

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

TEMA:

COMPARACIÓN DEL CONCEPTO FILOSÓFICO JURÍDICO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA SEGÚN LA PRINCIPAL OBRA DEL DR. JAVIER HERVADA XIBERTA CON EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR.

Trabajo para la obtención del título de ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

ALUMNO: David Castillo Aguirre.

DIRECTOR: Dr. Jaime Baquero De La Calle Rivadeneira.

QUITO, ENERO 2014

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

David Castillo Aguirre

A mi padre, a mi madre y a mis hermanas,

Por su amor incondicional, sin el cual esto no hubiese sido posible.

Dedicado a la memoria de Jaime Pazmiño (+)

Agradecimientos:

A la Universidad de Los Hemisferios, por darme la oportunidad de cumplir mis sueños y enseñarme a ser una mejor persona.

En especial al maestro Jaime Baquero De La Calle Rivadeneira, por su admirable compromiso con la investigación, su inmenso aporte a la Ciencia Jurídica y su incomparable amistad.

ÍNDICE

Introducción.....	7
-------------------	---

PRIMER CAPÍTULO

EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA SEGÚN EL DR. JAVIER HERVADA XIBERTA

1.- La Persona.....	13
1.1.- Nociones Generales.....	15
1.2.- El Ser Persona.....	18
1.3.- La Persona: ser racional.....	24
1.4.- La Persona: comunicación y socialidad, libertad, finalidad y debitud...	27
1.4.1.- Comunicación y Socialidad.....	28
1.4.2.- Libertad.....	32
1.4.3.- Finalidad.....	36
1.4.4.- Debitud.....	36

SEGUNDO CAPÍTULO

EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

1.- La dignidad de la persona en la Constitución del Ecuador.....	41
1.1.- La dignidad de la persona como principio para el ejercicio de los derechos	47
1.2.- Relación del trabajo con la dignidad de la persona.....	53
1.3.- La dignidad de los niños, niñas y adolescentes.....	58
1.4.- La dignidad de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades...	59

1.5.- El respeto a la dignidad por parte de las F.F.A.A y la Policía.....	61
1.6.- La vida digna.....	62

TERCER CAPÍTULO

RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA SEGÚN EL DR. JAVIER HERVADA Y EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

1.- ¿Existe relación entre el concepto de dignidad de la persona según el Dr. Xavier Hervada y el concepto de dignidad de la Constitución del Ecuador?.....	65
1.1.- Aspectos absoluto y relativo de la dignidad de la persona.....	66
1.2.- Derechos y deberes inherentes a la dignidad.....	74
2.- Relación entre el concepto de dignidad de la persona según el Dr. Xavier Hervada y el concepto de dignidad de la Constitución del Ecuador.....	80

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones.....	81
Recomendaciones.....	82
Bibliografía.....	83

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es de carácter teórico y se utilizaron los métodos cualitativo, comparativo, inductivo y analítico para su correcto desarrollo. La información recolectada fue analizada conforme los métodos de investigación antes enunciados. Debido a la naturaleza de la investigación únicamente se recolectó información doctrinal en libros, artículos, leyes y documentos de carácter oficial.

La nueva Constitución del Ecuador, norma suprema, es producto del neo constitucionalismo; una corriente que busca delimitar los poderes del Estado y plasmar los derechos fundamentales de la persona en la norma constitucional. Esta corriente pretende centrarse en la persona, razón por la cual la nueva Constitución menciona más de una vez la vida digna de los ciudadanos como objetivo fundamental del Estado. La problemática surgió al contrastar el concepto jurídico filosófico de dignidad con el concepto de dignidad que menciona la nueva Constitución y establecer su relación.

El concepto de dignidad de la persona es un concepto abstracto que ha sido abordado por un sinnúmero de autores a lo largo de la historia de la filosofía y el derecho, razón por la cual resultaba contraproducente indagar en cada uno de ellos, ya que se encontraron múltiples definiciones innecesarias y confusas para el presente estudio. Por lo antes expuesto se consideró prudente utilizar el concepto del Dr. Javier Hervada Xiberta, catedrático en derecho natural, filosofía del derecho y derecho canónico de la Universidad de Navarra, mundialmente reconocido como palabra autorizada en la materia. La presente investigación apuntó a encontrar si existe relación entre el concepto jurídico filosófico de dignidad de la persona según el Dr. Javier Hervada y el concepto de dignidad de la Constitución del Ecuador.

El 20 de octubre del 2008, una vez aprobada la Constitución mediante referéndum del 28 de septiembre de 2008, el ex Tribunal Constitucional, con fundamento en lo previsto en el Art. 27 del Régimen de Transición, publicado en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre del 2008, con la Constitución de la República del Ecuador, asumió las funciones y atribuciones de la que sería la nueva Corte Constitucional (CC); es decir, se autoproclamó y se abrogó las funciones de interpretar las normas constitucionales, ejercer el control y administrar justicia a nivel constitucional. La mencionada resolución significó un cambio histórico ya que sería el primer paso en la transformación de un Estado de Derecho hacia un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Hasta aquel entonces, Ecuador había manejado un modelo constitucional francés, donde se concebía la Constitución como una declaración política de principios, como lo dice el catedrático de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Dr. Henry Taylor Terán dentro de su artículo: “*¿Qué implicaciones tiene el hecho de que Ecuador ha adoptado el neo constitucionalismo como ideología del Estado?*”:

“(…) Se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley, como la única manifestación jurídica idónea de la voluntad general, de tal suerte que la Constitución queda reducida en este esquema a un accesorio y dependiente de la formulación legal.” (TAYLOR TERÁN, 2009)

El neo constitucionalismo plasmado en la nueva Constitución propuso un nuevo modelo dentro del cual la Constitución se convierte en una norma jurídica, el Dr. Taylor Terán al respecto afirma:

“En cambio, con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, acercando el modelo continental europeo (francés) al modelo del Common Law norteamericano, debiendo recordarse que en la tradición jurídica norteamericana, quien crea el derecho es el juez constitucional y quién establece el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico es el control constitucional, siendo la propia Constitución considerada como una norma directamente aplicable, al tiempo

que se constituyen los fallos constitucionales en fuente del resto del ordenamiento jurídico.” (TAYLOR TERÁN, 2009)

El cambio del modelo francés al modelo del neo constitucionalismo implicó una nueva visión respecto de la Constitución y por ende, una nueva concepción del Estado.

La Corte Constitucional definió el nuevo orden constituido en sentencia interpretativa 001-08-SI-CC publicada en Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008 del 2 de diciembre de 2008, de la siguiente manera:

“En términos estrictamente científicos, propios de la teoría de la interpretación constitucional, no se trata de cambios meramente lingüísticos. Esa primera mención constitucional, de declarar al Ecuador dentro del paradigma del neo constitucionalismo latinoamericano, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Rectamente entendido, el Estado Constitucional de Derechos implica una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia.” (Sentencia Interpretativa , 2008)

Al observar detenidamente la sentencia de la CC se pudo apreciar la verdadera profundidad del cambio en el sistema constitucional del Ecuador. Sería un error pensar que se trataba únicamente de un cambio en sentido gramatical, las bases del Estado fueron radicalmente alteradas y en consecuencia, la naturaleza del derecho constitucional en todas sus formas. De esta manera se volvió a poner a la persona como fin último del derecho. El Dr. Alfonso Santiago, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Bs As, dentro de su artículo “*Neo constitucionalismo*” afirma:

“La Constitución, su contenido, sus principios y valores y su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la Teoría General del Derecho del Neo constitucionalismo. Hay una

profunda re materialización del derecho. Adquiere importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo de su perfección formal. Hay un intento de “remoralizar” el derecho, si bien realizado desde variadas perspectivas axiológicas.” (Santiago, 2008)

Se puede apreciar claramente la intención del neo constitucionalismo de acercarse más a la persona como centro del derecho. Esta nueva perspectiva creó cuestionamientos acerca de la real vinculación de la nueva corriente constitucionalista con la persona. El Dr. Alfonso Santiago lo refleja en su conclusión:

“Para finalizar, podemos señalar que tanto desde el derecho constitucional, como desde la filosofía del derecho habrá que seguir de cerca la evolución de esta nueva corriente del neo constitucionalismo para realizar una lúcida tarea de discernimiento que potencie sus posibilidades a favor del aseguramiento de la dignidad de la persona humana y esté atento para neutralizar sus riesgos y amenazas.” (Santiago, 2008)

Se determinó que el ordenamiento jurídico encuentra, o al menos debería hacerlo, su fin último en la persona, y es imposible separarla de su dignidad ya que se trata de un valor intrínseco del ser. Por otro lado, es imposible asegurar que el derecho pueda englobar a la persona en su totalidad. Valores meta jurídicos como el amor superan el rango de acción del derecho. Por ejemplo, se puede regular el matrimonio pero jamás se podría regular el amor ya que se trata de un bien superior a cualquier norma jurídica. Existen pensadores que consideran que la dignidad de la persona humana no debería ser obligatoriamente plasmada de manera positiva para reconocerla dentro del ordenamiento jurídico, pero si se lo llega a hacer, como es el caso del neo constitucionalismo que decidió darle un carácter positivo, se debe buscar la precisión en respetar el concepto filosófico de dignidad, caso contrario se podrían cometer crasos errores, como ya ha sucedido en la historia, en nombre del derecho. Es por esto que fue necesario realizar un estudio acerca del tema en cuestión, como lo dice el doctor Jaime Baquero De La Calle, catedrático de la Universidad de Los Hemisferios, dentro de su libro “*Ética para políticos y juristas*”:

