en https://elpais.com/diario/2007/01/14/sociedad/1168729202_850215.html

¹⁶¹ Cfr. OPAZO SÁEZ, Paola. *El fármaco Cytotec será retirado por Laboratorio Pfizer a causa de sus graves efectos secundarios*, Nación Farma, 2017 [ubicado el 25.IX 2018] Obtenido en <https://nacionfarma.com/farmaco-cytotec-sera-retirado-laboratorio-pfizer-causa-graves-efectos-secundarios/>

¹⁶² CCM. *Con qué frecuencia se toma la pastilla del día después*, CCM [ubicado el 25.IX 2018] Obtenido en <https://salud.ccm.net/faq/3309-con-que-frecuencia-se-toma-la-pastilla-del-dia-despues>

El problema de la libertad sexual, es que olvida selectivamente, que la sexualidad humana no es causante inocua de resultados, biológicamente las relaciones sexuales traen consigo la reproducción de la especie, y en el ser humano, el carácter especial de la dignidad humana impresa en cada nuevo ser.

Desde una perspectiva real de salud pública, el número creciente de parejas sexuales aumenta el riesgo de contraer enfermedades venéreas- la mayoría incurables-, las cuales a la postre pueden ser causantes tanto de la muerte materna como de afectación a la salud del niño por nacer.

La Corte Interamericana, destaca que el concebido bajo la interpretación evolutiva del derecho lo siguiente: “la Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (f 253)¹⁶³.

Parte de los derechos reproductivos, encontramos el respaldado por la interpretación evolutiva del derecho, que no ve los límites bioéticos si prácticas como la Fecundación In vitro (FIV) es común en países del bloque económico más dominante del mundo (Europa y Norteamérica), generando una permisividad para su práctica, respaldándose en que el embrión en cuestión no es en sí un sujeto de derecho, pero que conforme evoluciona podría adquirir a la par dicha categoría.

Por parte de la CIDH, destaca, que el ser humano desde su concepción no debe ser protegido de la misma forma por el ordenamiento jurídico en todos las etapas de su desarrollo o evolución: “en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida

¹⁶³ CIDH del 28 de Noviembre de 2012. {Artavia Murillo y otros VS. Costa Rica} [ubicado el 27.IX 2017]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (256)¹⁶⁴

Así, bajo la temática de reproducción asistida, tenemos el tan controversial vientre de alquiler o maternidad subrogada, la cual presenta desde su procedimiento una clasificación “(...) teniendo en cuenta el aporte del material genético, se pueden presentar hasta tres modalidades:

- Que la pareja contratante aporte todo el material genético (óvulo y espermatozoide) y que la madre gestante solo lleve a cabo la gestación y el nacimiento a partir de la implantación de un embrión (que se ha obtenido mediante técnicas de *fecundación in vitro*).
- Que la madre gestante aporte a su vez el material genético (óvulo), lo que la convertiría también en madre biológica. Dicho óvulo podría ser fecundado por el material genético del varón de la pareja contratante o un tercero ajeno a la relación.
- Que el óvulo sea aportado por una tercera persona ajena a las partes, y que el mismo sea fecundado por el material genético del varón de la pareja contratante o un tercero ajeno a la relación.”¹⁶⁵

En el Perú solo está regulada la primera de la clasificación, más es preocupante que el último tipo de clasificación tenga el carácter más extremo de desnaturalización de la vida gestacional del no nacido, en pro de los derechos reproductivos.

1.3.3. Identidad de género, matrimonio igualitario y adopción

Se vislumbra el giro particular respecto a la identidad en la jurisprudencia peruana: “La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a

¹⁶⁴ CIDH del 28 de Noviembre de 2012. {Artavia Murillo y otros VS. Costa Rica} [ubicado el 27.IX 2017]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹⁶⁵ VALDIVIESO-LÓPEZ, Erika. “Ventre de Alquiler: Presupuestos de antijuridicidad”, Legis.pe, 2018, [ubicado el 06.X 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/ventre-alquiler-presupuestos-antijuridicidad/>

elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros”¹⁶⁶.

El Tribunal Constitucional acepta se cambie mediante vía ordinaria el sexo del DNI, especifica la terminología ‘identidad de género’: “el Tribunal advierte que con anterioridad a la aprobación de esta sentencia, no se había garantizado el derecho a la tutela procesal efectiva, ya que, debido a la vigencia de la doctrina jurisprudencial] desarrollada en la STC 0139- 2013-PA/TC, los distintos órganos jurisdiccionales interpretaron, en muchos casos, que el derecho a la identidad de género y la posibilidad del cambio de sexo no encontraban sustento alguno en la Constitución. (28). No obstante, con la superación de dichos criterios en esta sentencia, el Tribunal Constitucional deja sentado que ya no existe ningún obstáculo ni legal ni jurisprudencial que impida admitir esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria”¹⁶⁷.

El matrimonio, como tal, es una institución, más allá del concepto, esta institución protege a la institución familiar que preexistente al Estado. Desarrollar su contenido y sus características esenciales implica entender el porqué del origen de esta institución. Así lo indica la sentencia del TC 2868-2004-AA: “no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] (...)”.

La familia, en tanto composición originaria de padre, madre e hijos, es la célula básica de la sociedad, es el seguro de la continuidad humana. Es por ello que el Estado protege a esta mediante la institución matrimonial, respaldando de origen a la unión de hombre y mujer que traerán al mundo a las nuevas generaciones.

Respecto a la familia, la CIDH, indica lo siguiente: “Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar”¹⁶⁸, así, proyecta a

¹⁶⁶ STC del 20 de Abril de 2006. {Expediente número 2273-2005-PHC/TC}[ubicado el 07.VI 2017]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

¹⁶⁷ STC del 21 de Octubre de 2016. {Expediente número 06040-2015-PA/TC}[ubicado el 07.VI 2017]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>

¹⁶⁸ CIDH del 24 de Febrero de 2012. {Atala Riffo y niñas VS. Chile} [ubicado el 07.VI 2017]. Obtenido en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

la familia como: “Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”¹⁶⁹, pues consideró: “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8” del Convenio Europeo”¹⁷⁰.

Por el contrario, el matrimonio igualitario, parte deconstruyendo el contenido de familia, dejando al matrimonio al lado de los derechos, como el derecho a casarse, apartando el carácter institucional del matrimonio.

Debido a ello, la calificación de matrimonio igualitario es coherente sobre la base de que sea un derecho y no una institución. Sin embargo, la finalidad del matrimonio, como aparente derecho o institución no descartaría su fin protector de la progenie, y es por ello que la disputa escondida ante un matrimonio igualitario es la adopción por parte de este tipo de uniones.

El matrimonio como institución no trata de una mera protección de la propiedad privada de dos sujetos¹⁷¹, y su trascendencia en el Estado no la tiene por ser un aparente derecho.

La familia y el matrimonio tienen una identificación mutua, la cual surge de una realidad humana básica¹⁷², la complementariedad de los sexos. En la actualidad es discutible, pero el carácter biológico ha permanecido invariable a lo largo de la historia humana.

La exposición del sexo y el género como lo mismo, tiene sus desavenencias, pero tampoco son excluyentes. El valor de cada uno radica en la diferencia de planos a los que refiere, y ello en el derecho importa. El plano del género tiene la carga social, cultural, podría decirse hasta fragmentaria.

Particularmente el matrimonio y la familia parten desde el aspecto biológico, podría decirse natural, antes del Estado, siendo este para muchos el primer relato sobre la familia.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ OXIGENO.BO. *TCP declara inconstitucional matrimonio de personas transexuales*, 2017 [ubicado el 25.VIII 2018]. Obtenido en <http://oxigeno.bo:81/pol%C3%ADtica/25175>

¹⁷² Cfr. Spaemann citado por Ángela Aparisi, “*Ideología de género: de la naturaleza a la cultura*”, [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17718/1/51917935.pdf>

En este primer capítulo se ha descrito la realidad ante el derecho peruano se enfrenta, una realidad plagada de aparentes nuevos derechos: eugenesia, eutanasia, derechos reproductivos y sexuales, identidad de género, matrimonio igualitario y adopción. Todos ellos supeditados a las exigencias de los fragmentos de una sociedad llena de contraculturas, viabilizadas desde los movimientos marxistas y feministas de nuestra era, que universalizan el deseo pero no el derecho.

CAPÍTULO II

**EL CONTENIDO JURÍDICO DE LA LIBERTAD, EL DERECHO POSITIVO, Y
LOS NUEVOS DERECHOS EN LA DOCTRINA Y NORMATIVA NACIONAL E
INTERNACIONAL**

En el presente capítulo se definirá mediante citas históricas, jurídicas y iusfilosóficas los conceptos: libertad, derecho positivo y nuevos derechos; además del análisis comparativo doctrinario a nivel nacional e internacional.

2.1. Un contenido histórico de la libertad

La interrelación entre libertad e historia que se va a desenvolver la siguiente narración histórica de la cultura conectada con el concepto de libertad en el tiempo, y desde luego, su preeminencia en la conformación conceptual de lo que ahora llamamos Derechos Humanos.

Para Hector Gross, la cultura no sería un entidad independiente de otros conceptos como la libertad, lo cual deja claro acotando lo siguiente: “Cultura y libertad son dos ideas necesarias y entrañablemente unidas (...) Sin cultura como saber, como conocimiento, no puede haber realmente libertad, porque la libertad, más allá de que ella anida siempre en el interior de cada ser humano (...) requiere para vivir exteriormente un marco cultural, una civilización, que asegure su existencia, su aceptación social y su garantía jurídica”¹⁷³.

Actualmente, cultura se concibe como: “la suma de creaciones humanas acumuladas en el transcurso de los años”¹⁷⁴. Para Jacques Maritain, es aquello que: “responde al anhelo fundamental de la naturaleza humana, pero es obra del espíritu y de la libertad, añadiendo sus esfuerzos al de la naturaleza”¹⁷⁵.

Es bajo las diferencias generadas en sociedades más complejas, aquellas que ocasionan necesidades en base a un descontento social, como la que se vivió en Atenas entre el tránsito de la Monarquía a la República¹⁷⁶, donde los *eupátridas*¹⁷⁷ dominaban la “cosa pública” y aquellos de estratos inferiores solo veían incrementada su miseria –época en la cual los deudores insolventes se convertían en esclavos. Ello estaba por provocar una crisis interna.

Es el cambio de las leyes draconianas a las nuevas leyes de Solón lo cual aplacó esta amenaza, cierto es que beneficiaron la condición de los deudores, pero mantuvieron el concepto de “hombres libres” limitado a aquellos que desde luego

¹⁷³GROSS, Hector. *Cultura y Libertad*, [ubicado el 04. X 2017]. Obtenido en <http://ddfv.ufv.es/bitstream/handle/10641/628/Cultura%20y%20libertad.pdf?sequence=1>

¹⁷⁴ ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p. 7.

¹⁷⁵ Cfr. Ibídem, p. 6.

¹⁷⁶ GROSS, Ibídem, p. 259.

¹⁷⁷ “*bien nacidos*” quienes gozaban de toda clase de derechos, y ejercían funciones de prestamistas en condiciones rigurosas con los bienes o con las personas mismas de los deudores insolventes, que se convertían por ello en esclavos suyos. Ibídem, p. 260.

no fueran esclavos¹⁷⁸. Así el nuevo código al menos garantizó el derecho de todo ciudadano, hombre libre nacido de un progenitor ateniense¹⁷⁹, a llevar su caso a un tribunal¹⁸⁰, así como el voto. De esta forma se instauró la democracia, que tenía como base ese concepto de ciudadanos, quienes solo tuvieron participación directa en la asamblea popular (una de las cinco instituciones que conformaban el gobierno) siguiendo el gobierno dominado por los *eupátridas*. Desde luego, este concepto de democracia también se reducía a la misma polis¹⁸¹.

Para Sócrates, solo el conocimiento de lo bueno y lo malo (que son contenidos absolutos) conllevaría a un buen vivir, y con ello a entender el propósito de la vida, esto impactó a Platón bajo su interpretación del mundo de las ideas, fuera del alcance del hombre pero las cuales este quiere alcanzar, inclusive la idea de libertad sería un reflejo de la idea perfecta de libertad que debe hallarse en el mundo de las ideas. San Agustín de Hipona, asumiría una visión platónica desde su perspectiva cristiana, pero no impondría una visión concreta de la libertad, teniendo en cuenta que el nuevo dueño del mundo de las ideas ahora es Dios y generando cierta inquietud en el determinismo que esto ocasiona sobre el actuar del hombre.

Es Aristóteles quien acoge el elemento de la buena vida socrática, y aunado a su visión de los fines, siendo empirista, realiza un estudio científico en el mejor extremo posible de su época, y sus observaciones resaltan el carácter social del hombre y su tendencia a la buena vida. Santo Tomás de Aquino acoge estos conceptos para conformar aquello que hoy se denomina libre albedrío, que se acogería a la “recta vida del hombre”, mediante la razón, y ello a estrechar más su relación con Dios¹⁸². Posteriormente, bajo el Imperio Bizantino, surgió el concepto de “consentimiento libre” para casarse por parte de la mujer,¹⁸³ y a los esclavos se consideró la posibilidad de comprar su libertad además de tener algunos bienes, ello comenzó a sugerir la idea de esclavo liberto, de que existía una condición posible más allá

¹⁷⁸ GROSS, Óp. Cit., p.260.

¹⁷⁹ ASIMOV, Óp. Cit., p. 78.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 74.

¹⁸¹ Cfr. ÁVAREZ MIRANDA, Ernesto. *La Cultura Política Griega. Estado, Derecho e Instituciones Jurídicas en la Antigua Grecia*, Primera Edición, Lima, Fondo Editorial USMP, 2006, p. 54.

¹⁸² Cfr. ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p.240-244.

¹⁸³ Cfr. *Ibidem*, p.385.

de pertenecer a un *amo*, aunque desde luego esto se daba a cambio de un precio, cuantificando, aquello que hoy se consideraría un derecho humano.

En la Edad media, bajo el orden feudal, los ahora denominados “hombres libres”, eran exclusivamente quienes vivían en las ciudades y se desempeñaban como artesanos – tenían sus propiedades-; no obstante, fueron los campesinos sobre quienes recayó el feudalismo en su totalidad¹⁸⁴, que aun así creó un nexo de cambio entre la esclavitud y la servidumbre, lo que con el tiempo dejó de existir. Dicho nexo, tuvo como diferenciación, que mientras un esclavo podía ser vendido, comprado o regalado (cambio de una deuda del amo inclusive), un siervo era considerado de una forma más moderna como un trabajador, se podría decir que tributaba para el señor feudal, trabajaba la tierra, y no podían ser vendidos (como los esclavos), y si podían heredar¹⁸⁵; es aquí donde va a concretar la idea de “comprar la libertad”.

Respecto a los burgos (ciudades), se desarrollaron las elecciones municipales, teniendo como partícipes a “seres libres no sujetos a señorío, y a veces ni siquiera a un monarca determinado”¹⁸⁶, quienes eran parte también de un desarrollo económico muy fructífero. Por su parte, los reyes brindaron apoyo a estas ciudades para frenar políticamente a la nobleza feudal. Ello durante la baja Edad Media.

En paralelo, el problema del determinismo mencionado en San Agustín, es acogido y analizado en el pensamiento de Baruch Espinoza, quien llega a negar la libertad humana bajo esa línea de interpretación. Por ello, acoge el pensamiento del Aquinate, y reflexiona acerca de la diferencia entre libertad y falta de libertad. Su conclusión es que la libertad humana no es liberarse de la cadena de necesidad, aquello que está conectado con Dios en tanto omnisciente, sino tener conciencia de ello. A su vez, las emociones se deben dominar mediante la razón, y en este sentido identifica a la razón con la libertad.

Leibniz amplía dicho concepto de razón, justificando la visión de un Dios que prevé futuros contingentes, pero a su vez la razón en tanto libertad aquella que se inclina hacia un comportamiento (el mejor comportamiento), siendo tanto Dios como los hombres libres entre sí.

¹⁸⁴ Cfr. ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p. 386.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 1991, pp. 31-32 *Ibidem*, p. 389.

Sacando a Dios de la centralidad del concepto de libertad está David Hume, quien la define como la capacidad de actuar o no ante un sistema de leyes universales y causalidades.

Es así que la evolución del concepto de libertad asume otra particularidad: la autonomía de la voluntad. Basado en la reflexión racional del mismo agente, que obedece a la razón y no a los miedos y otras pasiones que le situarían fuera del orden moral y privarían de la libertad (agente heterónimo).

Con la proclamación de la Independencia Norteamericana, se fijan como derechos inalienables los siguientes: “que entre ellos se encuentran la Vida, la Libertad y la Búsqueda de la Felicidad”¹⁸⁷, el problema con la determinación de estos derechos inalienables en esta época, es que esta también es la época del utilitarismo, y el sentido de su contenido se lo da esta corriente.

“Para Bentham, la economía política está dirigida a la consecución de la mayor felicidad para el mayor número y el hombre económico no difiere del individuo en general”¹⁸⁸, es aquí donde se deja claro que los derechos inalienables (incluido la libertad) de los que se referían la Declaración de Independencia están contextualizados en el hombre económico, el cual es definido como: “un actor económico con un comportamiento racional, que tiene el interés particular de aumentar sus ingresos para satisfacer necesidades propias a través de una proporción óptima de gastos y resultados”¹⁸⁹, esta es su visión antropológica, y aquí se justifica que el Estado deba respetar así como la libertad, la búsqueda de la felicidad, siendo esta: “Evitar el dolor como maximización de la pasión constituye lo normal en los esfuerzos por la felicidad de cada individuo”¹⁹⁰.

Siguiendo una evolución del concepto de libertad, Stuart Mill define a la libertad social de la siguiente manera: “(es) la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo, cuestión que rara vez ha sido planteada y casi nunca ha sido discutida en términos generales, pero que influye

¹⁸⁷ CATOINSTITUTE. *La declaración de la Independencia y la constitución de los Estados Unidos*, [ubicado el 06.X 2018]. Obtenido en <http://biblioteca.libertyfund.org/sites/default/files/la-declaracion-de-independencia-libro-electronico.pdf>

¹⁸⁸ RIVERA-SOTELO, Aída-Sofía. *El utilitarismo de Jeremy Bentham ¿Fundamento de la teoría de Leon Walras?*, Scielo.org.co [ubicado el 06.X 2018]. Obtenido en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722011000200003

¹⁸⁹ INKRIT.DE. *Hombre económico (homo oeconomicus)* [ubicado el 16.X 2018]. Obtenido en http://www.inkrit.de/neuinkrit/mediadaten/es/es_pdf/DHCM-MA34-Hombre-economico.pdf

¹⁹⁰ *Ibidem*.

profundamente en las controversias prácticas del siglo por su presencia latente, y que, según todas las probabilidades, muy pronto se hará reconocer como la cuestión vital del devenir¹⁹¹, esto posteriormente se le conocería como libertad individual.

Para Hegel, en la dialéctica del amo y el esclavo –basado en la relación de los señores feudales y sus servidores–, explica la libertad como la autoconciencia y el actuar directo acorde a la misma, es por ello que desdeña de la dualidad del amo y el esclavo, porque el amo decide pero el esclavo actúa en tanto medio. Esto se le da humanidad al hombre, del lado contrario permanecería en un estado de inocencia y *a-historicidad*¹⁹².

Es con la revolución francesa con la cual se ejecuta un individualismo desligado al contenido de libertad de la sociedad que conllevó diversos problemas, como la exaltación de la libertad de contratación sin la existencia de asociaciones de trabajadores en la *Ley de Chapelier*¹⁹³ de 1791, sin duda los más beneficiados fueron los burgueses, quienes podrían contratar “libremente” sin necesidad de mediar con sindicatos que exigieran mejores condiciones para los trabajadores, llevándolos hacia un nuevo tipo de esclavitud, con beneficios económicos exclusivos.

Y así como hubo atención por parte de las corrientes filosóficas de índole social, el socialismo utópico y socialismo científico. El primero conformado por quienes vivieron directamente las consecuencias de la revolución francesa, Saint-Simon y Fourier, y no estuvieron de acuerdo con cambios violento en pro de la libertad de la clase de los desposeídos, denominados por Marx como el proletariado, pero a diferencia de Marx no atribuyen que el cambio y el camino a una sociedad más libre y justa sea por medio de la toma de poder de esta clase.

¹⁹¹ LEÓN BARBERO, Julio César. *Utilitarismo y liberalismo. Amistad, unión y ulterior divorcio*. [ubicado el 10.IX 2018]. Obtenido en http://www.eleutheria.ufm.edu/articulos/040705_utilitarismo_y_liberalismo_intro_y_capitulo_1.htm#_ftn19

¹⁹² Op. Cit. FEINMANN, José Pablo. p.48.

¹⁹³Art 1. La liquidación de todo tipo de corporaciones de ciudadanos del mismo Estado y profesión es una de las bases de la Constitución francesa, o sea, que queda prohibido rehacerlas sea cual sea el pretexto o la forma como se hagan. EDUCASTUR.ES. *Ley Le Chapelier* [ubicado el 10.IX 2017]. Obtenido en <http://blog.educastur.es/megustalahistoria/files/2011/03/ley-le-chapelier-de-junio-de-1791.pdf>

El socialismo científico de Marx, cuenta con la visión del materialismo histórico, y el desdén de todo aquello que no dependa directamente de los medios de producción. Sitúa a la libertad con relación directa a dichos medios, en tanto el desarraigo de la propiedad privada, según este deseada por toda la clase obrera, procurará librarse de sus cadenas, el traspaso del socialismo al comunismo, un estado que se extingue en la mera administración de los medios de producción, y desde luego la libertad absoluta de todos.

También hubo injerencia en este tema por la doctrina social de la Iglesia, siendo muestra de ello la diversa obra del Papa León XIII, con la Encíclica *Rerum Novarum*, y *Libertas praestantissimum*, siendo esta última donde trata temas como la libertad (natural¹⁹⁴ y moral¹⁹⁵) y el liberalismo¹⁹⁶.

Bajo un contexto post primera guerra mundial, es importante mencionar “la propaganda” como medio de comunicación masiva, y como su principal impulsor al “padre de las relaciones públicas” Edward Bernays, el más conocido familiar de Sigmund Freud, quien se valió del conocimiento del psicoanalista para elucubrar campañas publicitarias dirigidas a las recientes sufragistas, masa popular deseable para diversos productos lanzados al mercado (originalmente) para público masculino, siendo por lo tanto la asociación de los cigarrillos como símbolo masculino parte primordial para su campaña “Lucky Strike, antorchas de la libertad” el 1 abril de 1929¹⁹⁷, marcando la tendencia de que las mujeres debían fumar demostrando *su libertad*.

Con el Holocausto tras la Segunda Guerra Mundial, la atención pública se centró en los campos de concentración nazis, en aquello que se había hecho mal respecto a Alemania y más aún respecto a la base sobre la cual se sustentaría los juicios

¹⁹⁴ (Es) El juicio recto y el sentido común de todos los hombres, voz segura de la Naturaleza, reconoce esta libertad solamente en los seres que tienen inteligencia o razón; y es esta libertad la que hace al hombre responsable de todos sus actos. LEÓN XIII. Carta encíclica *Libertas praestantissimum. Sobre la Libertad y el Liberalismo*, [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_20061888_libertas.html

¹⁹⁵ Esta libertad no es otra cosa que la facultad de elegir entre los medios que son aptos para alcanzar un fin determinado, en el sentido de que el que tiene facultad de elegir una cosa entre muchas es dueño de sus propias acciones (...) Ibídem.

¹⁹⁶ Cfr. ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., pp. 556-567.

¹⁹⁷ Cfr. DELGADO, Jennifer. *De cómo Freud, su sobrino y una caja d cigarrillos cambiaron el mercado norteamericano...* www.rinconpsicología.com, [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en www.rinconpsicologia.com

de Núremberg¹⁹⁸, ¿cómo condenar en retrospectiva?, ¿qué es aquello que puede estar incluso antes que el tiempo en este tipo de acontecimientos?

Las teorías sobre la libertad se hicieron más populares en el siglo XX, sobre todo porque el mercado filosófico ya no estaba excluyentemente vinculado a Marx, desde el siglo XIX se habían dado visos de que se había monopolizado la interpretación del hombre desde la rama marxista (son pocos los cuales confrontan su versión, su teoría).

Para Von Hayek era evidente que la responsabilidad ideológica socialista se había encontrado en el Nazismo, pero esta había pasado desapercibida por la camaradería de estos con otros partidos y poderes fácticos: “Fue el predominio de las ideas socialistas, y no el prusianismo, lo que Alemania tuvo en común con Italia y Rusia; y fue de las masas y no de las clases impregnadas de la tradición prusiana y favorecidas por ella de donde surgió el nacionalsocialismo”¹⁹⁹. Con ello destaca la importancia de la hegemonía cultural propagada por los sucesores de Marx. Von Hayek y Von Mises cuestionan en dónde se ha quedado la teorización liberal, que también se ha olvidado del hombre.

El concepto de libertad individual de Von Hayek se inicia bajo la confrontación entre socialismo y democracia: “La democracia atribuye todo valor posible al individuo; el socialismo hace de cada hombre un simple agente, un simple número. La democracia y el socialismo sólo tienen en común una palabra: igualdad. Pero adviértase la diferencia: mientras la democracia aspira a la igualdad en la libertad, el socialismo aspira a la igualdad en la coerción y la servidumbre”, hasta este nivel de desarrollo, se irroga la libertad individual exclusivamente a la democracia, siendo el punto conflictivo la igualdad. Pero luego completa su razonamiento indicando que el socialismo también ofrece *libertad*: “el socialismo comenzó a hacer un uso creciente de la promesa de una «nueva libertad». El advenimiento del socialismo iba a ser el salto desde el reino de la indigencia al reino de la libertad²⁰⁰”.

Para dejar claro la diferencia entre la libertad y la nueva libertad socialista, indica que la primera está compuesta por: “había significado libertad frente a la coerción, libertad frente al poder arbitrario de otros hombres, supresión de los lazos que

¹⁹⁸ Qué aún generan controversia. SCHUZE, Óp. Cit., pp. 277-278.

¹⁹⁹ HAYEK, Friedrich A. *Camino de servidumbre: Textos y documentos*. Unión Editorial, 2008, p.57.

²⁰⁰ *Ibidem*, p.63.

impiden al individuo toda elección y le obligan a obedecer las órdenes de un superior a quien está sujeto”, se puede intuir desde la negación a que el individuo sea interpretado como medio, hasta la objeción de conciencia como parte de esta libertad.

En contrario la nueva libertad socialista implicaría: “libertad frente a la indigencia, supresión del apremio de las circunstancias, que, inevitablemente, nos limitan a todos el campo de elección, aunque a algunos mucho más que a otros”²⁰¹. Este tipo de libertad busca primero que se transforme la realidad para luego dar paso a la libertad.

Es bajo esas rutas es que surgen en el siglo XX ante la dominación del estado de bienestar, teorías de corte no intervencionista, y se alza la voz sobre la *verdadera* libertad.

Entonces el Estado debe trabajar para hacer *felices*²⁰² a los ciudadanos. A ello Isaiah Berlin le llama libertad positiva. Esta es la libertad de ser uno su propio dueño, y Berlin lo expone como liberarse de cualquier tipo de esclavitud²⁰³, lo cual es compatible con cualquier reinterpretación metafórica, ya que es una libertad de identificable con la razón en el extremo de: “«naturaleza superior», con el yo que calcula y se dirige a lo que satisfará a largo plazo, con mi yo «verdadero», «ideal» o «autónomo», o con mi yo «mejor», que se contrapone por tanto al impulso racional, a los deseos no controlados, a mi naturaleza «inferior» y a la consecución de los poderes inmediatos, a mi yo «empírico» o «heterónimo»”²⁰⁴, este contenido podría ser maleable y útil a teorías sociales que mediante la coacción dicen brindar un nivel superior de libertad porque este dominio de sí no tiene un referente concreto, es increíblemente platónico y dependería exclusivamente del contexto poder definir que es libertad, e inclusive que ideal nos hace menos o más libres²⁰⁵. Por su contraparte, la libertad negativa como: “el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”, esto se entiende con no ser coaccionado a

²⁰¹ HAYEK, Óp. Cit., p. 64.

²⁰² Recuérdese la búsqueda de la felicidad de Bentham, y la reciente invención de libertad socialista explicada por Hayek.

²⁰³ “«Yo soy mi propio dueño»; «no soy esclavo de ningún hombre»; pero ¿no pudiera ser (como tienden a decir los platónicos o los hegelianos) que fuese esclavo de la naturaleza, o de mis propias «desenfrenadas» pasiones?” BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad*, Oxford, 1958, p.10.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ “Me siento libre en la medida en que creo que esto es verdad y me siento esclavizado en la medida en que me hacen darme cuenta de que no lo es”. BERLIN, Óp. Cit., p.11.

hacer o dejar de hacer algo. Continúa: “el término coacción no se aplica a toda forma de incapacidad. Si yo digo que no puedo saltar más de diez metros, o que no puedo leer porque estoy ciego (...) sería una excentricidad decir que, en estos sentidos, estoy oprimido o coaccionado”²⁰⁶, siendo así, la libertad está en el no impedir hacer algo, pero esta no interferencia no es irrestricta, el Estado debe intervenir cuando un conflicto propugna una armoniosa convivencia, siempre y cuando esto sea materia de la alteridad, porque en el ejemplo de las incapacidades, no es materia del Estado intervenir en forma de coacción para que alguien salte diez metros o un ciego pueda ver, eso puede ser materia de otro principio o derecho pero no de la libertad –mucho menos concebida como libertad negativa.

En calidad de lo anterior, no es difícil imaginar que en la post guerra, o mejor dicho, durante la Guerra Fría, la polarización Capitalismo vs. Comunismo, apostaron por sus propias versiones de evolución social, con una base de derechos humanos que parecen seguirse proyectando de generación en generación y ampliándose sin límite alguno, es que encontramos principalmente versiones de lo que a futuro se esperaba que proteja la dignidad del hombre según los organismo internaciones. Ello, porque la evolución de las sociedades tanto capitalista como comunista no solo competían a nivel de ciencia, sino también a un nivel muy peculiar: a nivel de quien es más libre o tiene mayor nivel de *libertades*.

2.2. El derecho positivo bajo el marco iusfilosófico.

El derecho positivo tiene sus orígenes en un proceso histórico, algunos lo subdividen en cinco hitos²⁰⁷, pero en síntesis coincido con Asís para resumirlo en tres importantes momentos: “el dogma de la omnipotencia del legislador el movimiento en favor de la codificación y la escuela de la exégesis”.

Durante el primer momento del derecho positivo, este surgió como una extensión de la omnipotencia absolutista, pero varía al surgir la división de poderes junto con la representación, aun así, ante una cuestión de lagunas jurídicas se dependía aún del derecho natural²⁰⁸. Hasta este punto derecho natural y positivo “serían

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ “a) asunción del dogma de la omnipotencia del legislador; b) la crítica al Derecho Natural; c) el movimiento en favor de la codificación; d) el abandono del Derecho Natural; y, e) la escuela de la exégesis”. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, traducido por Rafael De Asís y Andrea Greppi, Primera edición, Madrid, Editorial Debate, 1993, p. 13.

²⁰⁸ Cfr. BOBBIO, Óp. Cit., p.14

expresión de un legislador universal, en el primer caso Dios o la naturaleza, en el segundo, el hombre”²⁰⁹, en líneas generales también se sabe que no se consideraba derecho aquello que no estaba acorde al derecho natural en aquella época. Entre fine de la edad moderna e inicios de la contemporánea, se pondría de moda La Escuela Histórica del Derecho, por Savigny, que brindará los caracteres del historicismo el cual hace del derecho un producto histórico, pero caracteriza de trágica esa historicidad así como destaca la importancia de conservar el derecho Tradicional²¹⁰.

En un segundo momento, en 1804 con la codificación del Código Napoleónico de modelo sencillo, unitario y breve, el cual fue seguido por sus naciones vecinas²¹¹, aquí es donde se haya el célebre art. 4: “El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio de oscuridad o de insuficiencia de la ley podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”²¹², entonces el juez se ve obligado a interpretar, pero hasta este punto con ayuda del art. 9: “(...) el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de la equidad, La equidad es el retorno a la ley natural y los usos adoptados en el silencio de la ley positiva”²¹³, pero este último fue eliminado. Es necesario destacar la denominación ley positiva en el contenido del artículo que es indiferente al contexto del positivismo jurídico, siendo el último la teoría jurídica y no la ley positiva en sí.

El tercer momento, el positivismo jurídico tiene el contexto adecuado para su definición, el positivismo filosófico enmarca que la ciencia es el único conocimiento válido porque no sea posible otro conocimiento que no sea obtenido por hechos empíricos²¹⁴ y el ya eliminado art. 9 será interpretado que los problemas jurídicos deberán ser solucionados partiendo siempre de la ley. Así surge le Escuela de la Exégesis y su interpretación pasiva del código.

Por su parte, desde el derecho natural se asumía una postura instrumental del derecho positivo así como se marcaba un férrea crítica indirecta del *iuspositivismo*, Oscar Cubo: “Según el filósofo Fichte, existe un desarrollo racional del derecho

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Cfr. GARRIDO MARTÍN, Joaquín. *Ciencia del derecho en la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos*, Derechos y Libertades, Número 37, Junio 2017, 207-232.

²¹¹ A excepción de Prusia y Austria, pero sus modelos no se difundieron como el Código Napoleónico. *Ibidem*. BOBBIO, pp. 79-80.

²¹² *Ibidem*, p. 89.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Cfr. RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio. *Filosofía del derecho*, Toluca, IEEM, 2009, p. 189.

natural de Kant en 1793 en *En torno al tópico: tal vez esto sea correcto en la teoría, pero no sirve para la práctica*. Esta reformulación se caracteriza por dejar a un lado los presupuestos antropológico - metafísicos del antiguo derecho natural y reformular sus premisas suprapositivas en términos puramente racionales. En el antiguo derecho natural estos principios abarcan las normas jurídicas suprapositivas que están por encima de la legislación humana y cuya validez no depende de ningún legislador”²¹⁵. Lo cual es un reclamo y una desviación del derecho natural el asumir una postura racionalista dependiente de la discrecionalidad legislativa vestida de racionalidad pura que en Kant no llega a conocer la cosa en sí, se trataría de una ley o derecho positivo, pero sin fundamento que contraste con la realidad del derecho, si es que se asume todo el pensamiento Kantiano.

“Casos paradigmáticos de esta concepción del derecho natural lo ofrecen Aristóteles y su base del derecho natural a partir de la naturaleza humana, o San Agustín y Santo Tomás en su fundamentación del derecho natural de la voluntad suprema de Dios”²¹⁶. Esto quiere decir, que la esencia de la existencia de un derecho natural, paradójicamente a como se cree en la actualidad, es indiferente a una mera creación religiosa, siendo así que inclusive Aristóteles ya auguraba los visos de lo que hoy en día desea recuperar el Derechos Natural: ser la esencia del derecho positivo.

Siguiendo la ilación, “La rehabilitación del derecho natural en Kant y en Fichte reformula este punto de vista iusnaturalista con tendencias a establecer los principios del derecho en tanto que principios de todo orden jurídico poseen validez suprapositiva y supraestatal; es decir, al igual que Kant, Fichte entiende el derecho natural como una disciplina fundada en la razón y emancipada de los presupuestos metafísicos del derecho natural antiguo, *La doctrina del derecho* de Fichte de 1796 descansa en dos premisas normativas fundamentales: la primera de estas premisas es, por decirlo en términos kantianos, la ley universal del derecho y la segunda, su teoría de los derechos originarios. Ambas premisas (...) son presentadas por Fichte

²¹⁵ CUBO, Oscar. Entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. [ubicado el 015/05/17]. Obtenido en <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/SUPL2014/3-Cubo-SUP19.pdf>

²¹⁶ *Ibidem*.

como premisas universales del derecho racional”²¹⁷. En esta reinterpretación de Kant, Fichte se diferencia, porque la razón y los derechos originarios conforman una visión que se adueña de la realidad, va contra el historicismo de Savigny: existe una ley universal del derecho, pero no necesita de la tradición para sustentar el derecho natural frente al derecho positivo.

Por lo tanto, no resulta descabellada, como se suele considerar, la idea de un Derecho Natural cuya manifestación podría haberse concretado en premisas que den a lugar derechos originarios, basados en una ley universal del derecho.

Sin embargo, es la tendencia al cientificismo (al positivismo filosófico ya mencionado) la era del progreso y equiparar al ser humano con las máquinas, dejó en segundo plano al derecho natural, redujo el contenido antropológico de la persona humana, y estructuró a la fuerza el sistema jurídico como un conjunto de normas, razón por la cual Comté idealizaba un Estado dirigido por científicos y tecnócratas.

El conflicto entre iusnaturalistas y iuspositivistas acerca de la naturaleza del derecho ha trascendido a nivel mundial, desde Europa hasta Latinoamérica, fijando dos extremos, quienes consideran el iuspositivismo como la corriente que traspasa y libera de los derechos y políticas públicas ideológicamente censuradas por el iusnaturalismo caracterizada por trascender en sus fundamentos eminentemente católicos²¹⁸.

Bajo esta visión del positivismo jurídico está Hans Kelsen, que concibe únicamente como "derecho" al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre, el derecho positivo que vincula la existencia del derecho a la formación del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado²¹⁹.

“Al buscar una caracterización del positivismo jurídico nos topamos con el hecho de la diversidad y pluralidad de sus manifestaciones. Más que una escuela en sentido estricto, es un punto de llegada en el rechazo a la metafísica; el rechazo al papel de los valores en el mundo jurídico; la afirmación del origen estatal o social

²¹⁷ CUBO, Óp. Cit.

²¹⁸ Cfr. VAZQUEZ, Rodolfo. “Filosofía del derecho en Latinoamérica”, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, 2012, 833-856.

²¹⁹ Cfr. RAMOS PASCUA, Miguel Angel; RODILLA GONZALES. *El Positivismo Jurídico a Examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto, Salamanca*, Editorial Universidad de Salamanca, 2006, p. 785 – 795.

del Derecho; la afirmación de la separación entre el "ser" y el "deber ser" gracias a Hume; la pretensión de hacer del Derecho una ciencia (pero la ciencia de los defensores del positivismo jurídico es ciencia de las normas establecidas por el legislador, o en todo caso, sistemas de conceptos abstraídos de datos arbitrarios antes que necesarios), lo cual enmarca la confusión actual y la desvinculación entre el ser y el deber ser, creando una extraña conformación de normas carentes de conexión lógica con el ser.

2.3. La libertad desde el derecho positivo.

Abordar el contenido de la libertad como derecho, implica adentrarse en el fundamento de todo un catálogo de derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos normativos más importantes del mundo, gracias a su positivización.

“La crisis del Estado tiene su origen en la crisis del derecho y (...) si no sirve a la causa del libertad pierde su razón de ser”²²⁰, son premisas de un sector de la filosofía política que aboga por la libertad en tanto sentido del derecho como de su importancia jurídica en el Estado.

Cuando se habla de la Libertad como derecho, en general se la entiende como un valor esencial y propio de los sistemas democráticos, un derecho de carácter subjetivo que sirve de fundamento a un conjunto de libertades específicas, como la libertad personal, de expresión, de pensamiento, de tránsito, sexual, etc. Todas ellas reconocidas y positivadas en el texto de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, como es el caso de la libertad personal reconocida en el artículo 9 Inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que "todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, tal disposición es equiparable a lo contenido en la Constitución Política del Perú, la cual prescribe en el art. 2 Inc. 24, que: "toda persona, tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales".

Según García, las acepciones de la palabra libertad tiene muchas connotaciones en diversas áreas del conocimiento y el lenguaje, ello incluye a los ámbitos de la terminología filosófica y jurídica, que la distingue desde dos vertientes claramente predefinidas: la primera es “Libertad como atributo de la voluntad del hombre” que

²²⁰ VANNEY, María Alejandra. “Libertad, Responsabilidad y sentido común en el pensamiento de Álvaro D’ors”, *Thémata Revista de Filosofía*, Número 41, 2009, 425-440.

se caracteriza como el poder o facultad que tiene el hombre para autodeterminar el rumbo de sus acciones, obrando por sí mismo, sin actuar bajo el influjo de órdenes externas ajenas a su voluntad, es una libertad del querer como un hecho que parte de la naturaleza humana²²¹.

Frente a la “Libertad como Derecho” (o libertad jurídica), aquella libertad o abanico de libertades que derivan de una norma, en ese sentido para el autor, la libertad jurídica no es poder ni capacidad derivada de la naturaleza, sino un derecho que deriva de una autorización normativa previa, la cual permite realizar u omitir ciertos actos”²²².

Sobre la libertad, indica: “Las limitaciones a los derechos, en los casos en que sea factible dicho proceder, deben operar con sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y no en franca desnaturalización del contenido esencial de los derechos en cuestión. En el caso de la inviolabilidad de correspondencia, la Constitución es clarísima en sus mandatos, sin que sea posible encontrarle excepciones a dicho precepto más allá de las expresamente previstas por la misma norma fundamental”²²³.

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”²²⁴.

En tanto, la libertad se comprende como el ejercicio de la capacidad de elegir acorde a las circunstancias particulares del sujeto; sin embargo, ello no implica la posibilidad de transgredir la libertad de los demás²²⁵. Dato que no escapa a sus requisitos esenciales como derecho.

²²¹ Cfr. GARCIA MAYNES Eduardo. *La Libertad como Derecho*, Fondo Edit. De la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2002, p. 4 -6

²²² *Ibidem*.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ STC del 28 de Setiembre de 2009. {Expediente número 3901-2007-PA/TC} [ubicado el 01.V 2017]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03901-2007-AA.html>

²²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl. “La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 27, Julio-Diciembre 2012, 135-164.

Por tanto, La libertad como derecho se sujeta a los parámetros comunes de los derechos, y se reconoce que un ejercicio que sobrepase la libertad de los demás es una transgresión, con lo cual deja implícito el plano interpersonal en el cual se desenvuelve este derecho, que no se trata de un simple deseo (plano intra) sino de un ejercicio de la acción que genera un impacto en el mundo social, y-desde luego- en el campo de lo jurídico.

El derecho positivo, es conocido en la actualidad tanto por su contenido literal como por su afincamiento en la corriente del positivismo jurídico. Siendo así: “Para el positivismo jurídico el Derecho debe atenerse a los hechos. Los hechos son la materia para una ciencia jurídica. Hechos como datos desprovistos de carácter axiológico. El normativismo en Kelsen va más allá. Si el Derecho quiere ser ciencia, los hechos de los que ha de ocuparse no son hechos de la naturaleza sino el hecho de la norma. La pureza de la teoría del Derecho viene precisamente por esta total independencia de la naturaleza. Sin embargo, “hecho” (...)”²²⁶. Lo cual es una postura típica de la Época de Kelsen y la existencia de los hechos brutos, mas, actualmente tendemos a hacer incluso una clasificación de que son “hechos”, no es lo mismo describir un robo que un lavado de activos, por ejemplo.

Es parte de esta formulación de protección Estatal, lo que brota de la política y el poder legislativo, aquello que puede definir la libertad, bajo el positivismo la restricción se basa en lo redactado en la Ley, lo cual puede desencadenar dos tipos de resultados: o reduce considerablemente aquello que se pueda defender bajo el tenor de la libertad, o puede especificar cualquier cantidad de Libertades, incluso contradictorias con otros Derechos pero sería igual de válido al encontrarse positivado. La incongruencia y distopía originada en ambos casos es perceptible con claridad.

Por su parte, la ley natural se encuentra perfectamente adecuada a la naturaleza del hombre, mas, conformada a la condición del hombre que vive aquí y ahora; por eso debe ser determinada por lo justo legal o positivo, porque la ley natural se

²²⁶MOLERO, Oliver. *Análisis de hechos y antropología filosófica en Xavier Zubiri*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988.

refiere tan sólo a los contornos de la acción, no a sus particularidades²²⁷. Las mismas que pueden ser indiferentes al Derecho Natural mismo.

Ello se puede explicar de la siguiente manera: los preceptos de la ley natural son generales, pero necesitan de alguna especificación. Por ejemplo: es una exigencia clara de la razón natural que en una gran comunidad haya funcionarios, jueces y soldados; que haya un determinado orden y proceso penal; que para ciertos delitos existan determinadas penas; así como que los miembros de la sociedad colaboren a la conservación del todo mediante contribuciones, impuestos, prestaciones personales, etc.

Pero lo que en cada caso es necesario, según las exigencias del momento, cómo y cuándo y dónde y por quién han de ser prestadas, no está determinado por la ley moral natural, sino que es misión del poder público competente²²⁸.

Es a ese tipo de determinación a la que se refiere en este contexto: existe porque hay materias que no están mandadas por la ley natural, sino que dependen de la prudencia del legislador. Pero, las normas positivas, para ser obligatorias deben incorporar en sus disposiciones la justicia de la ley natural, en tanto son los principios naturales los que legitiman e imprimen racionalidad a las determinaciones del legislador²²⁹.

Por otro lado, tenemos que como contraste en pro de la libertad se han sumado una serie de regulaciones con la consigna de “no-discriminación”, tales como:

- a) “El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia, incita o promueve que se anulen o menoscaben el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos de apariencia física, condición de salud, condición migratoria, discapacidad, edad, factor genético, filiación, identidad étnica, identidad de género, indumentaria, nacionalidad, nivel socio económico, opinión política o de cualquier otra índole, orientación sexual, origen o procedencia, raza, religión,

²²⁷Cfr. CONTRERAS Sebastián, *Derecho positivo y derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación*. [Ubicado el 019/05/17]. Obtenido en <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/SUPL2014/3-Cubo-SUP19.pdf>

²²⁸ Cfr. Ibídem.