“El estudio serio del Derecho requiere, por tanto, volver una y otra vez sobre el objeto y el destinatario último de toda norma: la persona. La norma escrita no será más que la punta del iceberg: un estudio verdaderamente humano requerirá adentrarse, con mayor profundidad, en la auténtica realidad humana, fuente de inspiración y criterio de interpretación universalmente válido.” (Baquero, 2009)

Queda claro entonces que fue menester del presente estudio adentrarse en la realidad humana para comprender el manejo del concepto de dignidad de la persona dentro del derecho, al ser de vital importancia utilizar un concepto filosófico de dignidad que posteriormente sea referido al ordenamiento jurídico como tal. Por esta razón, se tomó el trabajo del Dr. Javier Hervada, catedrático mundialmente reconocido en materia de *iusnaturalismo*, para evitar posibles desviaciones con otros conceptos de distintos autores que tocan un tema tan abstracto como la dignidad de la persona humana. Dentro de su libro: “*Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*”, en el capítulo denominado “*La Persona*” el Dr. Javier Hervada Xiberta aborda profundamente el tema de la dignidad a través de una análisis exhaustivo de la persona dentro de la filosofía y posteriormente dentro del derecho. El Dr. Hervada afirma:

“La dignidad de la persona humana se constituye en regla de comportamiento, regla o norma que tiene su fundamento y origen en la naturaleza humana y por ello es objetiva.” (Hervada, 2000)

La dignidad de la persona encuentra su fundamento en la naturaleza humana y por lo tanto, al ser la persona base fundamental del derecho, resulta imposible entender la existencia de un ordenamiento jurídico que no comprenda el concepto de dignidad dentro de sus principios fundamentales. La búsqueda de la relación que existe entre el concepto de dignidad plasmado en la Constitución del Ecuador con el concepto *iusnaturalista* de la dignidad de la persona humana reflejado en la obra del Dr. Javier Hervada Xiberta resultó un ejercicio jurídico necesario para comprender la realidad jurídica que vive nuestro país.

El objetivo principal de este proyecto fue establecer la relación que existe entre el concepto jurídico filosófico de la dignidad de la persona según el Dr. Javier Hervada y el concepto de dignidad de la Constitución. Los objetivos específicos fueron: Definir el concepto de la

dignidad de la persona según el Dr. Javier Hervada y sus ámbitos de aplicación, ubicar el concepto de dignidad en los fundamentos del derecho, definir el concepto de dignidad para la nueva Constitución a través del estudio del neo constitucionalismo, ubicar los artículos de la Constitución que hablen acerca de la vida digna y determinar la aplicación del concepto de la dignidad de la persona en la Constitución.

Dentro del primer capítulo nos concentramos en desarrollar el concepto de dignidad de la persona y su importancia dentro de la ciencia del derecho. Abordamos este tema concentrando la investigación en la obra del Dr. Xavier Hervada Xiberta. Hicimos especial énfasis en su concepto de la dignidad de la persona, a través del estudio de sus respetados conceptos de la persona, el derecho y su relación de la dignidad.

Por otra parte, dentro del segundo capítulo nos referimos al concepto de dignidad de la persona encontrado dentro de la Constitución del Ecuador. Ubicamos los artículos que hablaban acerca de la vida digna y tocamos brevemente las apreciaciones de la Corte Constitucional (CC) y el manejo del concepto de dignidad dentro del neo constitucionalismo latinoamericano.

En el tercer capítulo pretendimos establecer si existe o no relación entre el concepto jurídico filosófico de la dignidad de la persona según el Dr. Javier Hervada y el concepto de dignidad de la Constitución. Buscamos encontrar el punto de conexión entre las dos ramas del derecho, identificando una problemática que es menester de la presente exposición y en ese mismo sentido nos permite plantearnos: ¿De qué manera se relaciona el concepto jurídico filosófico de la dignidad de la persona dentro de la obra principal del Dr. Javier Hervada con el concepto de dignidad encontrado en la Constitución del Ecuador?

Finalmente, en el cuarto capítulo, encontramos las conclusiones y recomendaciones obtenidas como resultado de la investigación. La intención ha sido la de generar nuevos cuestionamientos para continuar con la búsqueda de la verdad y el desarrollo de dos ramas del derecho que consideramos trascendentales para la sociedad: la filosofía del derecho y el derecho constitucional.

CAPÍTULO UNO

EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA SEGÚN EL DR. JAVIER HERVADA XIBERTA

1.- La Persona.

El Dr. Javier Hervada Xiberta ha desarrollado ampliamente el concepto de la persona a lo largo de su valiosa e inconmensurable obra; es considerado uno de los pensadores más influyentes en el universo del derecho natural y palabra autorizada al momento de emitir criterios acerca del *iusnaturalismo*. Hervada aborda a la persona en primera instancia para después enfocarse en su dignidad y finalmente en su relación con el derecho natural. De esta manera decidimos seguir ese lógico camino para así comprender claramente el pensamiento del autor mientras guiamos su magnífico pensamiento hacia el objetivo del presente estudio del derecho.

Es fundamental mencionar que no pretendemos abarcar de manera exhaustiva la noción de persona en el pensamiento de Hervada ya que dicha empresa significaría pretender tratar en una sola investigación lo que muchos consideran la piedra angular de todo su pensamiento jurídico. Las proyecciones del pensamiento hervadiano, con énfasis en la persona, se manifiestan con autoridad no únicamente dentro del derecho natural sino también en la filosofía del derecho y el derecho canónico, por mencionar quizás tres de las áreas de su amplio desarrollo intelectual. Nuestros esfuerzos se centrarán en observar la condición de la persona humana y su dignidad como fundamento del derecho dentro del marco de la iusfilosofía hervadiana.

El profesor José Chávez Fernández, docente peruano de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, uno de los más importantes conocedores del pensamiento hervadiano en Latinoamérica, afirma que Hervada asume la tarea de ensayar una fundamentación del derecho en clave antropológica, es decir, colocando al ser humano como centro y catalizador de las reflexiones jurídicas.

La percepción de Chávez Fernández es justamente la principal razón por la que el presente estudio ha decidido utilizar el pensamiento hervadiano como eje fundamental. Es imposible dejar de reconocer la importancia de Hervada en ramas como el derecho canónico; sin embargo, consideramos que su mayor aporte para el menester de esta investigación radica precisamente en el ámbito antropológico, en consecuencia ponemos nuestra atenta mirada en el ser humano como el centro del derecho.

Al respecto, Chávez Fernández afirma:

“Por nuestra parte, creemos con Ismael Quiles que la pesquisa filosófico-antropológica resulta ser en nuestro tiempo una suerte de vértice esclarecedor por excelencia de todos los problemas humanos, y que el Derecho no es la excepción. Si dicha pesquisa se asume además desde una perspectiva existencial o metodológicamente fenomenológica —como es el caso, por ejemplo, de las indagaciones éticas de Karol Wojtyla—, se evidencia aún más claramente hasta qué punto el problema antropológico antecede ontológica y gnoseológicamente a cualquier otro asunto humano —llámese ético o jurídico— que pueda plantearse el hombre, por ser el ser humano mismo tanto el sujeto como el objeto de la pesquisa filosófica.”² (Chávez, 2010)

¹Afirma Ismael Quiles: “Entre todos los problemas que acosan al hombre los que más adentro le han llegado siempre son los problemas humanos [...] pero he aquí que para la solución de todos estos problemas, es indispensable haber resuelto primero con la mayor claridad posible el problema de la realidad del hombre mismo. Si no sabemos qué es el hombre, cuál es su última realidad, ¿cómo podremos ensayar una solución acerca de los demás problemas humanos, que no se plantean sino en función del hombre mismo?”, *La persona humana. Fundamentos psicológicos y metafísicos. Aplicaciones sociales*, 4 ed., Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 1-2.

²CHÁVES FERNÁNDEZ, José. “*La Condición de Persona como fundamento del Derecho en la Iusfilosofía de Javier Hervada*” Chía, Colombia. 2010. Una primera redacción de este trabajo fue presentada como conferencia en el *IV Congreso Sul-Americano de Filosofía do Direito / VII Colóquio Sul-Americano de Realismo Jurídico* celebrado entre el 6 y el 7 de noviembre de 2008 en la Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. El autor agradece los comentarios recibidos durante el congreso por parte de los profesores Juan Cianciardo, Pilar Zambrano y Luis Fernando Barzotto, así como también los comentarios del profesor Roberto Barros a la versión escrita. El trabajo

Chávez Fernández enfatiza la idea de que todos los problemas humanos pueden encontrar una respuesta esclarecedora en la antropología y que el derecho sería uno de aquellos conflictos en cuestión. Asegura que el problema antropológico sería anterior al derecho. El autor peruano continúa citando al mismo Karol Wojtyła:

³“Ésta experiencia que el hombre tiene de sí mismo es la más rica y, sin duda ninguna, la más compleja de todas las experiencias a las que tiene acceso. La experiencia que el hombre puede tener de alguna realidad exterior a sí mismo está siempre asociada a la experiencia del propio yo, de forma que nunca experimenta nada exterior sin al mismo tiempo tener la experiencia de sí mismo”. (Chávez, 2010)

Más allá de la percepción de Wojtyła, Chávez Fernández aclara de manera acertada que el pensamiento de Javier Hervada siempre se ha identificado estrictamente a la corriente ⁴tomista pues entiende con toda claridad que la condición de la persona propia del hombre viene a ser el concepto clave de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica.