²²⁹ Cfr. Ibídem.

sexo o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Denominada “Ley para el fortalecimiento de la lucha contra los crímenes de odio y la discriminación” en Perú que no define ni tiene un sustento previo de como determinar la discriminación por orientación sexual en un contexto fuera de lo privado, situación distinta a la discriminación por religión o condición de salud.

“Artículo 1º.- Toda persona tiene derecho a tener reconocimiento pleno de su identidad sexual y de género, independientemente de cuál sea su sexo biológico o de asignación. Ninguna persona podrá ser objeto de discriminación arbitraria, penalización o castigo por motivo de su identidad sexual o de género. Artículo 2º.- Toda persona plenamente capaz, podrá solicitar la rectificación del sexo señalado en su respectiva inscripción. Para obtener la rectificación registral del sexo, el solicitante deberá cumplir, con alguno de los siguientes requisitos: a) Haber estado en proceso médico de reasignación sexual durante, a lo menos, 6 meses, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe de un médico colegiado de un centro asistencial; b) Demostrar la adopción continuada, en un período no menor a 2 años, de la identidad social correspondiente al sexo demandado. Esta circunstancia se acreditará mediante información sumaria de testigos”. “Ley 21.120 Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género” en Chile, que reconoce un aparente derecho y a la vez restringe la discriminación arbitraria –precisión interesante- pero iguala la orientación y el género con un solo fin en la ley.

De la misma línea tenemos: “4. Discriminación directa: Hay discriminación directa cuando una persona haya sido, sea o pueda ser tratada de modo menos favorable que otra en situación análoga o comparable, por motivos de orientación sexual, expresión o identidad de género o pertenencia a grupo familiar. 5. Discriminación indirecta: Hay discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas por motivos de orientación sexual, expresión o identidad de género. 6. Discriminación múltiple: Hay discriminación múltiple cuando además de discriminación por motivo de orientación sexual, expresión o identidad de género o pertenencia a grupo

familiar, una persona sufre conjuntamente discriminación por otro motivo recogido en la legislación europea, nacional o autonómica. Específicamente se tendrá en cuenta que a la posible discriminación por expresión, identidad de género, se pueda sumar la pertenencia a colectivos como inmigrantes. 7. Discriminación por asociación: Hay discriminación por asociación cuando una persona es objeto de discriminación como consecuencia de su relación con una persona, un grupo o familia trans. 8. Discriminación por error: Situación en la que una persona o un grupo de personas son objeto de discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género como consecuencia de una apreciación errónea. 9. Acoso discriminatorio: Será acoso discriminatorio cualquier comportamiento o conducta que por razones de orientación sexual, expresión o identidad de género o pertenencia a grupo familiar, se realice con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, ofensivo o segregado. 10. Represalia discriminatoria: Trato adverso o efecto negativo que se produce contra una persona como consecuencia de la presentación de una queja, una reclamación, una denuncia, una demanda o un recurso, de cualquier tipo, destinado a evitar, disminuir o denunciar la discriminación o el acoso al que está sometida o ha sido sometida”. Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Se puede notar que conforme las leyes de un país se apertura a positivar estos nuevos derechos, esto se desarrolla básicamente en sentido negativo.

2.4. El subjetivismo a la luz de la doctrina iusfilosófica

Según los entendidos analizar el contenido del denominado subjetivismo permite conocer la corriente filosófica que asume para toda verdad y moralidad a la individualidad psíquica y material del ser humano, siendo este el factor primordial para su comprensión. Paradójicamente, el ser humano es siempre cambiante (variable), además de estar limitado a trascender hacia una verdad absoluta (concepto hegeliano) y universal.

“Decir que el subjetivismo limita la validez de la verdad al sujeto que conoce y juzga principalmente según su entendimiento y en consideración a su realidad específica entendida no como un hecho "externo" sino como parte constitutiva del sujeto”²³⁰,

²³⁰ Cfr. FERNANDEZ SUAREZ Jesús Aquilino. *La Filosofía Jurídica de Eduardo García Máynez*, Oviedo, Fondo Edit. Universidad de Oviedo, 1991, pp. 226 -228

es decir, afirma que el conocimiento solo es posible de manera limitada, por lo tanto el individuo nunca podrá conocer la verdad absoluta, imposibilidad derivada de su propia imperfección natural.

Este es uno de los argumentos recurrentes de esta corriente, que ante la imposibilidad de saber si realmente se puede trascender, es mejor negar dicha posibilidad y reducir la interpretación de la realidad a aquello que cada uno pueda llegar a conocer, siendo imposible legislar bajo principios o reglas que no partan de estas realidades.

El Subjetivismo es una doctrina filosófica que entiende de manera subjetiva lo que a primera vista parece una clase de juicios objetivamente verdaderos u falsos; se entiende como, verdaderos o falsos al margen de lo que el individuo crea, quiera o espere. "(...) se puede ser subjetivista si ante unos juicios, pese a las apariencias, externos a nosotros como individuos, actuamos como si fueran juicios acerca de nuestras actitudes, creencias, emociones, etc. También se puede negar que esos juicios sean verdaderos o falsos, alegando que son órdenes o expresiones de actitudes camufladas"²³¹.

Es muy interesante esta perspectiva, porque con aquello que por naturaleza es objetivo y ajeno a la voluntad o perspectiva subjetiva, es necesario subjetivarlo, no se acepta una concepción que no parte de la subjetividad. Esto renuncia a la búsqueda de la verdad, y se intuye que todo deberá ser construido en base a un consenso de subjetividades, puesto que lo verdadero y lo falso lo determinarían cuantos según su subjetividad lo consideren así. Todo es volátil.

Las críticas y debates más fuertes en torno a la relación entre los principios éticos y el subjetivismo, parte de la concepción subjetivista conocida como emotivismo, que afirma: "los juicios morales son meras expresiones de nuestras actitudes positivas y negativas"²³². Es importante aclarar que el subjetivismo, sin embargo, no está unido a la ética.

Ya que para una concepción subjetiva de la racionalidad, los criterios de creencia racional son los criterios que el individuo -o quizá la mayoría de los miembros de la

²³¹ Cfr. HIGUERAS GALÁN, Esteban. *¿Qué es en filosofía el subjetivismo?*, 2011[ubicado el 18. V 2017]. Obtenido en <http://www.microfilosofia.com/2011/10/que-es-en-filosofia-el-subjetivismo.ht>

²³²Cfr. MUÑOZ TORRES, Juan. *Objetivismo, subjetivismo y realismo como posturas epistemológicas sobre la actividad informativa* Unav.es, 1995. [ubicado el 18. V 2017]. Obtenido en https://www.unav.es/fcom/communication-society/es/articulo.php?art_id=181

comunidad a la que pertenece ese individuo- aprobarían en tanto que están interesados en creer que aquellas proposiciones son verdaderas y, por ende, no asumir que son falsas.

En contra, la doctrina ética se interesa en procurar el máximo beneficio a aquellas acciones individuales o sociales que beneficien -a su vez - al común o al individuo, recordaremos que su fin es procurar los derechos, deberes y poderes del individuo en sociedad; además de ceñirse a principios objetivos basados en la acción humana.

Desafortunadamente, el subjetivismo en conjunción con el individualismo-como proyección posmoderna del subjetivismo- han mellado el sistema jurídico, porque generan una tendencia que cede ante la protección y garantismo legal de nuevos derechos, sin tener en cuenta los derechos de los afectados por este exceso, una proyección que llega desde la exaltación principialista de la autonomía, que protege al que activamente elige que no respecto del sujeto que pasivamente recibe el impacto de las elecciones de los demás.

2.5. Presencia del subjetivismo en el derecho positivo.

La presencia del subjetivismo en el derecho consiste en la dotación de facultades *in extremo*, siendo que el derecho subjetivo solo determina la facultad de un titular respecto a algo (algo justo), el subjetivismo en el derecho está definido por Kant como: “la autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley”²³³, por lo cual se llega hasta el voluntarismo. La voluntad se convierte en realidad jurídica y en el único objeto del conocimiento suponiendo una renuncia a cualquier propuesta valorativa extraída de lo empírico.

En una perspectiva más contemporánea, Mackie explica lo siguiente: “Si hubiera valores objetivos serían entidades o cualidades de una clase muy extraña, completamente diferentes de cualquier otra cosa del universo”²³⁴, con lo cual queda sentado que el subjetivismo jurídico desconoce la realidad objetiva, y por ende no puede dotarse de principios o valores objetivos.

Esta corriente rechaza toda idea de un derecho natural, y también a los principios generales del derecho porque están compuestos por los hechos y la interpretación

²³³ Kant citado por RUIZ RODRIGUEZ, Óp. Cit., p.57.

²³⁴ RUIZ RODRIGUEZ, Óp. Cit., p.165.

de los hechos en su línea más objetiva que la dignidad y el consenso permiten. De esta manera, el derecho se alimenta de todo enfoque axiológico, e incluso ético.

A nivel del derecho más riguroso y positivo que pueda existir: el derecho penal, también se hace objeción del subjetivismo: “(extremos de una propuesta subjetiva) en el primer caso deberíamos admitir cosas tan repugnantes como castigar a la gente por meros pensamientos”²³⁵.

Estos presupuestos convierten necesariamente al derecho en norma, entendida como un juicio lógico. En efecto, el juicio es un proceso mental por el cual se afirma la realidad de una cosa, o la realidad de una relación jurídica, y se expresa mediante una proposición. Esta a su vez se define como el enunciado susceptible de ser declarado verdadero o falso.²³⁶

El derecho positivo como tal no es una corriente, pero debe enfocarse desde otro punto de vista que no sea ensimismado para que evite recaer en el positivismo, el Derecho Natural podría brindarle los principios para guiarlo, es decir, la corriente lusnaturalista -que funda los principios de la humanidad y la lealtad con el ser- podría ser el complemento ideal en este caso. Para ello es importante recordar que primero se tendrá que interiorizar el derecho natural antes de exteriorizar la norma, y para eso es necesaria una conciencia que se crea a base de principios que no solo son técnicos, muchos de estos, para no decir la mayoría nacen con el ser humano y se van desarrollando acorde a la evolución de la sociedad, sin dejar de lado su esencia.

Para una parte de la doctrina, el subjetivismo jurídico abarca gran protagonismo y ha desplazado al positivismo gracias al neoconstitucionalismo, reemplazándolo por un formalismo jurídico. “En lo relativo a la Ciencia del Derecho o Ciencia Jurídica se ha mantenido la visión puramente descriptiva y hasta formalista, pues a mi entender en el Ecuador no se ha vivido el positivismo en ninguna de sus manifestaciones, sino más bien hemos experimentado el formalismo jurídico¹² que constituye una expresión de naturaleza diversa, aunque conectada con el positivismo, a pesar que algunos estudiosos podrían atribuirle la calidad de

²³⁵ Santiago Nino citado por TORRES ORTEGA, Ilse Carolina. *Subjetivismo y objetivismo n el derecho penal según Carlos Nino*. Ciencia Jurídica, Año 3, núm. 5, 85-103.

²³⁶ Cfr. MORALES GARITO Einstein Alejandro. Positivismo y Teoría del Derecho. [ubicado el 022/05/17]. Obtenido en <http://www.monografias.com/trabajos18/positivismo-y-derecho/positivismo-yderecho.shtml>

positivismo jurídico en base a la “tesis de la ley”, en el sentido que “el concepto del derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley”(…)²³⁷

2.6. Interrelación entre el contenido iusfilosófico de la libertad y el derecho subjetivo.

Para entender el actual fundamento iusfilosofico de la Libertad, resulta imperioso primero analizar los inicios de la filosofía, época en la cual se creía en un orden configurado por la razón y lo natural -que en algunas corrientes aún se cultivaba- alineándose con el razonamiento de que poder elegir bajo los parámetros de la razón y lo natural es ser libre y –contrariamente- un hombre que procura ejercer su libertad sin dichos parámetros, es una marioneta que no tiene control pleno sobre el rumbo de sus propias acciones. Es en otras palabras, un medio pasivo a través del cual operan entes externos al individuo.

En este sentido bien podríamos recordar a Platón que en uno de los pasajes de La República nos indica cómo la capacidad de elegir implica también la responsabilidad²³⁸, otra de las temáticas constantes a las que se vería estrechamente vinculada la construcción de la noción de libertad en la historia de la filosofía²³⁹.

Con el avance del pensamiento sobre el contenido de la libertad, surgió el debate en torno el libre albedrío y la noción de un poder: la voluntad, que se configuraba como la base de la elección y la esencia de la libertad. Esta voluntad tenía el rasgo de ser indiferente: capaz de escoger un camino u otro sin ser movido por algún impulso o deseo en particular²⁴⁰.

Como parte de su desarrollo, se propone: autodeterminación, elección y decisión²⁴¹, que con el tiempo han variado como identidad del concepto de libertad. No obstante se ha dejado de lado una característica igual de importante: los bienes, sobre qué tipo de bienes se realiza la elección, surgiendo interrogantes de lo que la política

²³⁷ VINTIMILLA, Óp. Cit.

²³⁸Cfr. Platón. *La República* Um.es [ubicado el 14. V 2017]. Obtenido en <http://www.um.es/noesis/zunica/textos/Platon,Republica.pdf>

²³⁹ Cfr. Ibídem.

²⁴⁰ Cfr. FIGUEROA CASTILLO, Andrés. *El concepto de libertad en la filosofía de John Dewey*, 2008, p.16. [ubicado el 14. V 2017]. Obtenido en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/filosofia/tesis08.pdf>

²⁴¹ BURGOS, Juan Manuel. *Antropología. Una guía para la existencia*, 4ta Ed., Madrid, Ediciones Palabra, 2009, p. 78-79.

debe tratar: ¿hasta dónde el Estado puede avalar una elección?, si la mayoría popular democrática desea avalar un bien no legítimo, que consigo acarrea una transgresión indiscutible sobre otro ser humano, ¿debería la política respaldar el deseo de la mayoría?

Para filósofos políticos como D'Ors, la libertad implica "no tener dueño (...). Dueño es el que impone su voluntad como tal voluntad personal (...): el que manda porque sí"²⁴², dando así un concepto negativo de la libertad, que podría incluso interpretarse como arbitrario y de excesivo voluntarismo, pero el contenido se encuentra incompleto, pues la razón de que la libertad no se vea sometida a ningún tipo de poder radica en la arbitrariedad histórica a la cual se ha visto sometida, por ello circula su contenido con lo siguiente: "(...) el poder que no se justifica por la razón ante quien requiere razonablemente su justificación, se hace dominación y suprime la libertad"²⁴³, contrario sensu, la libertad encuentra sus límites en tanto existan razones que justifiquen los mismos, aunque para la perspectiva del autor siempre se remita a un poder con razones justificadas.

Un dato complementario, pero de igual importancia, es el presupuesto de responsabilidad atribuido a la libertad²⁴⁴, no hay derecho que sin deber no venga, y la elección como tal sin necesidad de una multiplicidad variada de opciones no deja sin espacio a la libertad, en estos casos se asume entre el hacer y no hacer, siendo este pequeño espacio donde a libre elección puede ejecutarse.

Al día de hoy, reconocer la libertad tal cual la óptica iusfilosófica la desarrolla como aquella capacidad de reconocer que la formación de la libertad de los individuos se desdobra a partir del ejercicio de la capacidad de elegir y de la responsabilidad que la vida misma exige en las condiciones y problemáticas dadas por la sociedad.

Lo objetivo y lo subjetivo conforman una de las dualidades constitutivas básicas de la filosofía. Con un máximo grado de simplificación, cabría decir que la ontología considera la objetividad de lo que es, mientras que la teoría del conocimiento parte del sujeto dotado de sensibilidad, razón y conciencia; la filosofía práctica, podría

²⁴² VANNEY, Óp. Cit.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Cfr. *Ibidem*.

considerarse como una síntesis superadora de tal polaridad. Pero no nos vamos a orientar aquí hacia tal plano superior de reflexión²⁴⁵.

El Derecho subjetivo funciona como un dispositivo que activa todo el mecanismo jurídico y político. El hecho, por ejemplo, de que el Estado reconozca que existe un derecho subjetivo en un documento, implica su reconocimiento, que existe cierta estructura, un sistema, que conforma de reconocibilidad, y convierte al Estado en una entidad que reconoce, y en tanto el poder que ostenta, se impone. “Que el Estado reconozca un derecho no es lo mismo que un tercero cualquiera (un individuo) reconozca un derecho. El Estado al reconocer un derecho, como representante de la sociedad en su totalidad puede ejercer la fuerza, la coacción para establecer el orden; y esa es la potencia que lleva en si el derecho subjetivo, posibilidad de poner en funcionamiento todo el mecanismo de la fuerza del Estado para ejercer un derecho, una posibilidad, una facultad”²⁴⁶.

Es el ordenamiento jurídico mismo el que dispone en qué situación y bajo qué condiciones la voluntad de un sujeto (individual o colectivo) se reviste del valor objetivo de ser productora de normas jurídicas²⁴⁷.

Por ello, no es válida ni legítima cualquier voluntad política como creadora de derechos. Se ha de contar primero con el individuo quien se destinan las normas creadas, y desde luego, el reconocimiento de derechos. Usar como fuente la libertad, no un origen irrestricto de posibilidades de permisión de los Estados.

Un dato mencionado comúnmente en los contenidos de derechos fundamentales, es qué sociedad reflejan, que generación están comprendiendo, y que datos del ser humano son los predominantes para la protección jurídica²⁴⁸. ¿Bastaría con centralizar al ser humano, y acorde a cada nueva necesidad –indiferente de sus tendencias y orígenes- nombrar un nuevo derecho en pro de la libertad?

La mayoría de una gama de nuevos derechos se abocan a la defensa del derecho al libre desarrollo de la personalidad, dejando de lado el contenido clásico de lo que

²⁴⁵ Cfr. ZAMBRANO TORRES Alex R. *EL DERECHO SUBJETIVO* [ubicado el 02.V 17]. Obtenido en

<http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-subjetivo/>

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ Cfr. PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, traducido por Enrique Bacigalupo y otros, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp.10-12.

²⁴⁸ Cfr. CARTABIA, Marta. “La edad de los <<nuevos derechos>>”, *UNED Revista de Derecho Político*, N.º 81, mayo-agosto 2011, 61-100.

ello significaba: “facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que condice a los fines de su vida (...) inspirados por la naturaleza”²⁴⁹. Muy lejos de lo que en la actualidad implica ejercer el libre desarrollo de la personalidad.

Pero el derecho no es una materia que desde su lado positivo deba regular todos los aspectos humanos posibles y minúsculos, esto lo haría sucumbir a cada tendencia filosófica de moda y sus variaciones antropológicas sobre qué es el hombre; ello sería como regular el *dasein* de Heidegger en nuestros días²⁵⁰.

Finalmente, es la fuerte influencia de un Estado paternalista en el imaginario colectivo lo cual ha mezclado todo tipo de finalidades de otras ciencias sociales y desea legalizarse en el derecho, sin importar que por cada regulación o nueva ley, se generen mayor letargo en la eficacia jurídica del Estado y una desproporción en el manejo del presupuesto en políticas públicas, generando un Estado que más vele por asuntos que no le deberían concernir ni a él ni al derecho.

Un niño a medida que crece va encontrando responsabilidades que le son exigidas, esto -sin embargo- no es comprendido hoy como la introducción repentina del libre albedrío, sino que, constituye una de las dinámicas más espontáneas de lo que llamamos crecimiento; y es este último el que progresivamente permite la participación activa de los individuos en la sociedad²⁵¹.

Finalmente -según sostiene Javier Hervada- “la libertad en las decisiones de la vida sólo es posible por la adhesión a normas éticas, y quien pretenda despreciarlas, como si fuesen una coacción, pondría sólo desenfreno en lugar de libertad. No es falta de libertad que el hombre acepte su ser tal cual es”²⁵². Quien, en pro de la libertad, pretende ir sobre las aguas no conseguiría más que ahogarse, es parte del orden físico, y lo mismo sucede en el orden moral: Cuando se incumple la ley natural, los efectos no son tan aparentes como cuando se incumplen las leyes físicas, pero no son menos destructores²⁵³. En este punto, caer en el

²⁴⁹ MAINO, Carlos Alberto Gabriel. *Concepto y fundamento de los derechos humanos. A la luz del pensamiento del profesor Francisco Puy. Una perspectiva actual desde el iusnaturalismo español*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013, p.17.

²⁵⁰ Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., pp. 263-265.

²⁵¹ Cfr. FIGUEROA CASTILLO, Óp. Cit.

²⁵² HERVADA Javier. *Libertad, Autenticidad y Derecho Natural*. [Ubicado el 14. V 2017]. Obtenido en http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12295/1/PD_III_22.pdf

²⁵³ Cfr. Ibídem.

*permisivismo*²⁵⁴, que de por sí genera desorden, y desprestigia la autoridad Estatal, ocasiona tendencia de posibles variaciones jurídicas sin apoyarse en más principio que la libertad misma.

En este segundo capítulo se realizó el estudio necesario para definir la libertad, desde su desglose histórico, así se abarcó el derecho positivo con su contraparte: el positivismo, y los nuevos derechos son intuídos desde las doctrinas ideológicas voluntaristas, desde la particularidad se describen como “libertades”, y no tienen reparo con el financiamiento Estatal ante su defensa, pero usualmente estos nuevos derechos tienen un marco de libertad que escapa a la concepción jurídica pero reclama su protección desde todos los ámbitos jurídicos posibles.

²⁵⁴ BURGOS, Juan Manuel. *Antropología. Una guía para la existencia*, 4ta Ed., Madrid, Ediciones Palabra, 2009, p.19.

CAPÍTULO III

HACIA UN LÍMITE EN LA CREACIÓN DE “NUEVOS DERECHOS”

En este capítulo se busca proponer una escala valorativa, basada en un previo análisis del ser antropológico que es sujeto de los Derechos humanos, en la no contradicción del contenido iusfilosófico de la libertad, y en el respeto a las instituciones las cuales también salvaguardan la protección jurídica de las personas, y de la sociedad en general. Es así que se realizará un análisis de los capítulos precedentes para proponer una escala de principios que busca delimitar la creación de nuevos derechos que sirva de base para el orden jurídico positivo.

3.1. Análisis de la crisis iusfilosófica originada en la alteración del contenido jurídico de la libertad y la creación irrestricta de “nuevos derechos”.

Es de suma importancia fijar una estrategia iusfilosófica en la búsqueda de una “fundamentación de los derechos humanos”²⁵⁵, situación donde no existe real consenso, que genera una problemática que ya avizoraba Jacques Maritain al escuchar lo siguiente durante la Comisión Nacional Francesa donde se discutía sobre los Derechos Humanos: “(...)alguien manifestó su extrañeza al ver que ciertos defensores de ideologías violentamente opuestas se habían puesto de acuerdo para redactar una lista de derechos. «Claro – replicaron ellos – estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se nos pregunte por qué»”²⁵⁶, lo cual aunado a los motivos económicos que han influido desde su primer reconocimiento²⁵⁷, resulta alarmante, e incluso podría interpretarse como un lista de presuntos derechos acogidos a la corriente de intereses económicos en una determinada época, amparados –a su vez- en una presunta “*libertad de*”²⁵⁸.

Esta alarma, también ha suscitado otro comentario puntual de Maritain: “los derechos de la persona humana debían encontrar su fundamento en la afirmación de que el hombre no está sometido a ninguna otra ley que las de su propia voluntad y su propia libertad (...)” lo cual recuerda a la definición de libertad positiva por Berlín. Continuando: “Esta filosofía no ha establecido ningún fundamento sólido de los derechos de la persona humana (...) ha comprometido y desperdiciado esos derechos, porque ha llevado a los hombres a concebirllos como derechos divinos en sí mismos y, por lo tanto, infinitos, que escapan a toda medida objetiva, rechazan

²⁵⁵ SARTEA, Claudio. “Los derechos humanos más allá del eclipse de la razón”, Revista semestral de derecho de la Universidad de Navarra, número 76, Enero-junio 2017, 71-82.

²⁵⁶ MARITAIN, Jacques. Los derechos del hombre y sus fundamentos [ubicado el 06. IX 2018]. Obtenido en <http://www.jacquesmaritain.com>

²⁵⁷ Véase el capítulo I, en *Los derechos humanos en el contexto socio político*.

²⁵⁸ Véase sobre la Ley de Chapelier en el capítulo II, en *Un contenido histórico de la libertad*

toda limitación impuesta (...) la independencia absoluta el sujeto humano y un llamado derecho absoluto (...) a desplegar sus amadas posibilidades en detrimento de todos los demás seres”²⁵⁹, esto puede entenderse como derechos humanos concebidos bajo un plano meramente subjetivista. Hay que tomar nota sobre el la precisión de “detrimento de todos los demás seres”, si se analiza desde el subjetivismo filosófico los otros seres podrían ser también personas.

Es bajo este argumento que se trasluce la problemática de esta investigación, la creación infinita de derechos humanos amparada en un contenido positivo de la libertad, que a su vez no le interesa transgredir los derechos de los demás, pero se permite en tanto los derechos humanos valen por el carácter imperativo e internacional que tienen, no por algún fundamento sólido que los avale.

Situación muy semejante refiere Cartabia, y la describe como “añadir nuevos derechos puede dañar el equilibrio global del conjunto de valores implicados en el proyecto de los derechos humanos. Cuanto mayor sea el número de derechos reconocidos, más probable será que resulten contradictorios entre sí”²⁶⁰. Y es esta proliferación de nuevos derechos en el presente milenio el que trae a colación la necesidad de crear límites objetivos para evitar caer en contradicciones sustanciales.

a) Visión antropológica en conflicto

Ser humano, persona humana, y aquello que se comprende en su concepción antropológica como caracteres fenomenológicos esenciales: substancialidad, subjetividad, ser corporal espacial y temporal, con apertura y necesidad de trascenderse²⁶¹; está en juego en la actualidad.

Tal cual se ha ido redactando los capítulos anteriores, se nota un patrón de exaltación sobre caracteres particulares de la persona, y que bajo esta interpretación ideológica de la misma se legitiman teorías filosóficas, históricas, y jurídicas; que servirán de interpretación de la realidad en cada uno de sus ámbitos. Cuando el hombre se puso en la centralidad con Descartes, aún dependía de su subjetividad para entender su existencia, idea que era muy novedosa de por sí. Pero tal cual se hace referencia en los capítulos anteriores, es Hegel quien le da la

²⁵⁹ MARITAIN, Óp. Cit.

²⁶⁰ CARTABIA, Marta. “La edad de los <<nuevos derechos>>”, *UNED Revista de Derecho Político*, N.º 81, mayo-agosto 2011, 61-100.

²⁶¹ BURGOS. *Antropología...*, Óp. Cit., pp. 44-47

potestad de ser absoluto. Más allá del contexto de si la burguesía hizo la revolución y se apropió de la historia, lo que se tiene es que no todos los que comparten la especie humana podrían –según Hegel- ser denominados hombres. En esta parte de la historia Hegel desdeña del *estado de inocencia*²⁶² y se lo atribuye a los africanos, y justifica su postura presentando al hombre europeo como único ante los “otros” y desde luego dueño de la historia. Desde luego esa era una justificación factible en la época para respaldar la esclavización, y aún más, no cuestionarla.

Otra de las versiones de aquello que significa persona, en los últimos dos siglos, nos lleva al contenido que define el colectivismo: “(...) individuo (...) ente anónimo igual que muchos otros”²⁶³, se dejó atrás al hombre Hegeliano dueño de la historia, ahora es mejor mientras menos particular es. La conceptualización culmina que su ‘grandeza’ dependerá del proyecto al que se entregue dicho individuo, sin mayor acotación ética o moral; entonces su dignidad se la da el colectivo, los fines y razones de existencia también.

Hablar de las degradaciones o la perversión que puede conllevar el seguir un colectivo sin mayor cuestión crítica que el ser parte de un engranaje al estilo hobbesiano, o que para Ernesto Sábato cualifica como el “hombre-masa”²⁶⁴ ha sustentado las más grandes aberraciones del siglo XX. Ejemplificando los resultados que acogieron este concepto de persona tenemos que: “condujo a los superestados basados en la máquina y en la totalización”, el más recordado fue la URSS, un superestado que asesinó más de 50 millones²⁶⁵ de sus propios *engranajes*, o ¿quizá verdaderos hombres que no quisieron convertirse en *engranajes*? Sacrificar la libertad, y aún más, la vida, pensando que con ello se contribuye a un bien social es un equívoco²⁶⁶ la dignidad es ontológica, y una muerte siempre implicará una pérdida,

Es interesante esta clasificación del ser y no ser en un superestado: se es engranaje o se es enemigo (hombre), se entiende por este último, como un sujeto lleno de

²⁶² Consideraba que el dolor, el sufrimiento y la pasión y la negación de la negación hacían del ser humano un hombre Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., pp. 47-49.

²⁶³ BURGOS, Óp. Cit., p. 325

²⁶⁴ SABATO, Ernesto. *Hombres y engranajes* [ubicado el 06.XI 2018]. Obtenido en http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/homb_engSaba.pdf

²⁶⁵ CERVERA, César. “¿A cuántas personas asesinó Joseph Stalin en su << Gran Purga >> del terror?”, ABC Historia [ubicado el 06.XI 2018]. Obtenido en https://www.abc.es/historia/abci-cuantas-personas-asesino-joseph-stalin-gran-purga-terror-201803060102_noticia.html

²⁶⁶ Cfr. BERLIN, Óp. Cit., p.6.

males físicos y metafísicos²⁶⁷, los cuales iban a sanar con progreso infinito de tipo científicista. El problema es que la puesta a prueba de este concepto de la persona, haya llevado a datos históricos como el holocausto, el no ser como enemigo se elimina.

Con ello, queda con claridad explícito que librar al ser humano de su espiritualidad, de su consciencia y su moralidad lo deja expuesto al totalitarismo y la manipulación masiva.

Entonces, ¿sería mejor concebir al hombre como un ser “al servicio de sí mismo y de sus intereses y no de la sociedad; o esta es, a lo más, un instrumento del que aprovecharse en beneficio propio”²⁶⁸?, el problema del individualismo se ha intuido en el primer capítulo, en el cual tras la revolución francesa “se apuntó a despojar al hombre de todo tipo de grupo de representación (como los gremios o cualquier intento de jerarquía) para dejarlo exclusivamente solo frente al Estado”²⁶⁹.

En los últimos 30 años, se desacopló el ideario colectivista, pero en su reemplazo persona humana ha sido clasificada de dos formas: Desde la escritura de Judith Butler la mujer no es más que género resultado de la construcción social e imposición para oprimirla (más que todo sexualmente) y por ello solo le queda la sexualidad y la psiquis para diferenciarse, mejor dicho para construirse, *ergo* el dato biológico no importa –y tampoco para los hombres (biológicos)²⁷⁰; la segunda, sería mediante de la fragmentariedad, ya no son grandes colectivismos, ahora todos son diferentes pero en sus conexiones (donde coinciden) se agrupan y tiene dignidad como grupo fragmentario.

De la suma de estas versiones de lo que significa ser persona resulta la siguiente: “una estructura psíquica y de determinada producción cultural e histórica”²⁷¹. Otros datos quedan eliminados. Resulta de vital importancia el orden de la descripción: el primer componente del ser humano sería una estructura psíquica, la cual tiene un carácter central e invariable respecto a la influencia que la “producción cultural e histórica” pueda ejercer, siendo los caracteres variables: la cultura e historia. Ante ello, se puede intuir que en otra parte del glosario citado haga referencia a un ser

²⁶⁷ SABATO, Óp. Cit.

²⁶⁸ BURGOS, Óp. Cit., p. 326

²⁶⁹ ALVEAR ACEVEDO, Óp. Cit., p.542.

²⁷⁰ BUTLER, Óp. Cit., pp. 224-228.

²⁷¹ INMUJERES. *Glosario de género*, 2007 [ubicado el 05.IV 2017]. Obtenido en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100904.pdf

psicosexual alimentado de la producción cultural e histórica de su contexto. Por tanto, el dato moral y la trascendencia quedan anulados, e incluso el contenido de la dignidad humana podría variar.

Se genera un problema mayor cuando se resalta la importancia de la dignidad humana sobre la cual se desprenden los denominados derechos humanos. Y ello lo destaco con lo escrito por Juan Manuel Burgos: “Si la persona es el ser digno y valioso por excelencia, esto significa, ante todo, que la sociedad está al servicio de la persona (...) que el Estado con todos sus organismos (...) en que sirven de un modo o de otro al bien de la persona, que es quien tiene rango ontológico más elevado. Esto significa también que (...) tiene unos derechos inviolables que el Estado no puede nunca traspasar (...)”²⁷². Esto deja en claro que en tanto los derechos humanos llegan a salvaguardar a la persona del propio Estado, en su contenido también dependerán de a *quién* entendemos por persona.

Si consideramos que el aspecto psicosexual es la característica más importante de la persona, siendo este un aspecto subjetivo, este definirá los derechos que a esta protegen. *In extenso*, el carácter esencial del ser humano sería su estructura psíquica, la cual se le puede denominar como ‘ser psicosexual’, y si ello es lo esencial e invariable, los derechos atribuibles al ser humano deberían conseguir la protección de la vivencia psicosexual del ser humano. El lado b, de dicha propuesta abiertamente aceptada en la actualidad es que este aspecto originario del ámbito privado -subjetivo- pasaría al ámbito público, porque de ello trata cada derecho fundamental que el Estado defiende, este hace de ese aspecto un carácter público. Esta dependencia de comprender los derechos humanos acorde a lo que en un determinado contexto se entienda (el concepto antropológico de persona) es por ello peligroso, específicamente, porque actualmente ya no existe un consenso sobre lo que se establece por “persona”. Ello deja un espacio amplio para incluso dotar de un carácter utópico a los derechos humanos, una utopía personalizada que va creando más derechos conforme los conceptos de persona van variando o se van sesgando.

Para escritores como Samuel Moyn, es perfectamente viable entender a los derechos humanos como una nueva utopía, comparando esta misma con las

²⁷² BURGOS, Óp. Cit., p. 328

fenecidas utopías capitalista y socialista: “(...) el campo del pensamiento, tal como ocurre en el de la acción social, los derechos humanos son entendidos de una mejor manera como sobrevivientes: el dios que no falló cuando otras ideologías políticas lo hicieron. Si evitaron su fracaso ello se debió, sobre todo, a que eran entendidos como una alternativa moral frente a la bancarrota de las utopías políticas”²⁷³, el problema con la utopía de los derechos humanos, es que actualmente se ha desatado una creación irrestricta de “nuevos derechos” acordes a todo tipo de concepción de personas con la finalidad de satisfacer esa utopía.

Es así que Marta Cartabia especifica: “Cuanto mayor sea el número de derechos reconocidos, más probable será que resulten contradictorios entre sí. La adopción de nuevos derechos tiene un precio: cualquier expansión será a costa de los derechos humanos tradicionales, e incluso a costa del proyecto de derechos humanos como tal”, el problema de que el concepto de persona rebote desde fundamentos amparados en la ciencia y la filosofía hasta aquellos en los cuales el dato científico es dado de baja para *entender* a la “persona”, como en el caso de darle relevancia al carácter psicosexual y considerársele un devenir volátil y voluntarioso en el tiempo, es que es imposible que los derechos humanos -sujetos a aquello que debería ser el núcleo duro o su fundamento- no recaigan en contradicciones entre los primeros derechos proclamados y aquellos que en la actualidad se crean o –inclusive- se “reconocen”.

Ante ello, los derechos fundamentales hoy conocidos, que vieron la luz sobre el derecho a la vida-en contrarresto del asesinato, a la propiedad privada-para proteger a la familia que es la célula básica de la sociedad, y la libertad – para que las autoridades no rebasen su poder, han dejado de ser tales, el contexto histórico les pide abarcar todo en cuanto puedan. Por ello Marta Cartabia insiste en lo siguiente: “El marco histórico ha cambiado profundamente: aunque han transcurrido solo unas pocas décadas, el contexto social ha evolucionado rápida y considerablemente. Partiendo de esta profunda diferencia de mentalidad es como muchos académicos formulan preguntas tan incómodas como estas: « ¿Qué clase de personas humanas está moldeando el proyecto de los derechos humanos?» — « ¿Qué clase de humanidad está implícita en el discurso de los derechos

²⁷³ MOYN, Samuel. *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, Traducido por Jorge González Jácome, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015, p. 15.

humanos?» — y, por afinar la cuestión— « ¿Es nuestra Sociedad más humana gracias al éxito de los derechos humanos?»²⁷⁴, no por algo no han denominado la generación del pensamiento débil, quizá de los sofismas sería más preciso.

De esta forma, se ha expuesto el carácter íntimo del ser humano y sus tendencias a las regulaciones del Estado, y se ha dejado de lado el carácter esencial del mismo. Con ello ha surgido una confusión en qué es el ser humano, desconectándolo inclusive de su dignidad.

No descartar la relevancia política que dé a los Estados que respetan los Derechos humanos, es de suma importancia para este análisis. Si nos enfocamos más en el contexto político de la década en la que se destacó su relevancia, encontramos el contexto descrito por Samuel Moyn: “Efectivamente, hubo una cantidad de catalizadores para esta explosión: la búsqueda de una identidad europea por fuera de los términos de la Guerra Fría; la recepción de disidentes, periodistas e intelectuales soviéticos y unos años después también procedentes de otros países de Europa Oriental; y el desplazamiento liberal de los Estados Unidos en materia de política exterior al adoptar términos morales novedosos luego del desastre en Vietnam. Igualmente significativo, pero menos reconocido, fue el final del colonialismo formal y la crisis del Estado poscolonial, particularmente a los ojos de Occidente. La mejor explicación general sobre los orígenes de este movimiento social y el discurso común alrededor de los derechos continúa siendo el colapso de otras utopías previas, tanto las que se basaban en el Estado nación como aquellas fundadas en alguna versión u otra del internacionalismo. Estos eran sistemas de creencias que prometían un estilo de vida libre pero terminaron en ríos de sangre, u ofrecían emancipación frente al imperio y al capital pero repentinamente se terminaron convirtiendo en una suerte de tragedias oscuras en lugar de ser esperanzas luminosas. En medio de esta atmósfera surgió un internacionalismo construido alrededor de los derechos individuales, y apareció porque fue definido como una alternativa pura en una era de traiciones ideológicas y colapso político. Fue entonces cuando el término “derechos humanos” entró en el lenguaje común del idioma inglés. Y es desde este momento reciente que los derechos humanos han definido el presente”²⁷⁵. El sentido de la libertad comienza a brotar, al menos

²⁷⁴ CARTABIA, Óp. Cit., p. 66

²⁷⁵ MOYN, Óp. Cit., p. 18

para Europa del Este, los derechos humanos son lo mismo que la libertad, e incluso se puede interpretar que para el autor los derechos humanos podrían tratarse de una ideología de la libertad, basándose en el dato histórico y la crisis política de la época.

Finalmente, tenemos dos problemas fundamentales: una divergencia de conceptualización sobre la persona, que sea la historia y el deconstructivismo²⁷⁶ quien la redefine todo el tiempo pero que tenga como base el ser psicosexual; y que el aspecto político e histórico haya puesto entre visos que gran parte de los derechos humanos son una representación utópica de la libertad, una síntesis del conflicto de la guerra fría.

La justicia, fue regente de los primeros derechos, su directriz, que estaba dirigida solo a quienes económicamente – y físicamente- eran denominados personas. Luego se fue descubriendo su dignidad (de la persona) en el plano ontológico, su racionalidad, tendencias, caracteres estáticos (biológicos) y su búsqueda de trascender; ahora se le ha quitado la esencia y poco a poco parece quedar materia de un ser arrojado a la mera existencia.

b) Historicismo y neoconstitucionalismo

De acuerdo al primer capítulo de esta tesis, se puede percibir la evolución del derecho a la libertad²⁷⁷, que resultó el menos claro de los tres derechos primordiales²⁷⁸, la cuestión era determinar ¿libertad sobre qué o de qué?

Para hacer un recuento de la historicidad es necesario mencionar a hizo la primera calificación de *acontecimiento-histórico universal*: Hegel. Paradójicamente mediante su explicación del acontecer histórico llevado a cabo por el hombre, deja

²⁷⁶ “(...)el alcance del método deconstructivista (...) La deconstrucción exige la fragmentación de textos y, en ella, el filósofo detecta los fenómenos marginales, anteriormente reprimidos por un discurso hegemónico (...)Es más, la deconstrucción no busca “sentidos” sino huellas de ideas; y con esto retoma ideas básicas de la psicología freudiana(...) El término mismo, el “deconstructivismo”, es un invento de Derrida derivado de la “destrucción” que Martin Heidegger definió como técnica del pensamiento filosófico con el fin de revisar profundamente las terminologías establecidas en las humanidades”. KRIEGER, Peter. *La deconstrucción de Jacques Derrida (1930-2004)*, Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas, NÚM. 84, 2004, 179-188, Scielo.org.mx [ubicado el 01.XI 2018] Obtenido en <http://www.scielo.org.mx/pdf/aiie/v26n84/v26n84a9.pdf>

²⁷⁷ Cfr. CHÁVEZ-FERNANDEZ POSTIGO, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias dl Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Primera Edición, Lima, Palestra, 2012.

²⁷⁸ Para John Locke, eran la vida, la libertad y la propiedad, siendo propuestos como los más esenciales en un Estado de Guerra. Cfr. CORTÉS RODAS, Francisco. *El contrato social liberal: John Locke*, Scielo.org.co, 2010 [ubicado el 23. X 2018]. Obtenido en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872010000200005

en a-historicidad²⁷⁹ a gran parte de la población que a su criterio no se ha ganado ese lugar. Dejar fuera del quehacer histórico a un ser humano es quitarle la humanidad, y eso pasó en la edad moderna, pero actualmente resultaría irrisorio que la historicidad sea un elemento excluyente para ser considerado persona, o como en esa época “hombre”.

Sin embargo, su desarrollo jamás se vio ajeno al desenvolvimiento económico de la época, que era lo que definía quien podría ser percibido para el Estado como persona y quién no²⁸⁰.

Las diversas declaraciones de derechos humanos en el siglo XVIII, trataron de igualar en el sentido jurídico a los hombres, pero como mencioné, el interés económico primó más, y el cálculo político apuntó a enumerar atribuciones pero no a concretar fundamentos sobre los mismos derechos humanos. Es así que cuando en la guerra se necesitó que las mujeres trabajen, vino casi inmediatamente la aparente concesión de que también voten, o mejor dicho, pueden ejercer derechos políticos.

Pero la catástrofe de la Alemania Nazi, hizo estragos, y el problema de nuevo se redujo a quien es o no persona, porque sin persona no hay libertad, ni Declaración Universal que respalde. Sin duda aferrarse a un positivismo jurídico sin mayores parámetros que los credos por un gobierno desató un genocidio. La paradoja relacionada aquí es que se usó la historia para condenar a millones de judíos porque se halló una ilación (desde la perspectiva de los alemanes nacionalsocialistas) que indicaba ellos eran quienes causaban todos los males de Alemania, o mejor dicho del Reich.

Desde los años setenta, existe una tendencia a resaltar la libertad en el contexto político, que ante el fracaso de utopías políticas que acabaron en masacre, surgió – o acaso se exaltó- a los derechos humanos, como aquello que la historia estaba por ver y llegó para superar las utopías fracasadas: “(...) en el estudio reciente de los derechos humanos, los historiadores, al llegar a la escena (...) han usado la historia para confirmar su ascenso inevitable sin registrar las decisiones que se tomaron y los accidentes históricos que ocurrieron (...)”²⁸¹.

²⁷⁹ Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., p. 106.

²⁸⁰ Véase sobre los derechos de propiedad en Grecia de la antigüedad en el capítulo I, en *Los derechos humanos en el contexto socio político*.

²⁸¹ MOYN, Óp. Cit., p. 15.

Esto último es a lo que diversos doctrinarios llaman historicismo, tal cual indica Sartea²⁸² al rescatar que los fundamentos actuales sobre los cuales se desarrolla a nivel nacional e internacional el contenido de los derechos fundamentales es exclusivamente en base a una aparente evolución histórica que se ampara en el carácter dinámico del derecho.

Tal es el caso en que la Corte interamericana deslegitima el carácter de persona al concebido- desde la perspectiva biológica- aduciendo la contundencia del argumento de interpretación gradualista de la persona humana, solo se basa en la contingencia “histórica y sistemática”²⁸³ dejando fuera otros campos reconocidos y objetivos para reconocer el status de sujeto de derecho y persona al no nacido.

El problema con ello también radica en la vigencia del neoconstitucionalismo, no como salvaguarda de derechos fundamentales que cada estado miembro deba respetar. Sino, que bajo el criterio *pro homine*, este deba expandir el ámbito de los derechos fundamentales, y la libertad se ve afectado no solo por proteger demás que estaría ingresando al ámbito privado mediante la criminalización de odio desde el sujeto pasivo. La libertad deberá acoplarse al criterio ideológico *pro homine*, ideológico en tanto se promueve la manipulación genética y el aborto en pro de la libertad del otro y la cosificación de uno.

Una muestra ejemplificadora de este neoconstitucionalismo, la encontramos en La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que conceptualiza al concebido bajo la interpretación evolutiva del derecho como lo siguiente: “la Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida (f 253)”²⁸⁴.

Ello ha sido concluido bajo el respaldado de la interpretación evolutiva del derecho, que no ve los límites bioéticos si prácticas como la Fecundación In Vitro (FIV) es común en países del bloque económico más dominante del mundo (Europa y Norteamérica), generando una permisividad para su práctica, respaldándose en

²⁸² Cfr. SARTEA, Claudio. “Los derechos humanos más allá del eclipse de la razón”, Revista semestral de derecho de la Universidad de Navarra, número 76, Enero-junio 2017, 71-82.