1.1. Nociones generales.

Con respecto a la cuestión terminológica de la palabra persona y sus orígenes etimológicos, el profesor Chávez Fernández presenta las tres teorías admitidas como verosímiles que anota Hervada: a) la de origen etrusco de *phersu*; b) la del griego *prosopón* (*πρόσωπον*), y c) la romana de *personare*. Las tres teorías coinciden en identificar el significado de la palabra latina “persona” con el de “máscara”, como un elemento con el que el hombre se

forma parte del proyecto de investigación “Claves antropológicas de la filosofía jurídica de Javier Hervada” que el autor realiza para la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú.

³WOJTYLA, Karol. *Persona y acción*, trad. Jesús Fernández, Madrid, BAC, 1982, p. 3. Y en la Carta Encíclica destinada a examinar las relaciones entre la fe y la razón, ya como SS Juan Pablo II, escribía: “una simple mirada a la historia antigua muestra con claridad cómo en distintas partes de la tierra, marcadas por culturas diferentes, brotan al mismo tiempo las preguntas de fondo que caracterizan el recorrido de la existencia humana: ¿quién soy? ¿De dónde vengo y a dónde voy? ¿Por qué existe el mal? ¿Qué hay después de esta vida? Estas mismas preguntas las encontramos en los escritos sagrados de Israel, pero aparecen también en los Veda y en los Avesta; las encontramos en los escritos de Confucio y Lao-Zse, y en la predicación de los Tirthankara y de Buda; asimismo, se encuentran en los poemas de Homero y en las tragedias de Eurípides y Sófocles, así como en los tratados filosóficos de Platón y Aristóteles.

⁴Corriente que sigue el pensamiento de Santo Tomás de Aquino. (1225 – 1274 D.C)

muestra y lleva a cabo sus relaciones con los demás. El maestro peruano asegura que el término se desarrolló en dos líneas semánticas: a) la prevalente por la que el término se refirió al hombre, pero no en tanto criatura natural, sino en tanto su posición exterior o rol en la sociedad (origen remoto del sentido jurídico de persona); b) aquella por la que “persona” terminó designando a la persona en sí misma, como individuo humano (sentido vulgar del término persona).

Hervada hace notar claramente que ninguna de las mencionadas acepciones posee ni un sentido filosófico ni estrictamente jurídico completamente desarrollado y que habría que agregar una tercera acepción del término: el sentido propiamente filosófico, el que sugirió a partir del intento de la teología cristiana de esclarecer las controversias sobre la Trinidad y la Cristología de la antigüedad. Así es como se acuñó la noción filosófica de persona como un equivalente latino al griego *hypóstasis* (*ὑπόστασις*) en el sentido de subsistencia o sustancia de naturaleza espiritual (intelectual). Chávez Fernández explica que dicha noción fue asimismo aplicada al individuo humano al tener también una naturaleza racional – sentido filosófico u ontológico de persona-. “Tanto la primera línea semántica como la segunda coinciden claramente en referir el término persona a la criatura humana considerada en sí misma, por lo que se puede decir que la palabra persona en su sentido ontológico o primario se refiere al individuo humano en tanto tal.” (Chávez, 2010)

La filosofía del derecho se ha encargado de desarrollar conceptos como la justicia, el derecho, la norma y las relaciones jurídicas. Todos estos conceptos, completamente comunes para un entendido del derecho, tienen un fin último, un protagonista: el hombre. Hervada afirma que se habla del hombre, ya que únicamente del hombre es predicable el derecho y solamente en el mundo humano puede entenderse una realidad jurídica, pero en el momento en el que se habla del hombre en lo que al orden jurídico se refiere se utiliza el término persona, como palabra que evoca una dimensión o condición del hombre. Dentro de su obra “Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho” Hervada afirma: “Si en lugar de hombre utilizamos el vocablo persona es para dar a entender algo de lo que es el hombre y por lo cual es el centro del orden jurídico.” (Hervada, 2000). Cabe mencionar

⁵ Cfr. ASTABURUAGA OSSA. *Los fundamentos del derecho a la vida del nasciturus*, Roma, Pontificia Universidad Lateranense, 1999, p. 26. Cfr. también, desde una perspectiva más teológica, Luis Fernando Figari, *Reflexiones en torno a la Trinidad y a la Creación*, Lima, Fondo Editorial, 1992, pp. 7-15.

entonces que dentro del lenguaje coloquial se tiende a confundir y utilizar, erradamente, a manera de sinónimos las palabras hombre y ⁶persona.

Hervada continúa:

⁷“Como antes decíamos, persona –salvo en el lenguaje vulgar– no es otro modo de nombrar al hombre, sino un modo de designar al hombre en cuanto tiene un estatuto ontológico o jurídico-social determinados. Llamar al hombre persona es evocar unas precisas connotaciones de su ser o de su estar en la sociedad. Por todo ello, compete a la filosofía del derecho el estudio de la persona. (...) El fenómeno jurídico no es explicable sin la persona, entendida en su sentido ontológico; la juridicidad es una dimensión propia del ser de la persona humana –y sólo ella posee la estructura ontológica necesaria para que existan la norma, el derecho y, en consecuencia, las relaciones jurídicas o de justicia.” (Hervada, 2000)

Contrario al pensamiento de las corrientes positivistas extremas, el derecho (y todo lo que éste conlleva: normas, relaciones jurídicas, justicia, etc.) no puede ser analizado, ni mucho menos desarrollado, sin tomar en cuenta a la persona, y cada elemento propio del ordenamiento jurídico debería tenerla como base fundamental ya que caso contrario, estaríamos hablando de absurdos jurídicos incoherentes con su obligación principal. Hervada es sumamente claro al enfatizar el hecho de que únicamente la persona humana posee la estructura ontológica para que exista el derecho; es decir, el ordenamiento jurídico no podría caber en seres distintos. Hervada es muy claro en este punto al afirmar:

⁶Respecto de la distinción entre los conceptos de ser humano y persona (o si se quiere, de los conceptos vulgar y filosóficos de persona), son ilustrativas las siguientes consideraciones, tomadas del diálogo de Hervada con Escrivá en 2009, “(ESCRIVÁ):-Persona, en sentido filosófico es, pues, una noción distinta a la de hombre. (HERVADA) Desde luego. Esto es patente en el hecho de que quienes por primera vez emplearon el término persona para aludir a una categoría filosófica no lo hicieron para referirse al hombre sino a Dios, tal como lo sigue haciendo la teología católica. Así que, para decirlo en términos lógicos, la extensión de la noción de persona no se identifica con la del concepto de hombre o ser humano. Más importante todavía es que el término persona se usa para designar una determinada clase de subsistencia o hypóstasis: la subsistencia de naturaleza racional. Los términos «hombre» y «ser humano» son, por otra parte, nombres de una especie y, por ende, se refieren a la naturaleza más que a la sustancia o subsistencia”. Javier HERVADA y Javier ESCRIVÁ IVARS, *RLJH* (2), pág. 714.

⁷HERVADA X, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*” Ediciones Universidad de Navarra S.A: Pamplona, España. 2000. “Persona y hombre no son, hablando en propiedad, términos sinónimo por dos razones: porque persona también se aplica a Dios (v. gr. Así lo hace la teología clásica), de lo cual deriva que tantas veces se diga “persona humana” para referirse al hombre; y, sobre todo -de lo que nace lo anterior-, porque, si bien persona se aplica al hombre ya que tiene condición del persona, persona de suyo, tiene un doble sentido: o se refiere a tipo de ser, al que pertenece el hombre -pero no sólo el hombre, al menos hipotéticamente- (sentido filosófico u ontológico de persona), o designa al hombre en cuanto goza de una condición o estatuto en el orden social y jurídico (sentido jurídico de persona)”

“En cambio, del ser persona de nuestro universo no se puede dejar de predicar la juricidad, porque es una dimensión inherente a él; toda persona tiene necesariamente la dimensión de juricidad. En consecuencia, debemos tratar de la persona y de su posición en el ámbito jurídico.” (Hervada, 2000)

La juricidad es inherente a la persona, así que hablar de derecho nos lleva, obligatoriamente, a hablar de la persona humana y entender sus elementos. Precisamente uno de estos elementos es su dignidad, tema central de nuestro estudio, el cual abordaremos una vez que analicemos el pensamiento de Hervada sobre la persona y su relación con el derecho.

1.2. El Ser Persona

En el momento en el que nos adentramos en el mundo del *iusnaturalismo* resulta imprescindible abordar los conceptos filosóficos que constituyen el fundamento de la filosofía del derecho. Ha quedado previamente definida la diferencia entre el concepto de persona y hombre, y hemos apuntado además que la persona antecede al derecho, así que ahora nos compete definir claramente a la persona en sentido primario para después adentrarnos en su concepción jurídica.

Hervada utiliza como punto de partida las preguntas: ¿Qué es la persona?, ¿Qué es ser persona?, y apunta que la definición más antigua y aceptada a nivel universal de persona en sentido ⁸ontológico es la que expuso el filósofo romano de la antigüedad Boecio: “*Naturæ rationalis individua substantia*” (Sustancia individual de naturaleza racional) (Boecio cit.