²⁸³ ADRIASOLA, Gabriel. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Removiendo conceptos sobre el estatus jurídico del embrión Scielo.edu.uy, 2013 [ubicado el 03.IX 2017]. Obtenido en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-03902013000300007#bib1

²⁸⁴ CIDH del 28 de Noviembre de 2012. {Artavia Murillo y otros VS. Costa Rica} [ubicado el 27.IX 2017]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

que el embrión en cuestión no es en sí un sujeto de derecho, pero que conforme evoluciona podría adquirir a la par dicha categoría.

Por parte de la CIDH, destaca, que el ser humano desde su concepción no debe ser protegido de la misma forma por el ordenamiento jurídico en todas las etapas de su desarrollo o evolución: “en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (256)²⁸⁵

Lo interesante de esta época, es la diferenciación y especificación del ser humano como un ser tanto con materia física como un lado espiritual o al menos incorpóreo, lo cual está negado ante la aversión a la religión.

La interpretación evolutiva del derecho también ha sido empleada para incluir en al matrimonio igualitario, considerándose que la institución matrimonial como tal debe “evolucionar”²⁸⁶ en pro de las nuevas costumbres nivel mundial.

Ello ha seguido encontrado respaldo por la CIDH, inclusive en noviembre de 2018 instó al Perú mediante un comunicado de prensa a: “La CIDH recuerda al Estado peruano su obligación de adoptar medidas específicas para modificar los patrones socioculturales de conductas heteronormativas, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad de las mujeres o de otros colectivos históricamente discriminados en razón de su diversidad sexual o identidad de género.”²⁸⁷ Adoptando de forma explícita el concepto de “Heteronormatividad” acuñado por Michael Warner, un crítico literario,

²⁸⁵ CIDH del 28 de Noviembre de 2012. {Artavia Murillo y otros VS. Costa Rica} [ubicado el 27.IX 2017]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

²⁸⁶ GARCIA DIAZ, Katherine. *Matrimonio igualitario, un derecho o una aberración social*, Trabajo de grado para optar al título de abogado, Universidad Santo Tomás de Medellín, 2015.

²⁸⁷ OAS.ORG.CIDH finaliza visita de trabajo a Perú, 16 de noviembre de 2018 [ubicado el 23. XI 2018]. Obtenido en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/243.asp>

no un jurista, usando un término en boga en la actualidad (un término ideológico) para justificar una aparente obligación del Estado.

Temáticas como el marxismo, el feminismo, el cientificismo, y el neoconstitucionalismo tienen una confluencia importante actualmente, pero requieren de un marco poco objetivo para tener legitimidad ante el derecho, lo cual hace pasible a este último de tener un carácter permisivo hacia un activismo ideológico por parte de los jueces²⁸⁸.

El neoconstitucionalismo es pertinente para crear nuevo derecho mediante su control de convencionalidad difuso, pero este es dirigido por el criterio de las cortes internacionales, jurisprudencia que más que con base argumentativa en la persona humana, apuesta por una versión contemporánea, más ideológica que jurídica, desarraigada de muchos matices esenciales de lo que significa ser humano, y por tanto respetar la dignidad de la persona ante el Derecho.

c) Argumentos de una perspectiva parcial del contenido de la libertad y el derecho

Si el contenido antropológico sobre el cual se basa una estructura filosófica es basado en una visión parcial y no integral de la persona, en consecuencia tendremos teoría sobre el contenido de la libertad y el derecho con perspectivas parciales.

El relativismo y el subjetivismo de la posmodernidad, ha traído como consecuencia negativa una ilimitada fragmentación de los valores y los principios naturales del derecho, así como de la antropología filosófica.

Podríamos recordar a Platón que en uno de los pasajes de La República nos indica cómo la capacidad de elegir implica también la responsabilidad²⁸⁹, otra de las temáticas constantes a las que se vería estrechamente vinculada la construcción de la noción de libertad en la historia de la filosofía²⁹⁰.

Parte de su desarrollo propone: autodeterminación, elección y decisión²⁹¹, que con el tiempo han variado como identidad del concepto de libertad. No obstante se ha dejado de lado una característica igual de importante: los bienes, sobre qué tipo de

²⁸⁸ Cfr. PUENTE MORAL, Marta. *El neoconstitucionalismo. ¿Una corriente doctrinal impulsora del activismo judicial?* Tesis para optar el grado en derecho, Universidad de Burgos, 2015.

²⁸⁹ Cfr. Platón. *La República* Um.es, [ubicado el 14. V 2017] Obtenido en: <http://www.um.es/noesis/zunica/textos/Platon,Republica.pdf>

²⁹⁰ Cfr. Ibídem.

²⁹¹ Óp. Cit. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología...* pp. 167-177

bienes se realiza la elección, surgiendo interrogantes de lo que la política debe tratar: ¿hasta dónde el Estado puede avalar una elección?, si la mayoría popular democrática desea avalar un bien no legítimo, que consigo acarrea una transgresión indiscutible sobre otro ser humano, ¿debería la política respaldar el deseo de la mayoría?

Para D'Ors, la libertad implica "no tener dueño (...). Dueño es el que impone su voluntad como tal voluntad personal (...): el que manda porque sí"²⁹², dando así un concepto positivo de la libertad, que podría incluso interpretarse como arbitrario y de excesivo voluntarismo, y en efecto, dicho contenido goza de gran subjetivismo, y si fuera reproducido en un contexto contracultural aferrado a la escuela de la exégesis traería graves consecuencias.

Justificar la libertad en razón de que no se vea sometida a ningún tipo de poder no elimina la futura existencia de nuevos radicalismos arbitrarios históricos. Y es por ello, en contrapartida, que durante siglos se luchó pero por la libertad negativa. Cuyo contenido es el siguiente "el poder que no se justifica por la razón ante quien requiere razonablemente su justificación, se hace dominación y suprime la libertad"²⁹³, contrario sensu, la libertad encuentra sus límites en tanto existan razones que justifiquen los mismos. El más importante sería la responsabilidad de las elecciones.

Respecto a su relación con el Estado, la libertad negativa deviene en no coerción por parte de él, en que respete nuestra esfera privada, pero esto no exime a nadie de cometer delitos y que en efecto la coerción sea ejercida. Por ello aquí hecha por tierra la idea de un Estado que busca hacer felices a sus ciudadanos, porque – como indicaría Von Mises- el Estado no puede intuir que hace feliz a cada uno, pero eso tampoco debería dejarle como una entidad amoral, en la realidad brinda servicios, y quiera o no debe tener un orden moral aunque sea mínimo.

Respecto al presupuesto de responsabilidad atribuido a la libertad²⁹⁴, no hay derecho sin deber, y la elección como tal sin necesidad de una multiplicidad variada de opciones no deja sin espacio a la libertad, en estos casos se asume entre el hacer y no hacer, siendo este pequeño espacio donde a libre elección puede

²⁹² Óp. Cit., VANNEY, María Alejandra.

²⁹³ VANNEY, Óp. Cit.

²⁹⁴ Cfr. Ibídem.

ejecutarse. Este deber automático a la toma de decisiones es el que le atribuye el inclusive hacerse responsable del daño a terceros. Mas el derecho no puede avalar a una libertad libre de responsabilidades, más aun Estatales.

En la actualidad, el concepto de libertad se ha visto mesclado con la visión marxista, que en origen planteó un Estado con una base antropológica muy sesgada del ser humano, uso el término opresión para legitimarse²⁹⁵ e identificarse con el deseo humano más no con su racionalidad. La idea podría verse avalada por conceptos de libertad extraídos de la época antigua donde el concepto de esclavitud y poder tenían una vigencia y materialidad palpable, tal cual indica Miguel Carbonel citando a Ferrajoli: "(...) la libertad se puede oponer al concepto de poder (...) De esta forma, será libre quien no esté sujeto a ningún poder, no solamente a ningún poder jurídico, si no a ninguna otra forma de poder, es decir, a cualquier tipo de influencia o determinación de su conducta"; lo cual es muy interesante porque solo rescata el aspecto lógico de la libertad, y es carente de axiología respecto a su contenido, se deja suelta la idea del fin de la acción emprendida. Ello resalto en este punto porque la finalidad de estudiar el contenido iusfilosófico de la libertad es conformar una idea integral de la misma, sobre la cual el Estado no solo toma decisiones, sino que aplica políticas públicas, y las promueve en la sociedad.

Así llegamos al concepto de libertad en contraposición al de opresión, no como un acto de racionalidad, sino de rebeldía (y en eso se diferencia al estudio de su contenido en el derecho e iusfilosofía), de transformación de la situación actual (de aparente opresión) por uno donde los papeles de opresor y oprimido de inviertan, también denominado *Phatos de la indignación*²⁹⁶, que será el *iter* empleado para rebelarse en contra del opresor ante una situación de injusticia social. El problema con esta perspectiva de libertad, es que no repara las consecuencias de los actos rebeldes, porque solo destaca el derecho a la libertad del oprimido, y desconoce la humanidad (y por ende la libertad) del opresor. Bajo esta ideología la dignidad ontológica no existe.

Sin embargo, estas teorías han influido en otros movimientos sociales, como el feminista. Recordadas por luchar a favor del voto femenino y del trabajo con mejores condiciones laborales para la mujer (en tanto la condición particular que

²⁹⁵ Cfr. FEINMANN, Óp. Cit., pp. 148-149.

²⁹⁶ FEINMANN, Óp. Cit., p. 8

las mujeres naturalmente poseen), sufrió una transformación a inicios del siglo pasado, siendo distintas exponentes como Simone de Beauvoir y Judith Butler que cambiaron el discurso feminista hasta la actualidad, por ello suele dividirse su estudio en primera, segunda y tercera ola feminista. Sin embargo la lucha feminista actual ha ido más allá, se identifica con la lucha de sexos, y con la libertad sexual, una libertad que fragmenta incluso más a la psicología humana, lo convierte en ser *psicosexual*, que no es biológica, solo género.

Tal cual se explicó en el primer capítulo, el contenido de subordinación se cambió por el de opresión²⁹⁷, encontrando la nueva causa del feminismo que impulsó un discurso más radical desde su *segunda ola* que, esta vez, buscaba desnaturalizar cualquier concepto de lo que significar ser mujer. El problema del feminismo es que no puede deshacerse del carácter natural de ser mujer, de su biología, y por ello lleva el contenido de libertad a cualquier extremo en pro de una concepción psicosexual de la mujer, no biológica, ni antropológicamente integral de la persona. Para el interés de los Estados y las fuerzas económicas, la amplia población mundial de mujeres, son un atractivo como capital humano, además, a su costado están las ciencias que han avanzado, científicos y líderes reconocidos partidarios del cientificismo, que tienen poder económico traducido en empresas farmacéuticas y de procedimientos quirúrgicos de alto riesgo.

Así mismo, hay un mercado que respalda esta injerencia contracultural, ser rebelde vende así como el multiculturalismo en el Estado, y busca transformar la sociedad sobre bases poco claras, revelarse contra el sistema aún sigue siendo un lema en quienes dicen defender nuevos derechos, aunque en muchos casos estos contradigan el respeto a la dignidad humana, tal cual indican Joseph Heath y Andrew Potter: "...En otras palabras, vivimos en un mundo de ideología total en el que estamos totalmente alienados de nuestra naturaleza..."²⁹⁸. Ese es el problema crucial, si no se tiene claro ahora qué es el hombre porqué estamos tan ensimismados con identificar quien es el "opresor" en cada fragmento cultural, ¿qué es nuestra naturaleza? O ¿no existe naturaleza?, lo que si es cierto es que el hombre como ser simbólico, solo con su individualidad es un ser que está arrojado

²⁹⁷ Cfr. LAJE; y MÁRQUEZ, Óp. Cit., p. 26.

²⁹⁸ HEATH, Joseph & POTTER, Andrew. *Rebelarse vende: El negocio de la contracultura*. Bogotá, Taurus, 2005, p. 16

sobre la realidad, y es masificado, el ser masificado es manipulable, ¿podrá ver un hombre- masa lo injusto e injusto?

Sin materia jurídica hasta podría tener como parte del sentido común en cuanto más el Estado legisle, más seguridad exista. Lo cual es falso. Hay que recordar por ello: “Que el Estado reconozca un derecho no es lo mismo que un tercero cualquiera (un individuo) reconozca un derecho. El Estado al reconocer un derecho, como representante de la sociedad en su totalidad puede ejercer la fuerza, la coacción para establecer el orden; y esa es la potencia que lleva en si el derecho subjetivo, posibilidad de poner en funcionamiento todo el mecanismo de la fuerza del Estado para ejercer un derecho, una posibilidad, una facultad”²⁹⁹.

Pero si el Estado no avala mediante el derecho los cambios que una parte de la sociedad exige – legítimos o no-, dichos cambios no podrían ejecutarse bajo la coacción del mismo. Ese es el dilema. Los nuevos derechos sobre los que versa esta tesis, no tienen legitimidad propia mientras no estén positivados, porque proceden de un ámbito si bien contrario a los primeros derechos – el aborto con el derecho a la vida- y ambiguo acerca de su procedencia, porque en muchos casos las ciencias exactas tampoco pueden avalarlos, es cultura y creación social pura.

De ser el caso, la verdadera lucha histórica por hallar la verdad ha muerto, así como las ciencias sociales, como el derecho, porque ya no hay un justo, sino un justo relativo, maleable, propio de la persona de moda. No es difícil recaer en las interpretaciones de Heidegger, sobre el ser inauténtico, el ser de la edad moderna que aún era capaz de esclavizar, se olvida del ser y cosifica. Ante ello una crítica: ¿No se está cosificando cuando se le niega la dignidad humana y con ello se le denomina menos persona al embrión? La impresión es que ya hemos comenzado nuevamente de negarle el ser a parte de nuestros congéneres.

3.2. Formulación de una escala de principios para delimitar la creación de nuevos derechos en el orden jurídico positivo peruano.

Bajo el contenido previsto y analizado en este tercer capítulo, rescato tres dimensiones, principios que son indispensables para la libertad, que puede permitir la delimitación de la creación de nuevos derechos en el orden jurídico.

²⁹⁹ Cfr. ZAMBRANO TORRES Alex R. *EL DERECHO SUBJETIVO*. [ubicado el 22.V del 2017] Obtenido en <http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-subjetivo/>

3.2.1 El sujeto de derecho.

La persona humana, como fuente del sistema jurídico mediante la dignidad humana, es parte imprescindible de la construcción del orden jurídico. No existe reemplazo, la persona humana y su dignidad ontológica que por medio de la alteridad crean el derecho, es por medio de ello que existe la necesidad de lo justo. El derecho es una creación humana de origen racional, social y que respeta la dignidad ontológica. Para un Estado Constitucional de Derecho, debería primar el respetar el ámbito privado de la persona humana y fomentar las resoluciones justas. Acorde a Burgos, la persona como tal no podría ser definida en concreto al resaltarse su alta complejidad; no obstante, describirla y caracterizarla resulta más idóneo. Con ello se podría sintetizar a la persona como: a) subsistencia del ser personal, en el la persona es la misma y es consistente al paso del tiempo, vivencias y experiencia; b) su intimidad y subjetividad, son una identidad intransferible (propia y específica) con un <<yo>>; c) es un ser corporal, en un espacio específico, sujeta al tiempo en el cual evoluciona (dinámica y proyectiva) y muere; d) su apertura se desarrolla en su necesidad de transcendencia de su ser definido (por su pasado) para salir de sí y desarrollarse (para su futuro) con plenitud, recepción e influencia; e) no es un abstracto, está determinado por la complementariedad, hombre y mujer (dato biológico), esencialmente iguales pero distintos en sus manifestaciones concretas³⁰⁰. Esta descripción y visión personalista, es parte estática de un sinnúmero de contingencias que pueden dar la impresión equivocada de que realmente caracteriza a la persona humana.

Se han visto en este trabajo la deformación conceptual de aquello que implica ser persona, y aún más, su dignidad. La misma dignidad que le da el valor intrínseco, como diría Burgos, y evita que esta sea cosificada o instrumentalizada, cuyo valor es superior al de cualquier otro ser en su entorno, dándole el carácter de única e insustituible³⁰¹. Sin embargo, todavía persiste el querer dar dignidad en calidad de un fragmento grupal³⁰² que confunde el activismo con la actividad jurídica. Y no se toma en cuenta la complejidad y el aspecto esencial y descriptivo que comprende la persona humana.

³⁰⁰ Cfr. Óp. Cit. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología...*, pp. 44-47.

³⁰¹ *Ibidem*. pp.47-51.

³⁰² Agrupaciones mediante la similitud de contingencias, lo cual hace infinita la cantidad de estas y sus causas.

Un orden jurídico basado en la persona humana reconoce sus límites, no puede cambiar los datos que la naturaleza ha brindado, y tampoco pretender que se puede no-ser humano durante la evolución biológica de la persona. La dignidad humana es el límite a través del cual no se puede cosificar a ningún ser humano. Eso es respetar verdaderamente el *Pro homine*.

3.2.2 Libertad negativa.

Los derechos han surgido como parte del desarrollo de la libertad, muchas veces relacionados con la propiedad, o con la igualdad, la libertad enmarca el libre quehacer, Santo Tomás de Aquino diría el libre albedrío, Hegel se apoderaría de esta y la haría indispensable del ciudadano de bien europeo. Los latinoamericanos, desde la periferia, hablaríamos de ella en función del pensamiento occidental.

Pero el verdadero problema de la libertad no solo radica en la libertad respecto a quien (la persona) si no en qué medida el Estado permite o limita la libertad.

Para Jeremy Betham y Stuart Mill, esta debía estar en función de sus fines útiles, es así como la recogen algunas constituciones: "derecho a la búsqueda de la felicidad". Pero eso solo nos guía a un Estado de corte socialista, que debe ayudar a ser "feliz" a sus ciudadanos, en el camino, como se ha visto en la actualidad, ayudar a ser feliz puede implicar recortar la libertad a los demás, normas con prohibiciones como decirle señor a quien se percibe señora, hasta ese nivel llega el Estado de la felicidad.

La libertad positiva solo generaría una multiplicación de derechos subjetivos, y el exceso lo demuestran diversas legislaturas europeas así como algunas latinoamericanas, este activismo por transformar asuntos de índole privada en pública no ha tenido frenos en ser positivada, el concepto de la centralidad del individuo de la existencia está ganando más terreno y no solo a niveles estatales, también se ha podido demostrar que supra estatales.

Tal como dirían Laclau y Mouffe, estamos en camino a una democracia radical. Y esta se valdría del subjetivismo expuesto hacia el orden jurídico estatal. A su vez, Laje y Marquez señalan que esto implicaría el fin de los derechos individuales y la propiedad, lo cual es lógico al tener que regular el Estado desde todas sus ramas jurídicas los subjetivos derechos que los fragmentarios se irrogan.

Entonces, la solución, estaría en la denominada libertad negativa que Isaiah Berlin, quien propone a la misma como la no coacción desmedida del Estado para equilibrar y dar armonía a la sociedad.

Aquí sí se puede hacer objeción de conciencia o tener libertad religiosa, derechos que en su momento fueron una novedad pero que atienden a mantener la línea del orden y el respeto, aun así, ello no implica que el Estado no intervenga en situaciones de conflicto donde los hechos -digamos excesos de la ciudadanía o la persona al reclamar lo justo- superen al derecho-si la acción empleada lesiona el derecho de los demás desbordando el contexto o el reclamo.

Bajo la libertad negativa, se respetarían las construcciones lingüísticas normativas usuales del derecho en tanto enfoque general; por ejemplo, se debería respetar el orden lógico de la norma penal y el sujeto activo tendría de nuevo el protagonismo en la redacción normativa. Así como, se respetaría el ámbito privado de la persona, y se dejarían de politizarse los deseos humanos como los datos eminentemente inmutables (biológicos).

En este caso, este concepto debería estar ligado al de persona humana, no al de individuo como propone Berlín, y con ello el Estado actuaría coactivamente ponderando entre cada derecho amparado en la dignidad de las personas.

3.2.3 Marco de Institucionalidad.

Para referirnos a las instituciones conformadas por fines que todo Estado deba perseguir, citaré a Finnis: "(...) las investigaciones sobre las culturas coinciden en apuntar a determinados valores, que son en realidad las *“formas básicas de bien como ‘que-han-de-ser-buscadas’* Formas básicas, como el conocimiento, que son captadas por la inteligencia como principios indemostrables"³⁰³.

Ello en lo que refiere al bien de la vida³⁰⁴, que protege el Estado, sin el cual no hay ni siquiera libertad. Un bien que surge junto con la dignidad.

Con ello no se puede olvidar que hay instituciones que preceden al Estado, que en resumen crearon al Estado, y esta es la familia. Pero el Estado no podía proteger a la familia si no fuese mediante otra institución, implícita: el matrimonio. Es parte

³⁰³ MAGAÑA LUNA, Rubén. *Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis*, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

³⁰⁴ "La vida, con la que se alude a cualquier aspecto de la vitalidad que resulte necesaria para que el ser humano pueda determinar los aspectos claves de su existencia de forma óptima". *Ibidem*.

de la conformación natural dada por la complementariedad de los sexos, la cual reconoce el Estado.

Ante ello el matrimonio también es un bien básico, ya que conjuga el conocimiento, la experiencia estética, la sociabilidad, la razonabilidad práctica, e inclusive el juego, indispensables para el ser humano que decide ingresar a esta institución, y-desde luego- es imprescindible para la sociedad y su subsistencia. El Estado tiene la responsabilidad de avalar y mantener su contenido tal cual porque también depende del mismo.

Si bien la sexualidad en los tiempos actuales parece estar vacía de significado³⁰⁵, como escribe Giddens; esta no agota la institución matrimonial, porque su contenido no está divorciado de la descripción de persona de origen antropológico personalista antes visto. El dato biológico hace indispensable la complementariedad de los sexos, y es bajo esta familia que se conforma uno de los fines del Estado, que es proteger a los niños fruto de ese vínculo, ciudadanos con capacidad de goce pero no de ejercicio.

Usualmente se establece que el Estado como tal debe asumir una posición neutral, pero el estado no es una formulación matemática, tampoco científica, es de los hombres para los hombres. Es por ello que debe asumir un *mínimum* de posición moral ante sus conciudadanos, dicha posición debe estar del lado de la razón y ser coherente con la naturaleza del hombre. Respetar las contingencias desde lo privado y defender a la persona en lo público desde su contenido estático.

Son pilares que también deben definir que puede ser un derecho desde la perspectiva de la libertad, en el estudio realizado, ese bien básico se encuentra en la vida, es consciente de la preexistencia institucional de la familia y en el matrimonio originalmente constituido.

³⁰⁵ GIDDENS, Anthony. *La transformación de la intimidad*, 4ta Edición, Cátedra Teorema, Madrid, 2004, p. 169.