⁸HERVADA X, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*” Ediciones Universidad de Navarra S.A: Pamplona, España. 2000. Hervada afirma acerca del sentido ontológico de término persona: “En nuestro lenguaje actual el término persona se utiliza primariamente en su sentido ontológico; cuando decimos persona nos referimos casi siempre a ese sentido. Incluso en documentos tan relevantes para el derecho como son las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos o las Constituciones de los Estados, esta palabra se usa en sentido ontológico, por lo que frecuentemente se habla de *dignidad de la persona* o de la *persona humana*, giros que sólo tienen sentido, si persona tiene en tales casos el significado ontológico: el hombre como ser persona.”

por Hervada, 2000). El autor advierte que, a través de esta definición, el constitutivo de persona reside en una ⁹sustancia, el acto de ser, de características determinadas.

El profesor peruano José Chávez Fernández indica que Hervada es tributario de la definición de persona de Boecio a partir de la recepción que hace de ésta Santo Tomás de Aquino. Si se olvida que la persona es sustancia y se reduce a alguno de sus atributos como la “autoconciencia”, se acaba por distorsionar su sentido ontológico. Al respecto, la profesora colombiana Dra. Ilva M. Hoyos, seguidora del pensamiento hervadiano y alumna del mismo maestro, menciona:

“A pesar de la expresa referencia que Hervada hace a la concepción boeciana de persona [...] la tesis hervadiana no adopta la interpretación esencialista de la persona según la cual la persona se encuentra en el orden de la esencia. La sustancia primera, hipóstasis o supuesto, sería un género, mientras que la diferencia específica sería la racionalidad. De manera tal que la nota que se le agregaría al supuesto para que un ser se considere persona es la racionalidad, que sería su constitutivo propio o formal y, por tanto, el origen y la raíz de todas sus propiedades, porque es una determinación de la naturaleza o esencia sustancial. Ésta sería la tesis boeciana de persona, pero no la tesis de Tomás de Aquino, fuente de la concepción hervadiana de persona”. (Hoyos M, 2005)

Existen otras corrientes más modernas que rechazan la idea de que el constitutivo de la persona sea la sustancia y mantienen la idea que el “yo” constituye a la persona; es decir, la persona tiene conciencia de sí misma y eso la constituye como tal.

El fenómeno ocasionado por Descartes dentro del pensamiento filosófico alteró el concepto de persona. La definición objetiva de persona (sustancia, esencia subsistente en el acto de ser) sufrió un cambio de perspectiva dirigido hacia la subjetividad; esto significa que se comenzó a entender el concepto de persona a través de la autoconciencia del propio yo, desde la capacidad de relación con un tú (otra persona, otro yo). Hervada, sin

⁹HERVADA X, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*” Ediciones Universidad de Navarra S.A: Pamplona, España. 2000. Acerca de la sustancia como constitutivo de la persona: “En sentido filosófico, como sustrato primario y fundamental del ser, que es el sujeto de los accidentes, de las potencias, de lo histórico del ser o cambio del movimiento.”

desmerecer el pensamiento de Descartes, afirma que es indudable que haber profundizado en la autoconciencia, en la apertura y trascendencia características de la persona, ha aportado un conocimiento más profundo de la verdadera riqueza que tiene la persona; sin embargo, Hervada aclara “*el problema está cuando se olvida la naturaleza racional como el sustrato en el que se fundamenta la persona, enfocando la atención hacia sus actos espirituales como si fuesen fundamento del propio ser personal.*” (Hervada, 2000) El pensamiento de Descartes define a la persona en relación a la autoconciencia. El hombre encuentra su garantía de existencia porque puede pensarse a sí mismo *cogito ergo sum*; pienso luego existo.¹⁰ Descartes asevera que la persona se identifica plenamente con el yo pensante, el yo consiente. Hervada es contundente al explicar que la autoconciencia de la que habla Descartes, siempre fue parte de la definición de persona, porque en ella se ve manifestada la plenitud del *ser* en *sí* pero la autoconciencia es *acto*, no sustancia.

Las corrientes subjetivistas basan su pensamiento en Descartes al decir que el concepto de la persona se constituye a través de la autoconciencia, para éstas corrientes, el constitutivo de la persona sería el “yo”. Hervada rechaza estas teorías ya que según su pensamiento no es posible que exista conciencia -conocimiento-, que es un acto de conocer, sin potencia cognoscitiva intelectual. Podemos decir entonces que todo acto depende de una potencia; la conciencia es un acto que encuentra su potencia en la sustancia. Hervada continúa refutando a los subjetivistas al decir que además el “yo” de la persona sería justamente la conciencia del ser y del existir, que permanecen inalterables de la historia de la persona. Dicha permanencia únicamente es explicable por la permanencia inalterable de la sustancia.

Así podemos entender que la definición de Boecio es correcta ya que se basa en la sustancia de la persona y no en una de las partes de la misma. Hemos dejado en claro que el constitutivo de la persona es la sustancia, y es ésta misma la que contiene las potencias y sus posibles actos como la conciencia. No basta con pensar en el “yo” para ser y existir, ya que es imprescindible el acto de ser para comprender a la sustancia. Por esta razón continuaremos el presente estudio con la definición de persona acuñada por Boecio,

¹⁰HERVADA X, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*” Ediciones Universidad de Navarra S.A: Pamplona, España. 2000 cit. a R. DESCARTES, *Les principes de la philosophie*, I, n. 9; cfr. A. BRIDOLI, Descartes. *Oeuvres et Lettres*. Paris. 1952. Pág. 574. Descartes entiende por pensamiento “todo aquello que suceden en nosotros de tal forma que lo percibimos inmediatamente por nosotros mismos. Por esta razón no solamente entender, querer, imaginar, sino también sentir es la misma cosa que pensar.”

debidamente validada por Hervada y correctamente abordada dentro de la investigación en la que nos encontramos inmersos.

La primera apreciación que Hervada realiza acerca de la definición de Boecio es la designación que hace el término persona a un individuo o ser singular. Es decir, el término persona no pretende expresar en ningún momento un universal, sino un ser específico existente, un ser concreto que en el caso de la persona humana significa el individuo humano. Hombre es un término que designa un concepto universal contenido dentro del género o especie humana. Persona, por otro lado, se encarga de designar al ser humano singular existente, el individuo humano. En palabras más simples, cuando se habla del hombre y sus características, se habla de un género y de una especie; cuando hablamos de persona, se trata del individuo humano. Son dos términos que vale la pena distinguir para evitar confusiones, sobre todo al momento de tratar la naturaleza humana y la persona humana.

El maestro español Hervada, fiel a su pasión por definir sus conceptos con claridad, explica que sería un craso error ¹¹predicar de la naturaleza lo que es propio de la persona y viceversa. La naturaleza no tiene existencia real fuera de la persona y la persona se caracteriza por poseer una naturaleza racional. De esta manera surge el cuestionamiento, ¿qué es lo predicable de la naturaleza humana?, el maestro responde al decir que de la naturaleza humana se predica –y a ella se atribuye- lo universal y común del hombre, aquello que es propio de la especie humana. Por ejemplo, los derechos y deberes que se fundamentan en el ser del hombre no encuentran el mismo fundamento en los atributos de la persona humana, sino en la naturaleza del hombre; por eso toman el nombre de ¹²“derechos naturales”. La persona vendría a ser el sujeto de tales derechos –titular-, sin llegar a ser ni su título ni su fundamento. El título y fundamento de los derechos inherentes a la persona humana es la condición de persona, lo que en la persona hay de naturaleza racional, más no su singularidad o individualidad.

¹¹HERVADA X, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*” Ediciones Universidad de Navarra S.A: Pamplona, España. 2000. Hervada amplía al distinguir: “Por otro lado, en el plano *real* –de la realidad existente- lo que se predica de la naturaleza se predica de la persona. Pero en el plano *conceptual* –de las distinciones científicas- es preciso saber distinguir entre aquello que se predica de la persona en lo que tiene de naturaleza, de lo predicable de la persona en lo que ésta aporta como ser singular; en este sentido, decimos que no debe confundirse lo predicable de la naturaleza como lo predicable de la persona”.

¹²Los derechos naturales también se conocen como derechos esenciales, tal como los enuncian los preámbulos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el Pacto de San José de Costa Rica (1969).

Una vez acordado que la naturaleza del hombre es parte de la persona; empero, no implica su singularidad, Hervada pregunta: ¿qué es lo que puede –y debe- atribuirse a la persona en cuanto designe un ser singular? El maestro español determina tres cosas que considera fundamentales para atribuir a la singularidad de la persona. A saber:

1.- Las condiciones singulares de existencia: los accidentes de cantidad, cualidad y tiempo. El pensamiento hervadiano afirma que, por lo tanto, es predicable de la persona la dimensión de historicidad que le es propia. Lo histórico del hombre es propio de la persona, así también la variedad y las diferencias entre los hombres se predicen de las personas por derivar de rasgos singulares.

Es decir, la singularidad de la persona se encuentra, en parte, en sus características denominadas los accidentes. Los accidentes, tomados del pensamiento de Aristóteles, se refieren a aquellos cambios que no afectan a la sustancia, aquellos que no implican generación ni corrupción. Los cambios accidentales suceden sin afectar la sustancia de la persona. Por ejemplo, un cambio accidental de cantidad sería que la persona se adelgazara ya que esto implicaría una pérdida en su cantidad de grasa o masa muscular; un cambio accidental de cualidad sería que la persona se vuelva morena después de permanecer bajo el sol porque su calidad de piel pasaría de blanca a morena, al menos momentáneamente, y un cambio accidental de tiempo sería cumplir años puesto que cada año que pasa la persona va cambiando. Más allá de la evidente sencillez de los ejemplos utilizados por motivos didácticos, es importante apreciar que dentro de los tres casos, la sustancia permanece inalterable.

2.- Es atribuible a la persona todo aquello que pertenece al hombre singular. Ser persona implica un modo típico de individuación, cuyas consecuencias son atribuibles a la persona; así, la incomunicabilidad y la autonomía.

Dentro del tema de la incomunicabilidad, Chávez Fernández sugiere: mientras que en los entes meramente corpóreos el principio por el que se hacen individuos es la materia, en los entes espirituales lo determinante es la incomunicabilidad. Gracias a ella el ente no es capaz de ser mera parte de una especie. La incomunicabilidad del espíritu convierte en

persona al ser humano, único e irrepetible, poseedor de una inminencia que le permite ser su propio dueño e irreductible al todo ¹³social.

La catedrática colombiana, ¹⁴Dra. Camila Herrera Pardo experta en el pensamiento de Hervada y guiada por el mismo maestro, realiza una apreciación más que acertada acerca de la incomunicabilidad de la persona al decir:

“La incomunicabilidad del ser humano es, a no dudarlo, la nota definitoria de su estatuto ontológico. Mas la extrapolación de esta nota puede llevar a equívocos por lo que conviene tener muy en cuenta que el hombre es incomunicable ontológicamente, es decir, en lo que respecta a su ser. No puede poner en común su ser para perderse en el universo, pero no quiere decir que no esté abierto al mundo exterior o que no interactúe con él.” (Herrera, 2010)

Se comprende claramente que la incomunicabilidad de la persona no se refiere a sus relaciones sociales con el resto de las personas, sino a su incapacidad de fundirse en otro u otros seres. Con respecto a la autonomía únicamente cabe aclarar que se refiere a la capacidad de la persona de tomar sus propias decisiones al poseer libre albedrío para manejarse libremente y decidir por sí mismo.

3.- La subjetividad: La condición de ser sujeto y sustrato de cuanto implica lo universal. La realización existencial del hombre. Así se atribuye a la persona la dignidad y la igualdad, es por eso que no se habla de la “dignidad de la naturaleza humana” sino de la dignidad de la persona. A pesar de que la dignidad proceda de la naturaleza humana, lo digno, dimensión singular, es la persona.

¹³ Cfr. Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 440. Javier Hervada lo explica también de otra manera: “La sustancia espiritual tiene una dimensión de trascendencia: el ser es un ser enteramente otro, lo que es consecuencia —conviene repetirlo— de su plenitud de ser. Esta dimensión de trascendencia se comunica a la parte corpórea del hombre en virtud de la unidad sustancial cuerpo-espíritu y se refleja en la entera persona. El hacerse común con los demás seres, que hemos visto en los entes materiales, representa una imperfección en el ser —un *quantum* de ser relativamente pobre— que, aunque lleva consigo una verdadera individualidad —sino no habría entes distintos—, se trata de una individualidad en cierto sentido débil, ya que el ente material es una parte de un todo más amplio, el universo, que lo engloba”; Javier Hervada, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Escritos de derecho natural*, ob. cit., p. 676.

¹⁴La Dra. Camila Herrera Pardo ha realizado su tesis doctoral en Filosofía del Derecho bajo la dirección del Dr. Javier Hervada Xiberta. Es considerada una de las *iusnaturalistas* más importantes de Latinoamérica. En la actualidad ocupa un cargo público en su natal Colombia.

Podemos apreciar que por vez primera dentro del presente capítulo se toca el tema de la dignidad de la persona. La persona como sujeto capaz de realizarse en relación al universo. El tema de la dignidad de la persona, eje central de ésta investigación, será ampliado más adelante en el capítulo.

Hervada agrega que la expresión “condición de persona” añade al término naturaleza humana la expresividad con que se subraya que la naturaleza humana es una naturaleza inminente y superior. La palabra persona sólo se ha aplicado y sólo puede aplicarse a los seres que tienen una especial eminencia ontológica en que consiste ser racional.

1.3. La persona: ser racional.

La definición de Boecio de persona “*sustancia individual de naturaleza racional*” nos indica que la persona es un individuo de naturaleza racional. Aquello que distingue a la persona y nos permite llamarla persona es precisamente su racionalidad. Hervada asevera que si al hombre lo llamamos persona (en sentido ontológico o filosófico) es porque de él predicamos la racionalidad.

En la definición de Boecio naturaleza racional equivale a espiritual. Al decir que el hombre es persona se puede afirmar que éste, además de su dimensión corpórea, tiene una dimensión espiritual que le proporciona el conocimiento racional, también conocido como intelectual.

Consideramos fundamental agregar que no se puede olvidar la individualidad de la persona; es decir, la persona es un ente o sustancia individual. Por este motivo, en su composición cuerpo-espíritu, no puede componerse de dos sustancias, puesto que su subsistencia (*hypóstasis*) es única. Por éste argumento, Hervada rechaza la idea platónica del cuerpo como cárcel del alma, ya que significaría la presencia de dos sustancias individuales. Cuerpo y alma tienen una ontología diversa, sólo se puede explicar la unión de espíritu y cuerpo como dos sustancias incompletas que al unirse forman una sustancia individual compuesta a modo de materia (cuerpo) y forma (alma). Son dos dimensiones del

cuerpo imposibles de separar que forman una única subsistencia (*hypóstasis*). Podemos afirmar entonces que la separación de cuerpo y alma causaría la muerte de la persona; el cuerpo no puede vivir sin el espíritu, ni el espíritu podría expresarse si no es a través del cuerpo.

Dentro de la unión sustancial de la persona (ánimico-corpórea/materia-forma) el espíritu constituye el principio de vida o existencia, el principio de unidad y el principio de orden. El cuerpo no puede vivir o existir independientemente del espíritu. Sólo puede vivir la sustancia completa. Sin el espíritu, el cuerpo muere porque una sustancia incompleta es incapaz de subsistir.

Así mismo, el espíritu es principio de unidad de la persona. La persona tiene dominio sobre su propio ser; un dominio que según Hervada, tiene la doble índole de ontológico y jurídico. En este caso, el conjunto de fuerzas, es dominado por el espíritu humano, lo que le confiere el carácter personal y la unidad.

Finalmente, la dimensión racional es principio de orden. El maestro español afirma que en virtud de su índole de forma o principio formador, la razón se convierte en la regla de la conducta de la persona humana.

Al respecto el profesor peruano Chávez Fernández apunta:

“Según la definición de Boecio, aquello que distingue al individuo humano de las otras criaturas es su ser racional o espiritual. La experiencia de lo humano muestra que la unión del espíritu y el cuerpo se da siendo dos dimensiones incompletas e inseparables que forman una única sustancia individual por cuerpo (materia) y el alma o espíritu (forma). La persona se une en virtud del acto de ser que percibe por su espíritu, el que se constituye en el principio de la unidad sustancial de toda persona humana.” (Chávez, 2010)

Hervada obtiene algunas conclusiones a partir de este planteamiento. En primer lugar, la persona se encuentra situada en otro orden del ser (la racionalidad) completamente diferente al de aquellos entes corpóreos. La persona supone una mayor participación en el

ser que hace del hombre una persona humana y no un individuo animal. Existe una abismal diferencia ontológica entre el animal y el hombre.

La segunda conclusión del maestro español es que el cuerpo humano no tiene un principio de vida propio ya que se trata de un componente incompleto meramente material. En palabras más simples, cuando el cuerpo se logra convertir en individuo independiente del ser engendrador allí existe necesariamente el espíritu y el nuevo ser humano, y por lo tanto, la persona. Es simplemente imposible hablar de una nueva vida humana que no sea persona.

La tercera conclusión es que el espíritu dará orden al compuesto entero. La razón se constituye como regla de la conducta personal. *“La racionalidad de toda regla de conducta o de todo obrar del hombre es la medida de su corrección.”* (Hervada, 2000)

Al respecto, la Dra. Camila Herrera Pardo apunta que Hervada, siguiendo la línea aristotélica, sostiene que el alma y el cuerpo no constituyen en ningún modo sustancias completas sino que más bien se trata de coprincipios sustanciales, es decir sustancias incompletas que se complementan. Ni el hombre, ni ningún ser vivo, podrían ser explicados haciendo alusión únicamente a su cuerpo. En ese caso, sería imposible distinguir entre el hombre vivo y el cadáver. El cadáver no se puede considerar hombre justamente porque no posee el principio de vida, el ánima. Alma y cuerpo no se yuxtaponen sino que conforman un solo ser. A lo largo de todo su proceso vital, no existe ni la mínima porción del cuerpo que no se encuentre animada por el alma, ni posibilidad alguna de que el alma actúe sino es a través del cuerpo. “

“Mientras dure el proceso vital, la poderosa mente humana, capaz de burlar las limitaciones de la muerte y de acceder a los más abstractos conceptos, es incapaz de barruntar una sola idea si no es a través de los procesos de sinapsis del sistema nervioso, pero el cerebro que no está animado por el alma no es más que una masa pálida condenada a la descomposición.” (Hervada, 2000)

Herrera Pardo afirma que la separación de cuerpo y alma conlleva la muerte del viviente. Indistintamente de que sea suposible pensar que el alma pueda tener una subsistencia

después de la muerte, mientras se desarrolla el proceso vital, cuerpo y alma se complementan de tal manera que la única forma posible de disolver este binomio sería de manera estrictamente conceptual.