Tabla N° 01
Esquematación de la Escala de Principios

ESCALA DE PRINCIPIOS		
SUJETO DE DERECHO	LIBERTAD NEGATIVA	MARCO DE INSTITUCIONALIDAD

Fuente: Elaboración propia

3.3. Esquema comparativo de derechos.

Teniendo en cuenta lo acotado, se desarrollará un esquema comparativo respecto a los siguientes derechos:

- Derechos eugenésicos, en este sentido se tendrán en cuenta en su sentido positivo.
- Eutanasia: Derecho al buen morir.
- Derecho al aborto
- (Derecho a)Matrimonio Igualitario
- Derecho a la adopción por parejas del mismo sexo

TABLA N°02

Escala de Principios iusfilosóficos de la libertad en cuadro comparativo con nuevos derechos

Principios Derechos	El Sujeto de derecho	Libertad Negativa	Marco de Institucionalidad	RESULTADO
Derechos eugenésicos	Se quita la dignidad humana al concebido para instrumentalizarlo.	El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de cosificar al concebido.	No respeta la vida, y procura que el Estado subsidie y desconozca la muerte de quienes la eugenesia no considera aptos.	NO es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.
Eutanasia	La persona no tiene el mismo valor cuando sus funciones fisiológicas no son buenas, o no lo desean.	El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de cosificar al que no desea vivir o tiene mala función fisiológica.	No respeta la vida, y procura que el Estado subsidie y desconozca la muerte de quienes no desean vivir.	NO es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.
Derecho al aborto	Se quita la dignidad humana al concebido para "beneficio" de su entorno.	El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de cosificar al concebido.	No respeta la vida, y procura que el Estado subsidie y desconozca la muerte del concebido como un bien necesario.	NO es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.
Matrimonio Igualitario	El sujeto de derecho es un individuo con caracteres obtenidos de la construcción social como el género, por ello cualquiera puede exigir este "nuevo derecho"	El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de que toda persona merece ser feliz y reconocer su vínculo desde la sexualidad.	Deconstruye la institución del matrimonio, y procura que el Estado reconozca cualquier tipo de relación basada en la sexualidad.	NO es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.
Derecho a la adopción por parejas del mismo sexo	El sujeto de derecho es un individuo con caracteres obtenidos de la construcción social como el género, por ello cualquiera puede exigir ser padre o madre.	El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de que toda persona merece ser feliz, debe facilitar ser padres o madres si lo desean.	Deconstruye la institución de la familia, y procura que el Estado reconozca cualquier tipo de relación basada en la sexualidad como propia para ser adoptante de niños que tutela.	NO es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.

Fuente: Elaboración propia.

3.3.1 Explicación de la Tabla.

Derechos eugenésicos: Se quita la dignidad humana al concebido para instrumentalizarlo, se experimenta con este. Con ello se fractura el primer principio: el sujeto de derecho no es en realidad la persona.

Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de cosificar al concebido, la libertad negativa no permite que el Estado reconozca ni financie estilo de vida y mucho menos atente contra lo ya establecido.

No respeta la vida, y procura que el Estado subsidie y desconozca la muerte de quienes la eugenesia no considera aptos. Desvía los fines del Estado y destruye el marco institucional sobre el cual el Estado se ha creado; con ello esta aparente libertad atenta contra las instituciones del Estado. Este es no es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.

Eutanasia: La persona no tiene el mismo valor cuando sus funciones fisiológicas no son buenas, o no lo desean. Ello es falso porque la dignidad es ontológica, y subsiste hasta que la persona muera. La libertad se acciona en la vida no para dejar de ser.

El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de cosificar al que no desea vivir o tiene mala función fisiológica. Siendo que no es parte de la libertad del Estado respetar a la persona en base a sus deseos que impliquen la muerte.

No respeta la vida, y procura que el Estado subsidie y desconozca la muerte de quienes no desean vivir. La vida es un bien preciado para el Estado, permitir la eutanasia no está bajo el rango de la libertad, está en función a fines y aparentes bienes que el Estado no puede proteger. No es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.

Derecho al aborto: Se quita la dignidad humana al concebido para "beneficio" de su entorno. El aparente beneficio es no ser madre y para quienes afecte la decisión contraria, pero esta debe renunciar al hecho que su hijo por nacer es una persona. Lo asume como parte de su cuerpo, y un conjunto de células, mas, el hecho de que está matando a su propio hijo es solo renunciabile subjetivamente. El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de cosificar al concebido. Pero los límites de la libertad negativa no quitan la dignidad humana a una persona, ello no es justo dentro del orden jurídico, ni tampoco puede ejercer discriminación de ese tipo.

No respeta la vida, y procura que el Estado subsidie y desconozca la muerte del concebido como un bien necesario. Este es otro problema subjetivista, pero no tiene base objetiva con lo cual esta forma de pensar está al margen del Estado, por lo cual este sería un homicidio.

Por ello no es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.

Matrimonio Igualitario: El sujeto de derecho es un individuo con caracteres obtenidos de la construcción social como el género, por ello cualquiera puede exigir este "nuevo derecho". Este problema se basa en lo que actualmente se llaman relación pura (Giddens) en cual se habla de individuos como parte de una relación matrimonial, pese a que dichos individuos suelen luego variar dicha decisión.

El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de que toda persona merece ser feliz y reconocer su vínculo desde la sexualidad. Es un tema de libre afectividad; sin embargo, este está al margen del Estado, en la vida privada no hay limitaciones para ello.

Deconstruye la institución del matrimonio, y procura que el Estado reconozca cualquier tipo de relación basada en la sexualidad. El campo de la libertad que se

conjuga con el Estado recoge la importancia del matrimonio no solo como afectividad, sino como complementariedad de los sexos, capacidad de criar y proteger a la prole. Algo que la sexualidad plástica no puede satisfacer ante su inevitable mutabilidad.

Así, este no es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.

Derecho a la adopción por parejas del mismo sexo: El sujeto de derecho es un individuo con caracteres obtenidos de la construcción social como el género, por ello cualquiera puede exigir ser padre o madre. Ser padre en sí no es un derecho, y no se es padre o madre solo porque se desea, sino porque se tiene la capacidad biológica y complementaria para ello.

El Estado debería reconocerlo como un derecho valiéndose de que toda persona merece ser feliz, debe facilitar ser padres o madres si lo desean. La responsabilidad de los padres es aquello sobre lo cual el Estado actúa, no los deseos de serlo. Como ya se comentó, no es la búsqueda de la felicidad lo que el Estado debe regular, y la libertad se da en tanto realmente no se impida a otros también ser libre, y su libertad de acciones y omisiones no afecten negativamente a los demás.

Deconstruye la institución de la familia, y procura que el Estado reconozca cualquier tipo de relación basada en la sexualidad como propia para ser adoptante de niños que tutela. El problema con ello es que la libertad no te legitima para de por sí ser padre o madre, y que la búsqueda del Estado para dar a los futuros adoptados procura encontrar familias bien constituidas, en beneficio de la misma institución familiar y cuidado de sus próximas generaciones de ciudadanos. El Estado no desea privar de una convivencia sana de una familia a los niños. Por lo tanto, no es un derecho desde la perspectiva iusfilosófica de la libertad.

En este capítulo tras analizar histórica, jurídica y filosóficamente la libertad y los derechos humanos se han logrado proponer una escala tres principios para delimitar la creación de nuevos derechos: El sujeto de derecho, extraído de la persona humana de la teoría personalista; la libertad negativa desarrollada por Isaiah Berlin; y el marco de Institucionalidad, basado en los bienes y la moral del Estado de John Finnis.

Así también se contrastaron cinco “nuevos derechos” ante la propuesta escala de principios: la eugenesia, el aborto, la eutanasia, el matrimonio igualitario, y la adopción por parejas del mismo sexo; para su análisis respectivo ante la escala principios hallados. Posterior a dicho análisis, se concluyó que los “nuevos derechos” antes mencionados no cumplían con ninguno de los principios, y que por lo tanto son deseos y no tienen amparo jurídico desde la dimensión iusfilosófica de la libertad.

CONCLUSIONES

Primera conclusión

Se ha conseguido describir la realidad ante el derecho peruano se enfrenta, una realidad plagada de aparentes nuevos derechos: eugenesia, eutanasia, derechos reproductivos y sexuales, identidad de género, matrimonio igualitario y adopción. Todos ellos supeditados a las exigencias de los fragmentos de una sociedad llena de contraculturas, viabilizadas desde los movimientos marxistas y feministas mediante el cientificismo y el neoconstitucionalismo en nuestra era, que universalizan el deseo pero no el derecho.

Segunda conclusión

Se realizó el estudio necesario para definir la libertad, desde su desglose histórico, así se abarcó el derecho positivo con su contraparte: el positivismo, y los nuevos derechos son intuidos desde las doctrinas ideológicas voluntaristas, desde la particularidad se describen como “libertades”, y no tienen reparo con el financiamiento Estatal ante su defensa, pero usualmente estos nuevos derechos tienen un marco de libertad que escapa a la concepción jurídica pero reclama su protección desde todos los ámbitos jurídicos posibles.

Tercera conclusión

Finalmente, tras analizar histórica, jurídica y filosóficamente la libertad y los derechos humanos se han logrado proponer una escala tres principios para

delimitar la creación de nuevos derechos: El sujeto de derecho, extraído de la persona humana de la teoría personalista; la libertad negativa desarrollada por Isaiah Berlin; y el marco de Institucionalidad, basado en los bienes y la moral del Estado de John Finnis.

Así también se contrastaron cinco “nuevos derechos” ante la propuesta escala de principios: la eugenesia, el aborto, la eutanasia, el matrimonio igualitario, y la adopción por parejas del mismo sexo; para su análisis respectivo ante la escala principios hallados. Posterior a dicho análisis, se concluyó que los “nuevos derechos” antes mencionados no cumplían con ninguno de los principios, y que por lo tanto son deseos y no tienen amparo jurídico desde la dimensión iusfilosófica de la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ÁLVAREZ PALENZUELA, Vicente Ángel. *Historia Universal de la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 2002.
2. ALVEAR ACEVEDO, Carlos. *Manual de Historia de la Cultura*, México, LIMUSA, 2010.
1. ASIMOV, Isaac. *Historia y cronología del mundo. La historia del mundo desde el Big Bang hasta 1945*, traducido por Vicente Villacampa, 1ª Edición, 2ª Reimpresión, Barcelona, Editorial ARIEL, 2013.
2. ATKINSON, James. *Lutero y el nacimiento del protestantismo*, traducido por Ana de la Cámara, Madrid, Alianza Editorial, 1971.
3. ÁVAREZ MIRANDA, Ernesto. *La Cultura Política Griega. Estado, Derecho e Instituciones Jurídicas en la Antigua Grecia*, Primera Edición, Lima, Fondo Editorial USMP, 2006.
1. BUNGE, Mario. *Elogio del científicismo*, Ed. De Gabriel Andrade, Pamplona, Editorial Laetoli, 2017.
2. BURGOS, Juan Manuel. *Antropología. Una guía para la existencia*, 4ta Ed., Madrid, Ediciones Palabra, 2009.
3. BURGOS, Juan Manuel. *Diagnóstico sobre la Familia*, Madrid, Biblioteca Palabra, 2004
4. BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, traducido por Rafael De Asís y Andrea Greppi, Primera edición, Madrid, Editorial Debate, 1993.
5. BUTLER, Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, traducido por Antonia Muñoz, Barcelona, Paidós, 2007.
6. CARMAGNANI, Marcello. *Constitucionalismo y orden liberal. América Latina. 1850-1920*, Torino, OTTO editore, 2000.

7. CARMAGNANI, Marcello. *El otro Occidente. América Latina desde la invasión europea hasta la globalización*, traducido por Jaime Riera Rehren, Segunda edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
8. CELI, Israel. *Neoconstitucionalismo en Ecuador. ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2017.
9. CHÁVEZ-FERNANDEZ POSTIGO, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias dl Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Primera Edición, Lima, Palestra, 2012.
10. DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Barcelona, Bosch, 1991.
11. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Traducido por José Vázquez Pérez y Umbelina Larraceleta. 5ª Edición, Valencia, PRE-TEXTOS, 2002.
12. DIAZ MÜLLER, Luis. *Globalización y Derechos Humanos*, Primera Edición, México, Universidad Autónoma de México, 2003.
13. ESPINOS, J. & OTROS. *Así vivían los romanos*, 18va Ed., Madrid, Grupo Anaya, 2005.
14. FARFÁN HERNANDEZ, Rafael; GIROLA, Lidia. *Cultura y Civilización. El pensamiento crítico alemán contemporáneo*, Primera edición, México, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, 2003.
15. FEINMANN, José Pablo. *La filosofía y el barro de la historia*, 1ª ed., Buenos Aires, Planeta, 2008.
16. FERNANDEZ SUAREZ Jesús Aquilino. *La Filosofía Jurídica de Eduardo García Máynez*, Oviedo, Fondo Edit. Universidad de Oviedo, 1991.
17. FONTANA, Josep. *El siglo de la revolución. Una historia del mundo de 1914 a 2017*, Barcelona, Editorial Planeta, 2017.
18. FRIEDAN, Betty. *La Mística de la feminidad*, traducido por Magalí Martínez Solimán, Madrid, Ed. Cátedra, 2009.
19. GARCIA MAYNES Eduardo. *La Libertad como Derecho*, Fondo Edit. De la Universidad Nacional Autonoma de México, Ciudad de México, 2002.
20. GIDDENS, Anthony. *La transformación de la intimidad*, 4ta Edición, Cátedra Teorema, Madrid, 2004.
21. HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, Segunda Edición, Lima, Palestra Editores, 2012.
22. HAYEK, Friedrich A. *Camino de servidumbre: Textos y documentos*. Unión Editorial, 2008.
23. HEATH, Joseph & POTTER, Andrew. *Rebelarse vende: El negocio de la contracultura*. Bogotá, Taurus, 2005.
24. HEGEL, Friedrich. *Introducción general y particular a las lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, traducido por José Gaos, Madrid, Alianza, 2013.
25. JUDT, Tony. *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, traducido por Jesús Cuellar y Victoria E. Gordo del Rey, Taurus, 2012.
26. LAJE, Agustín; y MÁRQUEZ, Nicolás. *El libro Negro de la Nueva Izquierda. Ideología de Género o Subversión Cultural*, Buenos Aires, UNIÓN EDITORIAL S.A., 2016.

27. LÓPEZ TRUJILLO, Alfonso. *Temas candentes de bioética. En la brecha*, Madrid, Ediciones Palabra, 2006
28. MAINO, Carlos Alberto Gabriel. *Concepto y fundamento de los derechos humanos. A la luz del pensamiento del profesor Francisco Puy. Una perspectiva actual desde el iusnaturalismo español*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013.
29. MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica Romano-Canónica*, Primera edición en español, Segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
30. MOYN, Samuel. *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, Traducido por Jorge González Jácome, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015.
31. PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, traducido por Enrique Bacigalupo y otros, Madrid, Marcial Pons, 2010.
32. PERROTET, Tony. *2500 años de Historia al desnudo*, Bogotá, Editorial Planeta Colombiana, 2010
33. ROBERTS, J.M. *Historia Universal*, Barcelona, RBA, 2009.
34. SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. *Derecho Comparado*, Lima, GRILEY, 2010.
35. RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio. *Filosofía del derecho*, Toluca, IEEM, 2009.
36. SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual. Pensar sin certezas*, 1° edición, 1° reimpresión, México DF, Editorial Paidós Mexicana SA, 2000.
37. SANTA MARIA D'ANGELO, Rafael. *Dignidad Humana y "Nuevos Derechos". Un confrontación en el Derecho Peruano*, Lima, Palestra, 2012.
38. SCHUZE, Hagen. *Breve historia de Alemania*, traducido por Ela María Fernández-Palacios, Segunda Edición, Madrid, Alianza editorial, 2013.
39. SCRUTON, Roger. *Breve historia de la filosofía moderna*, traducido por Vincent Raga, Barcelona, RBA Divulgación, 2013.
40. VARSAVKY, Oscar. *Ciencia, política y cientificismo*. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires, 1969.
41. VON MISES, Ludwig. *Socialismo. Análisis económico y sociológico*. 5ta ed., Madrid, Unión Editorial, 2007.

TESIS

1. GARCIA PAREDES, Elías. *El neoconstitucionalismo en el sistema jurídico peruano*, Tesis para optar el grado de doctor en derecho y ciencias políticas, Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, 2016.
2. GARCIA DIAZ, Katherine. *Matrimonio igualitario, un derecho o una aberración social*, Trabajo de grado para optar al título de abogado, Universidad Santo Tomás de Medellín, 2015.
3. MAGAÑA LUNA, Rubén. *Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis*, Tesis para optar al grado de doctor, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2016.
4. PUENTE MORAL, Marta. *El neoconstitucionalismo. ¿Una corriente doctrinal impulsora del activismo judicial?* Tesis para optar el grado en derecho, Universidad de Burgos, 2015
5. VASSALLO CRUZ, Kathya Liseth. *Los llamados derechos sexuales y reproductivos en las políticas demográficas familiares y las políticas públicas en el Perú*, Tesis para optar por el grado de Magister, Chiclayo, USAT, 2014.

ENCICLOPEDIA

1. LAROUSSE. *Gran Historia Universal. 11: El despotismo Ilustrado*, tomo 11, Santiago, Sociedad Comercial, 1999.
2. LLANO, Alejandro; SANZ, Víctor; BRAJNOVIC, Luka y otros. *Veinte claves para la nueva era*, Madrid, Ediciones RIALP, 1992.

REVISTAS

1. ÁLVAREX PATIÑO, Luz Astrid. “Los falsos dilemas del neconstitucionalismo relación entre derecho y moral: unión necesaria vs separación radical”, *Universidad de Antioquía*, 2014, 222-240.
2. APARISI, Ángela. “Ideología de género: de la naturaleza a la cultura”, *Persona y Derecho*, 61, 2009, 169-193.
3. ATKINSON, James. *Lutero y el nacimiento del protestantismo*, traducido por Ana de la Cámara, Madrid, Alianza Editorial, 1971, pp. 293-294.
4. CARTABIA, Marta. “La edad de los <<nuevos derechos>>”, *UNED Revista de Derecho Político*, N.º 81, mayo-agosto 2011, 61-100.
5. CHORNY, Vladimir; BARRERA, Paulina. *Conversando con Sergio García Ramírez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.
6. ESTRADA VÉLEZ, Sergio. “El neoconstitucionalismo principialista en la asamblea nacional constituyente de 1991”, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, Volumen XVII-No.33, Enero – Junio 2014, 27-42.
7. FISICHELLA, Rino. “Posmodernidad y humanismo cristiano”, *Cuestiones Teológicas*, Vol. 38, No. 89, Enero-Junio 2011, 121-133.
8. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica”, *Derecho PUCP*, N°79, 2017, 9-32.
9. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Buenos tiempos para el neoconstitucionalismo (sobre la aparición de el examen de proporcionalidad en el derecho constitucional)”, *Universitas*, N°120, Enero-Junio 2010, 317-332.
10. GARRIDO MARTÍN, Joaquín. *Ciencia del derecho en la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos*, *Derechos y Libertades*, Número 37, Junio 2017, 207-232.
11. GINZO FERNÁNDEZ, Arsenio. “Eduard Gans y la idea de Europa”, *INGENIUM Revista de historia del pensamiento moderno*, N°6, 2012, 57-86.
12. GÓMEZ-LOBO, Alfonso. *Escritos políticos de Platón*. Estudios Públicos, 51, invierno, 1993, 337-411.
13. GOMES MENDOZA, Miguel Angel. “La crítica al “cientificismo” y al “positivismo” en la obra del Grupo de Investigación Educativa de la Universidad Nacional: una mirada desde la teoría crítica”, *Revista Educación y Pedagogía*, Vol. IX-X N° 19-20, Sep/97- Abril/98, 30-57.
14. GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl. “La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 27, Julio-Diciembre 2012, 135-164.
15. JARA GUERRERO, Salvador. “Cientificismo, analogía y humanidades”, *Análisis*, N°76, 2010, 47-69.
16. LLANO, Alejandro. “El ocaso de las humanidades”, *Revisión*, n.º7, Invierno de 2011/ Primavera de 2012, 185-192.

17. MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. *El derecho y los derechos en la Antigua Grecia*, DIKIOSYNE, N°31, diciembre 2016, 61-80.
18. PRIETO SANCHÍS, Luis. "Neoconsitucionalismo y ponderación judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho e la Universidad Autónoma de Madrid* 5, 2001.
19. SALCEDO FLORES, Antonio. "El neoconstitucionalismo en México", *Alegatos*, núm. 88, septiembre-diciembre 2014, 507-530.
20. SARTEA, Claudio. "Los derechos humanos más allá del eclipse de la razón", *Revista semestral de derecho de la Universidad de Navarra*, número 76, Enero-junio 2017, 71-82.
21. SCHMILL, Ulises. "Sobre entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho de Rodolfo Vázquez", *ISONOMÍA*, N°26, Abril 2007, 231-239.
22. TABORDA CHAURRA, Javier. "El cientificismo como enfoque curricular contemporáneo", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, Colombia, Vol.3, núm.1, enero-junio 2007, 103-122.
23. TORRES ORTEGA, Ilse Carolina. *Subjetivismo y objetivismo n el derecho penal según Carlos Nino*. Ciencia Jurídica, Año 3, núm. 5, 85-103.
24. VANNEY, María Alejandra. "Libertad, Responsabilidad y sentido común en el pensamiento de Álvaro D'ors", *Thémata Revista de Filosofía*, Número 41, 2009, 425-440.
25. VAZQUEZ, Rodolfo. "Filosofía del derecho en latinoamerica", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012, 833-856.
26. VINTIMILLA, Jaime. "El Neoconstitucionalismo en la mira", *IURIS DICTIO*, Año 13, Vol 15 Enero-Junio 2013, 39-48.