Ahora bien, decir que el alma es racional o espiritual significa, pues, predicar la espiritualidad y racionalidad de la persona entera incluyendo, evidentemente, su corporeidad. Por ésta razón es incorrecto decir que únicamente el alma es digna o hacer una tajante distinción entre lo corpóreo y lo espiritual o lo corpóreo y lo personal. Lo corpóreo es también personal.

Podemos decir que la racionalidad de la persona la ubica en otro orden del ser, esto quiere decir que la persona humana es parte de una categoría superior de ser que supone una mayor participación en el ser. El hombre no es un animal sino un ser de orden superior y distinto. Hervada defiende que entre el reino animal y el hombre no hay simplemente una diferencial gradual, existe una diferencia de orden de ser. No hay una continuidad de grado de perfección entre el animal y el hombre, se trata de un salto de calidad, una diferencia enorme que permite llamar al hombre *persona* y al animal, simplemente *animal*. Es importante hacer hincapié en que para el pensamiento hervadiano, contrario al materialismo, el hombre no es un animal de la especie más perfecta, ya que en ese caso todos los animales podrían ser llamados personas y la palabra sería vacía sin otra significación que la de individuo, lo cual no funda ninguna prerrogativa ni derecho. El debate entre el pensamiento materialista y el pensamiento hervadiano no es tema de la presente investigación razón por la cual no ahondaremos en una discusión que merece su propio estudio y análisis.

3320084

1.4. La Persona: comunicación y socialidad, libertad, finalidad y debitud.

Hemos mencionado ya que el estudio de la persona humana que se encuentra a lo largo del pensamiento del maestro español Javier Hervada Xiberta es tan completo y extenso que sería un intento audaz, digno de pocos catedráticos, pretender recoger su magnífica obra en un solo proyecto; más aún, en un proyecto de la naturaleza de la presente investigación. El

tema central del documento es la dignidad de la persona; sin embargo, consideramos más que necesario abordar a la persona de manera que se pueda entender claramente el pensamiento hervadiano. Es por esto que, antes de ahondar directamente en el concepto de la dignidad de la persona humana, impera tratar sus características para comprender de mejor manera el contexto del estudio de la persona humana. Es importante destacar que cada una de las mencionadas características podría ser el tema central de un proyecto de investigación individual; por ésta razón, las trataremos brevemente y de la manera más didáctica para no alejarnos de nuestros objetivos y, en mayor medida, de nuestro tema central.

1.4.1. Comunicación y Socialidad.

Según Hervada justamente por esa incomunicabilidad de la persona, tema abordado anteriormente dentro del presente capítulo, el hombre puede comunicarse con otras personas sin la necesidad de hacerse común a ellos. La persona humana es incomunicable porque es un ser abierto a la comunión, un “*ser para el encuentro.*”¹⁵ La persona no sólo tiene la posibilidad de ser socio, sino que es socio de los otros por naturaleza. Esto quiere decir que la persona está configurada para relacionarse, y en consecuencia para crear vínculos.

La doctora colombiana Camila Herrera Pardo apunta que sobre la dimensión de comunicación que atañe a la naturaleza humana, Hervada se interesa en mostrar cómo los entes que participan del ser con menor intensidad son los que poseen el menor grado de apertura y los que menos se comunican. Una piedra, por citar un ejemplo de un ser inerte con muy poca participación de ser, no es capaz de tener contacto con los otros seres. Sería una locura pensar que la piedra pueda tener algún tipo de relación o vínculo social con otro ser. Herrera apunta que es la piedra, y no el hombre, la que se encierra en sí misma, por lo

¹⁵ Para Luis Fernando Figari: “El ser humano es *persona*, ser abierto a la comunicación, capaz de escucha y repuesta, de diálogo y comunión. El ser humano es una creatura abierta al encuentro, y habría que decir más: inmersa en el dinamismo del encuentro. Ante él, desde su libertad, puede responder en un sentido u otro, dependiendo su realización de la naturaleza de su respuesta. Este dinamismo siempre lo lleva más allá de sí, e incluso de aquellos semejantes a sí, en un hambre de infinito que respondiendo a su hondura más propia lo remite al único que es respuesta y que puede saciar ese hambre, a Aquel que es mayor significación: a Dios”; *La dignidad del hombre y los derechos humanos*, Lima, Fondo Editorial, 1991, pp. 13-14.

que cuando el hombre voluntaria o involuntariamente cae en el solipsismo y el aislamiento, se encuentra en una situación que violenta su dignidad.

Existen algunas corrientes antropológicas modernas que entienden la dimensión de comunicación del hombre de distinta manera. El liberalismo extremo hace un énfasis excesivo en la dimensión individual del hombre, negando su dimensión de comunicación social y reduciendo a la comunidad que surge del diálogo y la cooperación interpersonal a una relación sin vínculos de solidaridad. Por otro lado, existen corrientes que ven al hombre fundido en el todo social.

Desde el punto de vista del doctor peruano José Chávez Fernández, Hervada acuña el término “socialidad” por encima de “sociabilidad” para acentuar que el ser humano no sólo anhela vivir en sociedad sino que es socio por naturaleza de los demás¹⁶. “Justamente la perfección ontológica de la persona la hace un ser dialogal, no serlo constituiría una imperfección poco compatible con un ser que está dotado de inteligencia y voluntad libres.” (Hervada, 2000)

La relación social no agota a la persona sino que la enriquece sin necesidad de fusionarla y permite que la persona se mantenga como un ser autónomo. La persona no deja de ser persona en lo más mínimo por el hecho de relacionarse con otras personas. La persona es un ser que nace y vive en sociedad, guardando su autonomía radical por lo que es imposible reducirla a mera cosa, en definitiva, en sí mismo, es un ser jurídico por naturaleza. De ésta forma podemos denotar que la juricidad es parte de la naturaleza de la persona, y que deriva justamente de la dimensión de comunicación inherente a la persona.

La doctora Herrera Pardo considera que en virtud de esta dimensión el hombre forma lazos sociales con otros individuos, los cuales se distinguen radicalmente de los vínculos provenientes del instinto gregario animal por el hecho de comprometer los principios operativos más propiamente humanos: la inteligencia y la voluntad. El vínculo social

¹⁶ Cfr. Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 460-462. En otro lugar nos dice: “lo natural no es la mera posibilidad ontológica de relación social. No cabe entender la *socialidad* humana como sola capacidad ontológica, de suerte que hubiese podido existir un estado asocial o presocial humano. De entender así la socialidad humana, habría que suponer que la relación social nació de un hecho cultural (de la voluntad humana); pero esto no es posible, pues tal paso de una mera capacidad ontológica a la relación social actual habría afectado a la ontología humana [...] y esto no lo puede hacer la decisión humana. La socialidad es necesariamente un dato natural”; “Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit., pp. 126-127.

relaciona a los hombres en virtud de una comunicación que crea un deber de solidaridad y colaboración en la división de funciones.

Tal y como lo plantea la filosofía aristotélica, Hervada sostiene que la socialidad es parte de la condición humana, hasta el punto de llegar a ser una verdadera exigencia; sin embargo, Hervada va más allá del pensamiento de Aristóteles. Para la filosofía política aristotélica el hombre es naturalmente socio por el hecho de que si llegase a prescindir de tal socialidad ni siquiera sería capaz de desarrollar sus potencialidades humanas. Es dentro de la sociedad donde el hombre encuentra la estabilidad suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y el ocio suficiente para desarrollar sus inclinaciones típicamente humanas. El hombre se considera socio, básicamente, porque si prescinde de la sociedad no es plenamente él sino un ser carente de logos, más cercano a la bestial que lo divino. En conclusión, la sociedad se explica en razón de la miseria o debilidad del hombre¹⁷. En caso de que el hombre fuera lo suficientemente fuerte no existiría la necesidad de que se vea inmerso en vínculos sociales.

Por otro lado Hervada, fiel a la corriente aristotélica base de su pensamiento, reconoce el hecho fundamental de que fuera del contexto social el hombre no podría florecer ni desarrollar sus tendencias básicas como el conocimiento; sin embargo, destaca que la socialidad es más que un supuesto necesario, un medio de realización, sino que se halla dentro de los fines y perfecciones del hombre. Los principios de constitución del humano tienen como objeto el conocimiento y el amor, y en el mundo corpóreo sólo hay un ser que tiene la capacidad de realizar un intercambio cultural, porque su perfección lo admite: la persona.

La apertura del hombre hacia el universo y hacia los demás hombres, universos en sí mismos, es parte de su perfección. El hombre es un individuo capaz de abrirse al diálogo con el resto de hombres; superior a los seres inertes, incapaces de abrirse al diálogo. Herrera Pardo asegura que como consecuencia de la pertenencia de la apertura a la sociedad (socialidad) dentro de las perfecciones propias del hombre, se entiende que ésta pase a ser exigencia de la dignidad humana, que no es otra cosa, se ha de recordar, que la

¹⁷ Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, Introducción, traducción y notas, Manuela García Valdés, Madrid, Gredos, 2007, I, 2, 1252 b 6 y ss.

dimensión exigitiva de la bondad personal, y en este caso, de la bondad típicamente humana.

Hervada afirma:

“Que una de las perfecciones propias de la persona humana -constitutivas de su dignidad es ser-en-relación produce una vinculación o unión en la naturaleza (unidad del género humano, la comunidad humana) de una índole peculiar. La peculiaridad reside en que no es una unión o vinculación ontológica –física- (la persona es incomunicable), sino comunicación de orden intelectual, que lo que tiene de vinculación posee la índole de deber-ser.