LINKOGRAFÍA

1. ACTUALL. *¿Nuevo caso Alfie Evans? Los padres de una menor batallan por mantener su soporte vital*, 18 de Julio de 2019, [ubicado el 13. XII. 2019]. Obtenido en <https://www.actuall.com/vida/nuevo-caso-alfie-evans-los-padres-de-una-menor-batallan-por-mantener-su-soporte-vital/>
2. ADAM Enciclopedia Multimedia. *Formación de la placenta*, [ubicado el 09.IX 2018]. Obtenido en <https://ssl.adam.com/content.aspx?productId=118&pid=54&qid=000101&site=adeslas.adam.com&login=ADES1378>
3. ADRIASOLA, Gabriel. *El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Removiendo conceptos sobre el estatus jurídico del embrión* Scielo.edu.uy, 2013 [ubicado el 03.IX 2017]. Obtenido en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-03902013000300007#bib1
4. APUNTESHISTORIA.COM. *Ley de las Doce Tablas*, [ubicado el 11.IX 2017]. Obtenido en <http://www.apunteshistoria.com/historico/ley-de-las-doce-tablas/275/26.html>
5. BAGUÉ, Gerad. "Aceptaría modificar los genes para hacer más feliz a la gente", *El país*, 2003 [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en https://elpais.com/diario/2003/06/21/sociedad/1056146407_850215.html
6. BECA, Juan Pablo. *Derecho a morir: un debate actual* Scielo.cl, 2005 [ubicado el 11.X 2017]. Obtenido en

- http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872005000500014
7. BUONICORE, Augusto. *Gramsci, Lenin y la cuestión de la hegemonía*. [ubicado el 05.XII 2018]. Obtenido en <https://www.lahaine.org/pensamiento/buonicore.htm>
 8. CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007 [ubicado el 06.IX 2018]. Obtenido en <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n23/n23a14.pdf>
 9. CATOINSTITUTE. *La declaración de la Independencia y la constitución de los Estados Unidos* [ubicado el 06.X 2018]. Obtenido en <http://biblioteca.libertyfund.org/sites/default/files/la-declaracion-de-independencia-libro-electronico.pdf>
 10. CCM. *Con qué frecuencia se toma la pastilla del día después*, CCM [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <https://salud.ccm.net/faq/3309-con-que-frecuencia-se-toma-la-pastilla-del-dia-despues>
 11. CEBERIO BELAZA, Mónica. *La trampa de abortar en casa con Cytotec*, El País [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en https://elpais.com/diario/2007/01/14/sociedad/1168729202_850215.html
 12. CERVERA, César. “¿A cuántas personas asesinó Joseph Stalin en su << Gran Purga >> del terror?”, ABC Historia [ubicado el 06.XI 2018]. Obtenido en https://www.abc.es/historia/abci-cuantas-personas-asesino-joseph-stalin-gran-purga-terror-201803060102_noticia.html
 13. CONTRERAS Sebastián, *Derecho positivo y derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación* [ubicado el 19.V 17] Obtenido en <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/SUPL2014/3-Cubo-SUP19.pdf>
 14. CORREA, Ángel. El ataque frontal contra la familia, *Jacquesmaritain.com* [ubicado el 06.XI 2018]. Obtenido en http://www.jacquesmaritain.com/pdf/00_EE/002.pdf?fbclid=IwAR3NNbfLIVV_y74-Vubdlpx4oPM2SBq_CWkLfFo0dB8ooygS_sSP9Xvy1ydw
 15. CORTÉS RODAS, Francisco. El contrato social liberal: John Locke, Scielo.org.co, 2010 [ubicado el 23. X 2018]. Obtenido en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872010000200005
 16. CUBO, Oscar. *Entre iusnaturalismo y positivismo jurídico* [ubicado el 15.V 2017] Obtenido en <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/SUPL2014/3-Cubo-SUP19.pdf>
 17. DELGADO, Jennifer. *De cómo Freud, su sobrino y una caja d cigarrillos cambiaron el mercado norteamericano...* www.rinconpsicologia.com, [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en www.rinconpsicologia.com
 18. EDUCASTUR.ES. *Ley Le Chapelier* [ubicado el 10.IX 2017]. Obtenido en <http://blog.educastur.es/megustalahistoria/files/2011/03/ley-le-chapelier-de-junio-de-1791.pdf>
 19. EL PERUANO. *Derecho a la identidad*, 2016 [ubicado el 09.IV 2017]. Obtenido en <http://www.elperuano.com.pe/noticiaderechoaidentidad38163.aspx>
 20. ESTUDIO UGAZ ZEGARRA. *Caso Alfie Evans, Inglaterra* [ubicado el 25.VIII 2018]. Obtenido en <https://www.fuzfirma.com/principal/200-2/>

21. FERNANDEZ, Maximiliano. "Educación sexual integral: la realidad de la ley de la que mucho se habla, pero poco se cumple", *Infobae*, 5 de agosto de 2018 [Ubicado el 06.11.2018]. Obtenido en <https://www.infobae.com/educacion/2018/08/05/educacion-sexual-integral-la-realidad-de-la-ley-de-la-que-mucho-se-habla-pero-poco-se-cumple/>
22. FERNANDEZ MIRANDA, María. *El fenómeno de las 'no madres'*, Cosmopolitan, 2017 [Ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <https://www.cosmopolitan.com/es/consejos-planes/familia-amigos/g6624/el-fenomeno-de-las-no-madres/>
23. FIGUEROA CASTILLO Manuel Andrés. *El concepto de la Libertad en la Filosofía de Jhon Dewey* [Ubicado el 11.V 17]. Obtenido en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/filosofia/tesis08.pdf>
24. GALLEGO, Fernando. *Cientificismo y sociedad de control. Actualidad del pensamiento de O. Varsasky a 40 años de la publicación de Ciencia, política y científicismo* [ubicado el 06.IX 2018]. Obtenido en <http://cdsa.aacademica.org/000-062/1204.pdf>
25. GONZAES-QUIJANO, Yves. *De la subcultura globalizadora a la contracultura revolucionaria*, POLITICAEXTERIOR.COM [ubicado el 11.IX 2017]. Obtenido en <https://www.politicaexterior.com/articulos/afkar-ideas/de-la-subcultura-globalizada-a-la-contracultura-revolucionaria/>
26. GROSS, Héctor. *Cultura y Libertad*, [ubicado el 04. X 2017]. Obtenido en <http://ddf.v.ufrj.br/bitstream/handle/10641/628/Cultura%20y%20libertad.pdf?sequence=1>
27. HAMMARBERG, Thomas. *Derechos Humanos e Identidad de género*, 2010 [ubicado el 09.IV 2017]. Obtenido en http://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg_es.pdf
28. HERVADA Javier. *Libertad, Autenticidad y Derecho Natural* [ubicado el 14.V 17] Obtenido en http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12295/1/PD_III_22.pdf
29. HIGUERAS GALÁN, Esteban. *¿Qué es en filosofía el subjetivismo?*, 2011 [ubicado el 18. V 2017] Obtenido en <http://www.microfilosofia.com/2011/10/que-es-en-filosofia-el-subjetivismo.ht>
30. INKRIT.DE. *Hombre económico (homo oeconomicus)* [ubicado el 16.X 2018]. Obtenido en http://www.inkrit.de/neuinkrit/mediadaten/es/es_pdf/DHCM-MA34-Hombre-economico.pdf
31. INMUJERES. *Glosario de género*, 2007 [ubicado el 05.IV 2017]. Obtenido en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100904.pdf
32. JAVERIANA.EDU. *Papel de la fisiocracia en nuestros días. Una Reflexión sobre el análisis económico de los recursos naturales y el medio ambiente, 2004* [ubicado el 11.IX 2017]. Obtenido en http://www.javeriana.edu.co/ier/recursos_user/economia_ecologica/391132_04_fisi%F3cratas.pdf
33. KRIEGER, Peter. *La deconstrucción de Jacques Derrida (1930-2004)*, Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas, NÚM. 84, 2004, 179-188, Scielo.org.mx [ubicado el 01.XI 2018]. Obtenido en <http://www.scielo.org.mx/pdf/aiie/v26n84/v26n84a9.pdf>
34. LEÓN BARBERO, Julio César. *Utilitarismo y liberalismo. Amistad, unión y ulterior divorcio* [ubicado el 10.IX 2018]. Obtenido en

- http://www.eleutheria.ufm.edu/articulos/040705_utilitarismo_y_liberalismo_intro_y_capitulo_1.htm#_ftn19
35. LEÓN XIII. Carta encíclica *Libertas praestantissimum. Sobre la Libertad y el Liberalismo* [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_20061888_libertas.html
 36. LLANO, Alejandro. *Claves de la posmodernidad*, 05 de agosto de 2013 [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <https://rsanzcarrera.wordpress.com/2013/08/05/1-claves-de-la-posmodernidad-por-alejandro-llano/>
 37. MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y sus fundamentos* [ubicado el 06. XI 2018]. Obtenido en <http://www.jacquesmaritain.com>
 38. MARX, Carlos. *Crítica del programa de Gotha* [ubicado el 27.IX 2018]. Obtenido en <http://archivo.juventudes.org/textos/Karl%20Marx/Critica%20del%20programa%20de%20Gotha.pdf>
 39. MARX, K. Tesis sobre Feuerbach [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/45-feuer.htm>
 40. MENDES DE CARVALHO, Érika. *Eugenesis* [ubicado el 25.XI 2018]. Obtenido en <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/151>
 41. MONTAGUT, Eduardo. *Oposición al zarismo. El populismo ruso*. [ubicado el 27.IX 2018]. Obtenido en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/oposicion-zarismo-populismo-ruso/20170104143154135336.html>
 42. MORALES GARITO Einstein Alejandro. *Positivismo y Teoría del Derecho* [ubicado el 022/05/17] Obtenido en <http://www.monografias.com/trabajos18/positivismo-y-derecho/positivismo-yderecho.shtml>
 43. MORENO ALMENDRAL, Raúl. *Corrientes teóricas para el estudio de las naciones y el nacionalismo. Críticas y alternativas al paradigma modernista*, Revista de Estudios Políticos, Núm. 171, 2016 [ubicado el 11.IX 2018]. Obtenido en <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/49332/30320>
 44. MUÑOZ TORRES, Juan. *Objetivismo, subjetivismo y realismo como posturas epistemológicas sobre la actividad informativa* Unav.es, 1995. [ubicado el 18. V 2017] Obtenido en https://www.unav.es/fcom/communication-society/es/articulo.php?art_id=181
 45. NUÑEZ FLORENCIO, Rafael. *Gulag. Historia de los campos de concentración soviéticos*, Elcultural.com, 2004 [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <http://www.elcultural.com/revista/letras/Gulag-Historia-de-los-campos-de-concentracion-sovieticos/9725>
 46. OAS.ORG. *CIDH finaliza visita de trabajo a Perú*, 16 de noviembre de 2018 [ubicado el 23. XI 2018]. Obtenido en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/243.asp>
 47. OLLER, Nadia. *Cómo se ha entendido la libertad a lo largo de la historia* [ubicado el 06.IX 2018]. Obtenido en [http://gamodiana.es/sites/gamodiana.es/files/termino de libertad de la historia nadia oller 1.pdf](http://gamodiana.es/sites/gamodiana.es/files/termino_de_libertad_de_la_historia_nadia_oller_1.pdf)

48. OPAZO SÁEZ, Paola. *Él fármaco Cytotec será retirado por Laboratorio Pfizer a causa de sus graves efectos secundarios*, Nación Farma, 2017 [ubicado el 25.IX 2018] Obtenido en <https://nacionfarma.com/farmaco-cytotec-sera-retirado-laboratorio-pfizer-causa-graves-efectos-secundarios/>
49. OXIGENO.BO. *TCP declara inconstitucional matrimonio de personas transexuales*, 2017 [ubicado el 25.VIII 2018]. Obtenido en <http://oxigeno.bo:81/pol%C3%ADtica/25175>
50. PLATÓN. *La República* Um.es, [ubicado el 14. V 2017] Obtenido en <http://www.um.es/noesis/zunica/textos/Platon,Republica.pdf>
51. PEIRÓ, Claudia. *“Educación sexual: las razones de quienes impulsan a reforma de la actual ley nacional”*, Infobae, 15 de setiembre de 2018 [ubicado el 06.XI 2018]. Obtenido en <https://www.infobae.com/sociedad/2018/09/15/educacion-sexual-las-razones-de-quienes-impulsan-la-reforma-de-la-actual-ley-nacional/>
52. RAE. *Eugenesia* [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=H62NicC>
53. RAE. *Eutanasia* [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=H7n2IXw>
54. RIVERA-SOTELO, Aída-Sofía. *El utilitarismo de Jeremy Bentham ¿Fundamento de la teoría de Leon Walras?*, Scielo.org.co [ubicado el 06.X 2018]. Obtenido en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722011000200003
55. ROCA, Richard. *Breve Historia de la Macroeconomía* [ubicado el 11.IX 2018]. Obtenido en <https://es.scribd.com/document/360424439/Breve-Historia-de-La-Macroeconomia>
56. SABATO, Ernesto. *Hombres y engranajes* [ubicado el 06.XI 2018]. Obtenido en http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/homb_engSaba.pdf
57. SALVATIERRA, Miguel. *PIO XII, protector de judíos o pasivo testigo del Holocausto* ABC.ES, 2014 [ubicado el 06.XI 2017]. Obtenido en <http://www.abc.es/sociedad/20140126/abci--201401261436.html>
58. SANCHEZ SILVA, Walter. *Juez vota contra la “identidad de género” en currículo educativo en Perú*, 2018 [ubicado el 06.IX 2018]. Obtenido en www.aciprensa.com
59. THOMAS, Vinçç. *Eutanasia, el derecho a ejercer la última libertad*, [ubicado el 25.IX 2018]. Obtenido en <https://www.diariodemallorca.es/opinion/2018/05/23/eutanasia-derecho-ejercer-ultima-libertad/1315659.html>
60. UJAEN. *Siglo XVII* [ubicado el 15.XI 2017]. Obtenido en http://www.ujaen.es/investiga/cts380/historia/siglos_xvii.htm
61. VALDIVIESO-LÓPEZ, Erika. *“Ventre de Alquiler: Presupuestos de antijuridicidad”*, Legis.pe, 2018 [ubicado el 06.X 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/ventre-alquiler-presupuestos-antijuridicidad/>
62. ZAMBRANO TORRES Alex R. *EL DERECHO SUBJETIVO* [ubicado el 02.V 17] Obtenido en <http://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-subjetivo/>

ANEXOS JURISPRUDENCIALES

EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC
LIMA
KAREN MAÑUCA
QUIROZ CABANILLAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del Magistrado Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra la sentencia de la Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 73, su fecha 2 de marzo de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de febrero de 2005, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), tras considerar que al denegarle el otorgamiento de un duplicado correspondiente a su Documento Nacional de Identidad (DNI) se vulneran sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal.

Manifiesta que la emplazada no le otorga el duplicado de su DNI N.º 19327439 desde hace más de 4 años, no obstante haber cancelado los pagos correspondientes para tal expedición, y que tampoco ha emitido resolución alguna en la que señale los motivos por los cuales no le ha entregado el duplicado en referencia; por el contrario, los funcionarios de la entidad demandada le indicaron, en forma verbal, que su identidad se encontraba cuestionada, siendo necesario que presente su Partida de Nacimiento, requerimiento que oportunamente cumplió. Sin embargo, y pese a ello, le han continuado denegando el duplicado correspondiente. Expresa, además, que en el año 1989 interpuso una demanda judicial sobre Rectificación de nombre y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial dispuso la rectificación de su nombre, conforme está acreditado en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe

del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, Departamento de La Libertad. Con dicha acta es que se apersonó a la entidad demandada con la finalidad de que se consignen sus nombres rectificadas judicialmente, razón por la cual se le entregó el DNI N.º 19327439, cuyo extravío ha originado el que tenga que tramitar el duplicado que, sin embargo, ahora se le niega.

Practicadas las diligencias de ley se recibe la declaración de don Eduardo Octavio Ruiz Botto, en su condición de Jefe del RENIEC, quien manifiesta que asumió el cargo en el mes de octubre de 2002 y, por ende, hace cuatro años no era jefe, ni tuvo conocimiento de alguna negativa de otorgar la identidad a la parte demandante. Por otra parte, expresa que la validación de los datos se realiza en la Gerencia de Operaciones, efectuándose un promedio de veinte mil trámites diarios relacionados con el DNI. En todo caso, precisa que por información obtenida con posterioridad a la interposición de la demanda ha tomado conocimiento que se canceló el DNI de la parte actora por haber realizado múltiples inscripciones; es decir, que tenía varios números de DNI con nombre masculino y femenino, desconociendo si fue debidamente notificada de la cancelación de su DNI con identidad femenina o si ha sido denunciada penalmente por la comisión de tales hechos.

El Procurador Público del RENIEC se apersona al proceso y expresa que la parte actora ostenta una trayectoria pretensora de doble identidad sexual, como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas y como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas; que con fecha 4 de mayo de 1976 obtuvo una Boleta de 7 dígitos o Libreta Electoral N.º 1211481 bajo el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas con sexo masculino; posteriormente, con fecha 19 de octubre de 1984, obtiene la Partida de Inscripción N.º 19203903 en base a la inscripción anterior y nuevamente a nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, con sexo masculino. Luego, con fecha 8 de junio del 2001, se presentó ante la Agencia de Lima solicitando un trámite de rectificación de datos del DNI N.º 19203903, el cual fue rechazado con la observación “Por Oficiar Partida de Nacimiento”, siendo pertinente puntualizar que, a la fecha, es el citado DNI el que se mantiene habilitado en el sistema computarizado ANI/RENIEC. Por otra parte, con fecha 26 de junio de 1989, la misma persona obtiene la Inscripción N.º 19238729 a nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, con sexo femenino, posteriormente, con fecha 1 de julio de 1992, obtiene la inscripción N.º 19327439, teniendo como sustento el documento anterior, consignando los mismos nombres, género y demás datos. Finalmente, con fecha 25 de febrero de 1997, la parte actora obtiene el Documento N.º 19327439, según el Formulario N.º 00209464, a través del trámite de duplicado, identificándose nuevamente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. A raíz de todos estos hechos la Unidad de Investigaciones de la GO/RENIEC realizó un Examen de Confrontación Monodactilar que concluyó que existía identidad dactilar entre todas las muestras, tratándose de una misma persona biológica que, sin embargo, había realizado dos inscripciones. Por tales razones se canceló la Inscripción N.º 19327439 a nombre de Karen Mañuca, por tratarse de una nueva inscripción efectuada por el ciudadano Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, no habiéndose vulnerado derecho constitucional alguno.

El Trigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de febrero de 2005, declara improcedente la demanda de hábeas corpus, por considerar que la parte actora no ha esclarecido su verdadera identidad, ni tampoco ha señalado los pormenores relacionados a su doble inscripción en el RENIEC. Por otra parte, las anomalías que pudieron cometerse en el proceso regular deben resolverse dentro de él mismo y no en uno de naturaleza constitucional, ya que no hay vulneración a la libertad individual.

La recurrida, confirma la apelada esencialmente por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. Según fluye de autos, mediante la demanda la parte actora persigue que el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) expida el duplicado de su Documento Nacional de Identidad, tras considerar que la negativa de realización de dicho trámite vulnera sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, y a la libertad personal.
2. En el contexto señalado, es pertinente precisar que lo que la parte actora reclama en el presente caso no sólo se limitaría a la expedición formal del citado documento de identificación, sino a que éste contenga los datos renovados que señala (nuevo nombre), en mérito a la rectificación de su Partida de Nacimiento, de manera que no sólo se trataría de un nuevo documento sino de una nueva forma de identificarse, ya no como don Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, sino como doña Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, la cual ya ha ostentado, según se aprecia de la copia del DNI que corre a fojas 8 de autos.

Los problemas colaterales alrededor del presente caso

3. En principio, el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar que del caso de autos subyacen una serie de problemas respecto de los cuales es necesario emitir pronunciamiento, habida cuenta que la discusión planteada contiene elementos que van más allá de un asunto meramente formal o legal, pues comprometen otros valores constitucionales que, por su propia relevancia, requieren de definición expresa.
4. En tal sentido, este Colegiado se pronunciará acerca de lo que representan el principio de dignidad, el derecho a la identidad y el rol del Documento Nacional de Identidad.

El Principio Derecho Dignidad y sus alcances

5. Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial

de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”.

6. Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanan todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

7. De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” [STC N.º 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva]
 De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales.
 Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna.
 Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana.

8. En ese sentido, este Tribunal debe establecer que la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no

comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos – v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano.

9. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica^[1] (a mayor abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido).

Una vez identificado este contenido práctico –objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres-, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el *principio-derecho* de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado [STC N.º 0050-2004-AI (acumulados), N.º 0019-2005-PI/TC, N.º 0030-2005-PI, N.º 1417-2005-AA, N.º 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un *principio* como un *derecho fundamental*, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

10. El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la

misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

La partida de nacimiento

11. Es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana.

Naturaleza jurídica y trascendencia de la partida de nacimiento

12. La partida de nacimiento constituye un asiento registral y sus certificaciones instauran probanza legal:

- Del hecho de la vida.
- De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.
- Del apellido familiar y del nombre propio.
- De la edad.
- Del sexo.
- De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.
- De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio.

Es el documento que acredita la filiación y paternidad, la nacionalidad por la estirpe, la mayoría automática, por el transcurso del lapso legal, y la inscripción en otros registros, para efectos causales.

La partida de nacimiento en sí, y las notas marginales correspondientes, debe constituir microbiografía jurídica de cada persona.

De acuerdo con la legislación de cada país, está establecido que el registro civil expide documentos que los interesados utilizan con el objeto de acreditar los hechos que han sido motivo de registro. En algunos países se expide solamente un tipo de documento para cada especie de hecho, el cual es una copia textual del asiento efectuado originalmente para realizar la inscripción del hecho en el registro; a este documento se denomina partida. En otros países los documentos se expiden para cada hecho y pueden ser de texto diferente, según el objeto al cual esté destinado.

Elementos de la partida de nacimiento : nombre del individuo al nacer

13. El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida. Se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. La elección de un segundo o más nombres es facultativa. El

nombre recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del DNI. Es obligatorio tenerlo y usarlo; es inmutable, salvo casos especiales; no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación; es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo. Asimismo, permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros.

El apellido

14. Designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno.

El apellido no puede cambiarse respecto al que consta en la partida de nacimiento, salvo por tramitación administrativa judicial. El apellido establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad. Se transmite de padres a hijos, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, siempre que hayan sido reconocidos dado el caso por sentencia judicial.

El sexo del individuo

15. Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse.

Fecha de nacimiento (hora, día, mes y año del nacimiento - día de la inscripción)

16. Establece la mayoría de edad automática; en el caso peruano, el derecho a obtener el documento nacional de identidad (DNI) se detenta desde los 18 años. La fecha de nacimiento determina límites para la celebración de actos jurídicos (matrimonio, adopción). Asimismo, la edad constituye un requisito para acceder a cargos públicos y para el goce de los derechos previsionales. Mediante la fecha de nacimiento se establece el momento en que se adquiere la ciudadanía, y se dota de derechos y deberes a la persona, con los cuales puede participar, dentro de sus limitaciones, en la vida pública del Estado; tales derechos pueden ser los relacionados con los beneficios que garantiza el Estado, así como la entrega del documento de identidad nacional, asistencia consular en el exterior o cualquier otro derecho contemplado en las normas del Estado.

El lugar de nacimiento

17. Vínculo político y social ("nacional") que une a una persona con el Estado al que pertenece. Establece la nacionalidad, que a su vez significa la pertenencia de una persona a un sistema jurídico concreto dictado por un país. Este vínculo del individuo con un Estado le genera derechos y deberes recíprocos.

Identidad y dirección de los padres

18. Establece la filiación y la paternidad es decir, el vínculo familiar respecto al hijo en primer grado de consanguinidad en línea recta; asimismo, otorga deberes y derechos tales como la patria potestad y la complejidad de otros que de ella derivan. En el ámbito del derecho penal sirve para establecer circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes. Estos datos, como la identidad, la dirección, nacionalidad y profesión de los padres, tienen efectos útiles para fines estadísticos.