¿De dónde nace la debitud? Nace de que el ser-en-relación propio de la persona humana es una perfección constitutiva de su dignidad y la dignidad –lo hemos dicho- es exigente- Y como la socialidad es fruto de la eminencia del ser personal o dignidad, la socialidad implica el deber ser de su realización, que es la solidaridad o acción común y solidaria” (Hervada, 2000)

La socialidad se dirige a todos los hombres y da origen a una comunidad mundial. No es necesario ningún otro tipo de requisito, allí donde se encuentran dos personas surge la socialidad sin que importe la nacionalidad, raza, sexo, etc. Se trata de un vínculo entre individuos que posteriormente podrá, o no, generar relaciones jurídicas con sus respectivos derechos y obligaciones. Hervada afirma que existe una solidaridad entre los miembros de la especie humana. Por la igualdad ontológica del ser persona, todos los individuos de la especie humana forman o deben formar parte de una comunidad que, a su vez, en parte se ordena a un fin global de la especie humana: la dominación universal, que no debe contraponerse ni imponerse al desarrollo individual.

No sólo el hombre tiene su propio fin y particular sino que además el fin natural es propio de la especie humana. El hombre se integra a un orden que trasciende su propia individualidad. Hay un orden humano superior al ámbito personal de cada individuo humano. No se trata de un orden que procede del hecho de compartir el mismo espacio físico entre varios individuos ya que existe una armonía de los hombres concretos al fin de

la especie humana. Hervada añade que el hombre tiene una estructura óntica que reclama y que tiende a la asociación, lo que nos indica que la sociedad de los hombres responde a la consecución de un fin que exige la colaboración de ellos.

La sociedad conforma un fin propio que va más allá de los fines y bienes individuales. La interacción social siempre ha de repercutir en el bien individual de los hombres. Hervada aclara que por estar la función social impresa en la naturaleza humana, la función social existe asimismo en función de las personas humanas, no en función de la sociedad. El hombre difunde su propia perfección y con ello perfecciona, no tanto a la sociedad como a los demás.

Así mismo, Hervada señala:

“(…) la actividad escapa del propio agente, sale fuera del él, y adquiere dimensión personal que la hace enlazar con las actividades de los demás hombres hasta formar un conjunto armónico de creaciones humanas que, insertándose en el universo, reincide en las personas humanas como a su fin próximo, aunque en orden al fin último del universo.” (Hervada, 2000)

Finalmente es importante decir que la socialidad humana se puede concretar de diversas maneras dando lugar a distintos tipos de sociedades, que pueden diferir entre sí en virtud de sus fines, y de los vínculos que pueden existir entre sus miembros. Los vínculos entre las personas configuran la base del estudio del derecho en todas sus ramas; en cada relación social es posible el nacimiento de la juricidad pero ahora podemos decir también que en cada persona encontramos el mismo sentido de juricidad por el solo hecho de ser persona.

1.4.2. Libertad.

Para el maestro Hervada la incomunicabilidad, tema ampliamente tratado a lo largo del presente capítulo, hace a la persona dueña de sí y de sus actos y le brinda la capacidad de apropiarse de su entorno en su desarrollo de acuerdo a sus fines. Esto significa que la

persona está dotada de libertad por lo que puede tomar decisiones originarias individuales sin que exista la influencia de una necesidad exterior o interior.¹⁸ Se trata de una libertad que el profesor peruano Chávez Fernández denomina como fundamental o radical, que se constituye en la persona como un autodomínio que no es absoluto ya que la persona humana es ser por participación y no por esencia, pero es tan real hasta el punto que ningún ser puede coartar su libertad. Para Hervada la libertad es dada, limitada y finita, pero real, y la hace responsable de sí y sus actos.¹⁹

Hervada afirma que la libertad está ordenada racionalmente al bien moral de la persona: si en un sentido en el bien y en el mal hay libertad, en otro sólo el acto bueno es propiamente libre. Por ello es claro que la libertad no constituye un sinsentido, es decir, tiene una finalidad, por ésta la libertad no es un absoluto, sino que encuentra límites intrínsecos que constituyen su rectitud.²⁰ Desde el punto de vista de Chávez Fernández, dentro de toda la iusfilosofía hervadiana, la libertad es una síntesis de la condición personal como fundamento del derecho: por la libertad la persona es por naturaleza un ser dueño de lo suyo y deudor de lo ajeno, un ser jurídico.

Es importante establecer que, según el pensamiento de Hervada, la libertad no es uno de los fines del hombre, no es algo que deba ser alcanzado sino que forma parte de la configuración del ser y no de su deber ser. El hombre tiene la capacidad de actuar en el

¹⁸ Explica con detalle el profesor español: “Es evidente que la no vinculación del apetito o facultad de querer a un bien particular sólo puede ser posible si el bien particular tiene dos características: por una parte, ejercer una atracción, cosa que ocurre si el ser u objeto de que se trate realiza de alguna manera el objeto natural de la facultad de querer... Por otra parte, la no vinculación o libertad se asienta en que el bien atractivo no realice totalmente el objeto natural de la facultad de querer; sólo si lo realiza parcialmente, la atracción será parcial y, por lo tanto, no necesaria ni irresistible”; Javier Hervada, *Cuatro lecciones de derecho natural*, ob. cit., pp. 22-23.

¹⁹ Cfr. Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 453-455. Para Ignace Lepp, desde una aproximación existencial complementaria a la postura tomista de nuestro autor: “La libertad es la cualidad fundamental del ser espiritual, encargado de la realización de su propia vocación. Es, de entre todos los atributos de suyo, aquel al cual menos derecho tiene a renunciar, puesto que esto significaría descender, no sólo moral sino también ontológicamente [...]. El hombre es libre exactamente en la medida en que es hombre, en la medida en que trasciende la naturaleza”, Ignace Lepp, *La existencia auténtica*, trad. Alicia B. Gómez, Buenos Aires, Ed. Carlos Lohlé, 1977, pp. 58-59. Cfr. Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 453-455. Para Ignace Lepp, desde una aproximación existencial complementaria a la postura tomista de nuestro autor: “La libertad es la cualidad fundamental del ser espiritual, encargado de la realización de su propia vocación. Es, de entre todos los atributos de suyo, aquel al cual menos derecho tiene a renunciar, puesto que esto significaría descender, no sólo moral sino también ontológicamente [...]. El hombre es libre exactamente en la medida en que es hombre, en la medida en que trasciende la naturaleza”, Ignace Lepp, *La existencia auténtica*, trad. Alicia B. Gómez, Buenos Aires, Ed. Carlos Lohlé, 1977, pp. 58-59.

²⁰ Cfr. Javier Hervada, *Los eclesiasticistas ante un espectador*, 2 ed., Pamplona, Eunsa, 2002, pp. 31-32. Sobre el tema de la moral en el pensamiento de nuestro autor puede verse el trabajo “Lo antropológico y lo epistemológico en la relación entre derecho y moral en Javier Hervada”, en José Chávez-Fernández P. (comp.), *Derecho y moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2010, pp. 356 y ss.

modo propio en el que el que el ser racional se dirige por voluntad propia a un fin, y de allí que, dado que el dirigirse exige un término, se ha de entender que la moción libre de la voluntad existe y se justifica en virtud de un fin.²¹

La doctora Herrera Pardo agrega que la libertad es siempre *para algo*, que por otra parte se halla parcialmente inscrito en las inclinaciones naturales del hombre, por lo que cuando por alguna razón (por desgracia para la humanidad no demasiado infrecuente) la libertad es usada “para” optar por el mal, ya no se trata de la libertad en sentido estricto sino de una cierta perversión. Por ésta razón Tomás de Aquino afirma que la elección del mal es signo de libertad, más no la libertad en sentido propio.

El concepto de libertad del pensamiento de Hervada es completamente distinto al concepto acuñado por el liberalismo, el cual defiende que la libertad es poder hacer todo aquello que deseo siempre y cuando no afecte un límite establecido: el resto de personas. Dicho límite sólo opera en la medida en que los derechos del resto de las personas se encuentren reconocidos/sancionados por la ley. Producto del concepto liberal Hervada se pregunta: si los demás son el obstáculo y el límite de la libertad, ¿no estaría mejor el hombre fuera de ella? Si la ley coarta la natural libertad del hombre, ¿no sería preferible un Estado anómico? La doctora Herrera Pardo apunta que basta ver las teorías del contrato social (excepto la de Locke) para percatarse de la visión negativa que genera este concepto de libertad; existe entonces una conexión directa entre la visión conflictiva de la libertad y la disolución de los vínculos de la sociedad.