Nombres y apellidos del registrador

19. Mediante estos datos se corrobora la formalidad y legalidad de la información que se consigna en la partida de nacimiento, de acuerdo a la legislación peruana. La partida de nacimiento debe contener el nombre y apellido, así como la edad, estado civil, naturaleza, profesión u oficio y domicilio de las partes que intervienen en el acto de inscripción.

Tratamiento de la partida de nacimiento en la legislación

20. La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil establece que los actos concernientes al estado civil de las personas –en primer término, por supuesto, el nacimiento– se harán constar en el registro civil. Las inscripciones de los nacimientos producidos en los hospitales del Ministerio de Salud y del Instituto Peruano de Seguridad Social se realizarán obligatoriamente dentro del tercer día de producido el nacimiento, en las oficinas de registros civiles instaladas en dichas dependencias.

Las inscripciones de los nacimientos no contemplados en el párrafo anterior, se efectuarán dentro de un plazo de treinta (30) días y se llevarán a cabo, preferentemente, en la dependencia del registro bajo cuya jurisdicción se ha producido el nacimiento o del lugar donde reside el niño.

Las partidas del registro civil contienen la información referente al nombre de la persona. Ello permite, dado que los registros son públicos, que cualquier persona pueda solicitar la transcripción literal de la partida en la que consta de modo auténtico el nombre que corresponde a todo sujeto de derecho. La partida acredita en forma veraz el hecho en ella contenido, es una prueba preconstituida, salvo que se demuestre judicialmente su falsedad.

En efecto, de conformidad con el artículo 41º de la Ley Orgánica del Registro Civil de Identificación y Estado Civil, el registro del estado civil de las personas

es obligatorio y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44º del mismo cuerpo normativo, los nacimientos se inscriben en el registro de estado civil.

La inscripción del nacimiento es el acto oficial en virtud del cual la persona legitimada por ley pone en conocimiento del funcionario competente del registro de estado civil, el nacimiento de una persona y el nombre propio con el que quedará inscrita; por ello, es razonable que se remita la prueba del nombre a lo que resulte en dicho registro, máxime cuando cualquier variación y los actos que de una u otra forma inciden en el nombre de la persona, también se inscriben en el citado registro; ya que, además, se inscriben en este los cambios o adiciones de nombre, las adopciones, las sentencias de filiación y el reconocimiento de hijos, entre otros.

Asimismo, dado que el registro del estado civil tiene carácter público, cualquier interesado puede solicitar la expedición de las constancias de inscripción respectivas, las que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58º de la citada ley orgánica, son consideradas instrumentos públicos y constituyen prueba fehaciente de los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad. En este sentido, la información relativa al nombre obrante en el registro del estado civil, acredita en forma veraz el nombre de una persona determinada.

No obstante, debe precisarse que si bien la inscripción del nacimiento de una persona en el registro de estado civil prueba el hecho del nacimiento y el nombre de la persona, ello no significa en modo alguno que dicha inscripción constituye también medio de prueba de la filiación de dicha persona. Incluso cuando al momento de inscribir el nacimiento y subsecuente nombre también se haya efectuado el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en tal caso, en puridad, será este último acto el que acredite la filiación, mas no la inscripción del nacimiento. Al respecto, el artículo 52º de la ley orgánica antes citada contempla una disposición expresa en el sentido señalado.

Por otro lado, si bien el incumplimiento de la obligación de registrar el nacimiento y subsecuente nombre de una persona impide la obtención del documento nacional de identidad (DNI) y la expedición de alguna constancia por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y, consecuentemente, el ejercicio de los derechos para los que se requiere la previa obtención del DNI o la previa identificación de la persona, la falta de inscripción del nacimiento de una persona no autoriza en modo alguno que se desconozcan o nieguen los derechos que le corresponden como ser humano, que son inherentes a su condición humana, como son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la legítima defensa, etc.

Tales afirmaciones pueden apreciarse en situaciones concretas; así, se tiene, a guisa de ejemplo, un caso de prestación de alimentos resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. N.º 462-2003 Cajamarca), que fue revisado por dicha Sala por haberse contravenido las normas que garantizan el debido proceso, vulnerado normas de carácter imperativo y perjudicado el derecho a accionar de una menor alimentista,

privándola de la tutela jurisdiccional efectiva por no haber sido registrada en los registros civiles, preexistencia que no puede negarse porque el certificado médico de nacimiento acredita que nació viva y que, como tal, es sujeto de derecho. La Sala consideró que el solo nacimiento de la persona le otorga titularidad sobre los derechos que le corresponden, según el Código Civil, sin que sea requisito la inscripción del nacimiento, y que debe considerarse el interés superior del niño y el adolescente.

Así, una cosa es la posibilidad de ser identificado, la que se realiza, como se ha señalado ya, con el nombre, cuya prueba se remite a la inscripción del nacimiento en el registro del estado civil, y otra cosa muy distinta el derecho de gozar de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, el que corresponde por el simple hecho de tener vida. En este sentido, la imposibilidad de identificar a un ser humano no equivale de ninguna manera a privarlo de sus derechos como ser humano.

Una vez que se asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de que éste conserve el nombre que se le ha dado. Su eventual modificación podría generar confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular tenga también el deber de mantener la designación que le corresponde.

Por ello, como regla general se ha establecido que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones. Sin embargo, existe una excepción, que se presenta cuando existen motivos justificados y media una autorización judicial, publicada e inscrita.

Por ejemplo, se puede decir que una persona tiene un motivo justificado para realizar cambio de nombre cuando se le ha asignado uno extravagante o ridículo, que sea móvil para la burla de terceras personas, con la consiguiente afectación de su tranquilidad y bienestar.

Asimismo, podría proceder el cambio de nombre de una persona que es homónima de un avezado y famoso delincuente o de una persona que ha sufrido escarnio público, pues tales coincidencias le impedirían realizar normalmente sus actividades cotidianas, por las continuas discriminaciones o temores de los que sería víctima.

Estos cambios de nombre deben ser debidamente garantizados por la publicidad, con la finalidad de que las personas que se sientan afectadas con tales hechos puedan impugnarlos oportunamente en sede judicial.

El artículo 826° del Código Procesal Civil vigente regula la rectificación de nombre, con trámite en vía no contenciosa, ante un Juzgado de Paz Letrado, pretensión que no puede equipararse a la de cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una

denominación personal, en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el Juez si encuentra que los motivos son justificados.

El derecho a la identidad

21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).
22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.
23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.

El Documento Nacional de Identidad y su importancia

24. En nuestro sistema jurídico, al igual como ocurre en otros modelos que ofrece el derecho comparado, los referentes objetivos con los que se determina la identidad suelen ser patentizados a través de algún documento especial. En el caso particular del Perú, es el Documento Nacional de Identidad el que cumple tal rol o función, constituyéndose en un instrumento que permite no sólo identificar a la persona, sino también le facilita realizar actividades de diverso orden, como participar en comicios electorales, celebrar acuerdos contractuales, realizar transacciones comerciales, etc.

25. En efecto, en nuestro ordenamiento, el Documento Nacional de Identidad tiene una doble función : de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente. Además, dicho documento es requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites de carácter personal, con lo que la carencia del mismo supone una limitación de otros derechos ciudadanos, uno de los cuales está referido a la libertad individual.
26. Como es fácil percibir, de la existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende no sólo la eficacia del derecho a la identidad, sino de una multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación, o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como podría ocurrir en el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia, por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala.
27. Así, este Colegiado considera que en los casos en los que están de por medio discusiones sobre la identificación de las personas, generadas por la afectación de un Documento Nacional de Identidad, resulta imprescindible revisar, minuciosamente, el comportamiento de la autoridad, funcionario o persona emplazada, así como los eventuales daños que tal comportamiento haya podido generar. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que es en tales supuestos que debe centrarse la controversia de autos, encontrándose habilitado para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Análisis del caso concreto

28. En el presente caso se reclama la expedición de un duplicado del Documento Nacional de Identidad con los datos actualizados que venía registrando la parte demandante, quien anteriormente había poseído un documento sustentado en una inscripción registral que por razones que –según alega– desconoce, ha sido dejada sin efecto por parte de la entidad emplazada.
29. Como ya se ha adelantado, este Tribunal se encuentra habilitado para emitir un pronunciamiento sobre el particular, no sólo por lo expuesto en el Fundamento N.º 27, supra, sino porque conforme al inciso 10) del artículo 25º del Código Procesal Constitucional, procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, en tanto conforma la libertad individual.
30. Aunque de autos fluye que la parte actora habría contado sucesivamente con dos identidades distintas ante el Registro Electoral –situación que, según alega la emplazada a fojas 18 de autos, constituye un ilícito penal– no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre el particular, en tanto la probable

existencia de un ilícito debe ser determinada ante las instancias competentes. Se trata, por el contrario, de establecer si al no contar con documento de identidad, la parte demandante es perturbada en su derecho a la identidad, razón por la cual, corresponde evaluar la actuación de la administración.

31. Del análisis efectuado en la presente causa se aprecia que la parte demandante obtuvo dos inscripciones en fichas diferentes, ante el Registro Electoral, bajo distintos prenombrados, según consta a fojas 22 y 26 de autos (la primera, el 4 de mayo de 1976, como Manuel Jesús; y la segunda, el 26 de junio de 1989 como Karen Mañuca), y que cuenta con un mandato judicial a su favor de rectificación, únicamente de nombres, de fecha 22 de marzo de 1989, mediante el que se modificaron los nombres consignados en su partida de nacimiento –fojas 5–. Sin embargo, con fecha 24 de mayo del 2000, y en virtud de un proceso de depuración del padrón electoral, se canceló la segunda inscripción y registro de la parte actora, en aplicación del artículo 67º, inciso 4) de la Ley N.º 14207 –depuración de las inscripciones múltiples– a fin de evitar una multiplicidad de éstas.
32. Así, con fecha 21 de junio del 2001, la parte demandante solicitó a la emplazada la rectificación de los datos contenidos en el registro N.º 19203903 (primer y único registro vigente como Manuel Jesús), trámite que fue rechazado en su aprobación con la observación “por oficiar partida de nacimiento”, según se aprecia a fojas 24 de autos, situación que si bien nace a partir de una solicitud de su parte, el transcurso del tiempo en su ejecución –más de 4 años– y la consiguiente demora en la expedición del documento de identidad, así como la ausencia de una respuesta por escrito a dicho pedido, es una situación que vulnera los derechos a la dignidad e identidad de la parte demandante, pues dicha conducta administrativa (inactividad formal) resulta contraria a nuestro Texto Constitucional.
33. En efecto, en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que la autoridad administrativa no puede pretender ampararse en el hecho de tener la calidad de titular del Registro Único de Identificación para no emitir el correspondiente documento de identidad a favor de la parte actora. En efecto, si la emplazada consideraba que en el procedimiento que iniciara la parte demandante en junio del año 2001 –nueva rectificación del nombre de Manuel Jesús, según se aprecia a fojas 24– requería verificar, necesariamente, los nuevos nombres contenidos en la partida de nacimiento (rectificados por mandato judicial), resulta irrazonable que a la fecha de interposición de la presente demanda –9 de febrero de 2005– dicho trámite no haya concluido con la expedición del documento de identidad que le corresponda, o la emisión de una resolución administrativa que motive las razones de su rechazo.
34. En todo caso, importa señalar que este Tribunal no está desconociendo las competencias con que cuenta la emplazada. En efecto, si bien es cierto, las autoridades del RENIEC gozan de facultades para efectuar fiscalizaciones en los registros a fin de detectar irregularidades o duplicidad de inscripciones, en su calidad de Titular del Registro Único de Identificación, conforme a lo dispuesto por los artículos 176º y 177º de la Carta Magna, sin embargo, lo que

no puede hacer es ejercer dichas atribuciones en forma lesiva a los derechos fundamentales a la dignidad e identidad, como ha ocurrido en el caso de autos debido al excesivo tiempo transcurrido.

35. No debe perderse de vista que, si bien es cierto, la administración ha actuado con arreglo a ley, pues conforme al inciso 4) del artículo 67º, y el artículo 77º de la Ley N.º 14207, está permitida la depuración del registro electoral por inscripciones múltiples, en cuyo caso, **sólo la primera inscripción conservará su validez**, cancelándose todas las demás, sin embargo, **la parte demandante cuenta con una decisión judicial** que ha permitido la modificación de los nombres consignados en su partida de nacimiento –no cuestionada en autos– según consta en la copia que corre a fojas 5, mandato **que ha adquirido la calidad de cosa juzgada** y que se encuentra vigente; en consecuencia, la inscripción realizada el 24 de mayo de 1976 como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas está vigente, lo único que ha variado es el nombre a “Karen Mañuca”, quedando inalterables los demás elementos identitarios (sexo, fecha de nacimiento, etc.) contenidos en la inscripción original.
36. Por lo demás, conviene reiterar lo expuesto en el Fundamento N.º 30, supra, en el sentido que, independientemente de los supuestos ilícitos penales a los que alude la RENIEC a fojas 18 (aunque en autos no se ha acreditado que siquiera se haya interpuesto denuncia penal alguna), los que, de ser el caso, deben ser objeto de la investigación que corresponda, la administración está en la obligación de proveer a todo ciudadano que así lo solicite, como es el caso de la parte demandante, de un Documento Nacional de Identidad, lo cual resultará procedente en la medida que se presente la documentación sustentatoria necesaria para tales efectos y que permita su plena identificación (en la presente controversia, la copia certificada de la partida de nacimiento que contiene la rectificación solo de nombre ordenada por mandato judicial). En todo caso, la autoridad administrativa se encuentra facultada para requerir la mencionada partida de nacimiento, o cualquier otra documentación adicional que estime pertinente (p. ej. Título Profesional), siempre que ello no se convierta en un obstáculo irrazonable –en particular, por el transcurso del tiempo– que no permita llegar a una solución que esclarezca la situación en la que la parte demandante se encuentra.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) otorgar a la parte demandante el duplicado de su Documento Nacional de Identidad con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento,

atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.º 35, supra –mandato judicial–, y sin perjuicio de lo establecido en el fundamento N.º 36, supra.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO**

EXP. 2273-05-PHC/TC
LIMA
KAREN MAÑUCA
QUIROZ CABANILLAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

1. El recurrente en su pretensión quiere que el RENIEC le otorgue un Documento Nacional de Identificación (DNI) cambiando el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas por el de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. Manifiesta que existe una resolución judicial de fecha 20 de mayo de 1,989 emitida en Proceso No Contencioso por el Juez Provisional en lo Civil de Pacasmayo, Sr. Víctor Correa Rojas, que en copia simple aparece a fojas 5 de autos, que ordena la “rectificación” de su partida de nacimiento en el sentido que él propone y que pese a ello el RENIEC le niega dicho derecho.
2. De lo actuado aparece la existencia de un primer DNI del recurrente, confeccionado en base a su partida de nacimiento y a los datos de identificación alcanzados al RENIEC por el propio titular Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, de sexo masculino.
3. Con posterioridad y en base a una “rectificación” de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en Procedimiento no contencioso que constituye para el caso, a no dudarlo, trámite irregular con el que dicho Juez rebasó sus atribuciones desde que no se limitó a los dictados de la ley procesal que le permitía sólo subsanar o corregir un error material evidente, alterando así la identidad del titular al cambiarle el nombre pues le puso Karen Mañuca (femeninos) por el original Manuel Jesús (Masculino) quedando así identificado el recurrente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. La partida original fue asentada el 04 de mayo de 1976 en el Registro civil de nacimientos a cargo del Concejo Provincial de Pacasmayo y la modificación por el juez de dicho lugar se realizó por auto de fecha 22 de mayo de 1,989 conforme la anotación marginal agregada el 03 de mayo de 1989 según la copia antes referida.
4. Teniendo el señor Manuel Jesús Quiroz Cabanillas la copia autenticada de su partida de nacimiento modificada, sorprende a los funcionarios de RENIEC para conseguir un nuevo documento de identificación en nueva inscripción en vez de solicitar la rectificación del registro anterior que estaba vigente. Esta actitud vino a significar la titularidad del recurrente en dos partidas de identificación en el RENIEC, institución que le otorgó así el DNI 1211481 (libreta electoral) y después el DNI número 19203903, apareciendo en el primero como Manuel Jesús y en el segundo como Karen Mañuca.

5. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus registros, conforme al inciso 4 del artículo 67 de la ley número 14207, que señala que la depuración tiene por objeto excluir de este en forma definitiva o temporal las inscripciones múltiples, comprobó la irregular duplicidad procediendo a la anulación de la segunda partida, es decir del segundo DNI del recurrente numerado con el 19203903, lo que entraña que con esa anulación mantuvo su vigencia el primero, descartándose así como correspondía el instrumento de la partida anormalmente modificada por el citado Juez. Es menester señalar que tratándose de una intervención del Juez en trámite sin contención para el que la ley lo convierte en un funcionario administrativo, la decisión analizada no podía y no puede traer la consecuencia de la cosa juzgada. En conclusión el demandante tiene vigente el DNI que le corresponde y no puede pretender así que se le entregue copia del DNI que por anulado ya no existe, lo que precisa y expresamente ha reconocido la institución demandada cuando al contestar la demanda expresa "... que el recurrente está haciendo uso de una identidad cancelada por doble inscripción y lo ilegal no genera derecho... la inscripción primigenia como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas mantiene su eficacia jurídica quedando expedito su derecho para ejercerla...". Es pues necesario decir que el demandante no puede hacer, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificadas sino alterada por juez competente a quien consiguió conducir al trámite administrativo judicial del denominado procedimiento no contencioso, exigencia de entrega de un instrumento oficial en el que aparecería con nombre cambiado de mujer. En todo caso de no estar conforme con la decisión anulatoria a la que hacemos referencia ha debido recurrir al proceso contencioso administrativo puesto que no se trata de una privación de su derecho a la obtención de su correspondiente documento de identificación que lo tiene sino de la persistencia de aparecer en el registro público, en nueva versión identificatoria, como mujer y no como hombre.
6. El artículo 19 del Código Civil señala que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, lo que obviamente incluye los apellidos. Sin embargo el referido código prohíbe cambiar el nombre o hacerle adiciones sin motivos justificados, a no ser que el cambio o la adición provenga de autorización judicial naturalmente en proceso en el que el recurrente acredite los hechos que fundamentan su pretensión, resolución que tiene que inscribirse en el Registro correspondiente (artículo 29). El artículo 1331º del Código de Procedimientos Civiles (con el cual se tramitó la "rectificación" en 1,989) previó que la rectificación de nombre se realiza en Proceso No Contencioso, lo que ha sido recogido por el inciso 9 del artículo 749 del Código Procesal Civil que permite la inscripción (a destiempo) y la "rectificación" de las partidas de los registros civiles en trámite sin contención (mal denominada "jurisdicción voluntaria), código que incluso en su artículo 750 vino a establecer una competencia exclusiva de los Juzgados de Paz Letrados para estos casos, competencia que posteriormente por la ley 27155, artículo 3, al modificar el artículo 750 del Código Procesal citado, ratifica la competencia de los Juzgados de Paz Letrado y a su vez permite que las rectificaciones de partida se puedan hacer ante Notario Público, con lo que legalmente queda precisado que la participación del Juez de Paz Letrado constituye tarea simplemente administrativa.

La ley 26662, denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos ya había previsto la competencia del Juez de Paz Letrado y también la del Notario Público, a elección del interesado, para los asuntos de inscripción y rectificación de las partidas del registro civil, precisando en su artículo 15 que “las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidentes del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios, se tramitarán ante notario. En ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente”. Para la precisión de lo que significa rectificar o enmendar una partida, el Código procesal Civil señala en el artículo 829 lo siguiente: “Las personas cuyos nacimientos se hayan inscrito en los Registros del Estado Civil de las Municipalidades de la República y Consulados del Perú, en cuyas partidas figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra "de" o las letras "y", "i", "e" o "a", u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento, podrán pedir su rectificación. El Juez, sin observar el trámite del Artículo 754, dispondrá de plano la rectificación correspondiente.”

7. De lo expuesto en los fundamentos precedentes se infiere que la inscripción y rectificación de partida de nacimiento sólo procede cuando no se practicó dentro del plazo legal ante la autoridad competente (registrador) y cuando en la partida inscrita aparece a la vista un error de simple comprobación, ambos en el procedimiento administrativo respectivo y por ello la ley, señala que dicha inscripción y/o rectificación debe realizarse ante Juez o Notario, con lo que traslada el pedido administrativo a la vía judicial o notarial. En ambos casos, judicial o notarial, para la inscripción y/o rectificación de partida no hay emplazamiento válido ni contradicción, generándose así una resolución que no puede tener la calidad de cosa juzgada.
8. Por otra parte nos encontramos frente a supuestos de hecho diferentes: Rectificación, adición y cambio de nombre. La rectificación, según la Real Academia Española, es corregir las imperfecciones, errores o defectos de algo ya hecho. Dice la Academia que la adición es la acción y efecto de añadir, ello sirve para los supuestos en que la mujer aumenta el apellido del marido agregando la sílaba “de” y luego el apellido paterno del marido, y por último dicha institución establece que el cambio supone dejar una cosa o situación por otra, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos. El Código Procesal Civil señala que sólo proceden las inscripciones o rectificaciones en proceso no contencioso dejando la pretensión del cambio de nombre para el proceso de conocimiento que por su complejidad exige una amplia estación probatoria con defensa y contradicción por la relevancia que supone dicho cambio frente a los terceros.
9. El recurrente en base a una “rectificación” de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en procedimiento no contencioso y en trámite irregular en el que rebasó sus atribuciones, pues no se limitó a los dictados de la ley procesal para subsanar o corregir un error material, sino que alteró en la

partida, la identidad del titular con el pre nombre de “Karen Mañuca”, siendo el titular Manuel Jesús, que constituye el motivo que lo trae al proceso constitucional, tramita y obtiene en el RENIEC la expedición de un nuevo DNI, sorprendiendo al RENIEC al indicar como sexo el femenino, lo que significa dos documentos distintos para una misma persona.

10. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus Registros anula el segundo DNI, lo que significa que ha recobrado vigencia el primero, descartando como corresponde la alteración del Juez Civil que por lo dicho precedentemente no causó jamás cosa juzgada en relación al nombre modificado del recurrente, y esto es lo que persigue en el presente proceso y no el reconocimiento de su identificación que nadie puede negar. El demandante en consecuencia mantiene incólume su identidad conforme a su primer DNI, el que al habersele “extraviado”, le da derecho a solicitar y obtener un duplicado ante el RENIEC. Lo que no puede hacer es, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificadas sino alterada por un Juez al que consiguió conducir al carril no contencioso, es conseguir administrativamente el reconocimiento oficial de una nueva identidad.

Por tanto mi voto es por que se declare **INFUNDADA** la demanda entendiéndose que el RENIEC, teniendo por vigente el primer DNI del demandante (Manuel Jesús), debe hacerle entrega del duplicado correspondiente ante la pérdida del documento original según afirma.

SR.

VERGARA GOTELLI

^[1] PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 4ta. Edición, 180-184