Es evidente la diferencia que existe entre la visión finalista, que entiende el sentido de la libertad en la propia dignidad humana, y la concepción del liberalismo. Según la primera, los actos de autodestrucción, individuales o sociales, jamás podrían ser considerados actos propios de la libertad o libres en el sentido estricto de la palabra. Desde el punto de vista de la segunda perspectiva, el hombre es completamente libre de autodestruirse, siempre y

²¹ “La libertad no está en el orden de los fines, esto es, de algo que por naturaleza aún no es y debe alcanzarse, sino que está en el orden del estatuto natural del hombre; en otras palabras, algo que por naturaleza ya tiene y posee el hombre en el orden del ser, bien como dimensión ontológica, bien como derechos naturales. De suyo —y fíjate bien que digo de suyo, o sea por naturaleza— la libertad no está en el orden de lo conquistable, sino en el orden de lo poseído. En este sentido, la libertad no está en el orden de la finalidad —en el orden de las inclinaciones naturales o «aspiraciones» en la acepción en la que vengo empleando este término—, sino en el orden de lo que el hombre posee para alcanzar «humanamente», esto es, de acuerdo con su ser y con su dignidad —y con ellos el deber-ser que contienen—, sus fines naturales”. (Javier HERVADA, *Los eclesiasticistas ante un espectador*, ob. cit., pág. 23.

cuando no afecte a los demás, ni transgreda lo establecido en la ley. A partir de este modo de pensar comienza el debate acerca de la legislación acerca del suicidio o la eutanasia, temas que ameritan un largo estudio de investigación y que son ajenos a los objetivos de estudio central del presente documento.

La libertad es, ante todo, una capacidad de automoción hacia los fines cuya realización no se impone de manera fatal o necesaria. Herrera Pardo la define como una espontaneidad del acto, cuya característica específica, se encuentra en que la acción es causada por dos principios internos en particular: la inteligencia y la voluntad. Hervada sostiene que, en tanto proceda de la voluntad humana, la libertad supone una facultad electiva y una suerte de indiferencia respecto de los actos posibles, que sin embargo, no son absolutas. Para entender claramente este punto es importante revisar el pensamiento del maestro español acerca de la voluntad.

Hervada asevera:

“(…) la voluntad humana es una potencia y, como tal, es indiferente en sí misma para sus actos. Esta indiferencia de la voluntad es doble: indiferencia de contradicción, para obrar o no obrar; e indiferencia de contrariedad o especificante, para querer determinado objeto. Siendo la voluntad una potencia indiferente con doble indiferencia, se requieren en toda acción voluntaria dos determinaciones: una que supera la indiferencia del obrar, moviendo a la voluntad a la producción efectiva del acto o *motio quod exercitum*; otra, que le impulsa a querer tal objeto determinado: es la *motio quod specificationem*”²² (Hervada, 2000)

Ahora bien, para superar la indeterminación originaria de la voluntad se requiere de la intervención de las dos potencias humanas: la voluntad, que se mueve a sí misma y causa la acción que le señala la razón, y la inteligencia que señala el bien específico al que se ha de atender.

1.4.3. Finalidad.

²² Javier HERVADA, *OU*, pág- 111. Sobre la relatividad de la indiferencia de la voluntad ver: TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q 90, a. 1. Ad 1. ob. cit., pgs.

Dentro del pensamiento hervadiano la finalidad es el sentido, la dirección a un fin perfectivo. Todo ser inteligente obra por un fin, de tal manera que la finalidad de un acto puede revelar a su autor; para obrar con finalidad se requiere previsión, éste obrar con un fin es exclusivo de un ser inteligente, capaz de prever. Un acto sin fin no puede ser considerado ni racional ni voluntario. De ahí se desprende que todo agente inteligente obre por un fin, con un sentido o una finalidad.²³ A diferencia de las demás criaturas que se dirigen a sus fines movidas por factores meramente externos, lo que mueve a la persona es una fuerza intrínseca.²⁴ Podemos afirmar que la consecución de los fines racionales constituye la felicidad personal. En palabras del maestro español, el principio de finalidad comporta la perfección del hombre a través de la consecución de sus fines, que es tanto obediencia a la voluntad divina creadora como exigencia propia de la naturaleza humana.

1.4.4. Debitud.

En palabras del maestro español, la naturaleza del “deber-ser” es:

“todo aquel bien o toda aquella conducta, que en relación con el ser de la persona humana tiene la nota de deuda o debida (podemos indicarlo con más precisión con un neologismo: *debitud*; con menor precisión: *exigibilidad*). La *debitud* indica la condición de debido, de algo que debe ser, pero que, por la libertad del hombre, puede no ser” (Hervada, 2000)

El deber-ser también tiene origen en la eminencia de ser de la persona. El profesor peruano Chávez Fernández afirma que la persona es tan intensamente ser que hay dimensiones de su ser y su desarrollo (realización personal), que *deben ser*, aunque de hecho puedan no darse. Para Hervada no existe mayor distancia entre el ser y deber ser puesto que el deber no es una formalidad, sino un bien que se puede presentar en distintos modos, todos vinculados con lo que la persona es metafísicamente. Chávez Fernández cita a Hervada:

²³ Cfr. Javier Hervada, *Cuatro lecciones de derecho natural*, ob. cit., p. 28-29.

²⁴ Javier Hervada, “Trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, en *Escritos de derecho natural*, ob. cit., p. 225.

“No hay pues que confundir el deber-ser con su captación y expresión intelectual como juicio de deber-ser [...] que es una operación de la razón, que conoce e impera. Este imperio de la razón no es un producto original de la potencia racional, sino aprehensión y manifestación del deber-ser que está en el orden del ser” (Chávez, 2010)

Chávez Fernández asegura que desde esta perspectiva la libertad del hombre consiste de modo radical en asumir conscientemente el propio ser, tal como nos es dado.²⁵ Hervada defiende que, si bien no todo deber ser tiene una relación inmediata con la naturaleza humana como es el caso del Derecho Positivo, incluso lo positivo es deber ser en virtud de que es expresión mediata del ser de la persona. No puede existir un “deber-ser” indigno; si no dignifica a la persona inmediata o mediatamente, no obliga.

De esta manera nace el polémico debate acerca del respeto que deben tener las normas hacia la dignidad de la persona humana. Hemos determinado que la persona es el fin del derecho, por lo tanto resultaría ilógico que una norma jurídica vaya en contra de su dignidad o la transgreda en cualquier medida. La norma escrita no obliga a la persona si ésta no la dignifica, y mucho más a nivel Constitucional, donde se normalizan los derechos fundamentales y principios generales. La debitud es consecuencia de la finalidad y de la libertad en que se manifiesta la rica condición personal humana.

²⁵ De hecho, en esta idea está contenida la respuesta original hervadiana a la conocida acusación de “falacia naturalista” que pesa contra los iusnaturalistas por parte de la analítica. Esta respuesta se desarrolla —entre otros lugares— en el libro *“Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho”* pp. 62-66. Según José Chávez Fernández, el argumento hervadiano es sólido, pero exige que el interlocutor admita primero la metafísica como tesis de fondo. Creemos que la virtud de otros argumentos —como el del iusnaturalismo en clave analítica de Finnis— tienen la ventaja metodológica de plantear la debilidad del argumento en cuestión sin exigirle al interlocutor admitir primero la metafísica. John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 66 y ss. Esto que a nuestro juicio es una fortaleza en el debate iusnaturalismo frente al iuspositivismo, puede sin embargo parecer también una debilidad por lo que no se lleva la discusión —como parece ser la intención de nuestro autor— al terreno de las contradicciones de fondo.

2.- La Dignidad de la Persona Humana.

Para Hervada, la dignidad humana²⁶ tiene aspectos tanto absolutos como relativos. Es importante decir que de la comprensión de la relación entre estos aspectos depende la correcta interpretación de la dignidad dentro del pensamiento del maestro español Javier Hervada Xiberta.

El profesor peruano José Chávez Fernández, experto en el pensamiento hervadiano, agrega oportunamente el hecho de que Hervada rechaza tanto la idea de una dignidad absoluta como la de una dignidad exclusivamente relativa al perfeccionamiento humano y completamente tributaria de sus fines, es decir, una dignidad meramente moral. Para Hervada, ninguna de las dos corrientes considera a la dignidad dentro de su racionalidad ontológica. “La primera deviene en ilimitada y anómica, mientras que la segunda deja en indigencia ontológica al ser humano supeditando su valor exclusivamente al enriquecimiento personal fruto de su obrar”. (Chávez, 2010)

Hervada hace énfasis en que el término “dignidad” hace referencia a la idea de grandeza y de superioridad, a mayor perfección del ser, mayor será su dignidad; sin embargo, al ser la dignidad predicable de todo sujeto humano, se trata de algo completamente absoluto que no depende de ningún tipo de valoración subjetiva. Existe algo objetivo que hace eminente a la persona, sujeto de la naturaleza humana, lo que la doctora colombiana Ilva Hoyos, fiel intérprete del pensamiento hervadiano, denomina como “dignidad referida al ser” o “dignidad ontológica.”

Hervada, siguiendo el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, afirma que la dignidad de la persona es absoluta y pertenece a la esencia en tanto que se trata de una perfección del ser que informa a todo el compuesto humano. Chávez Fernández apunta:

“La dignidad radica en la persona, pero en virtud de su naturaleza porque ésta hace al compuesto humano —no sólo por sus cualidades o condiciones individuales, sino

²⁶ La dignidad de la persona ha sido ampliamente estudiada por la Dr. Ilva Hoyos, quien ha desarrollado trabajos referentes en la materia de la noción de dignidad en Hervada; cfr. Ilva Myriam Hoyos, *De la dignidad humana y de los derechos humanos*, ob. cit., pp. 87-100; y de la misma autora, “La dignidad humana”, en Pedro Rivas (ed.), *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, ob. cit., pp. 93-115.

en tanto persona— distinto de las criaturas meramente materiales, con un quantum de ser distinto, (...) Es por ello que la expresión “dignidad inherente a la persona humana” tiene pleno sentido y rigor: las cosas que son inseparables, propias, “inherentes” a los individuos, lo son por naturaleza.”²⁷ (Chávez, 2010)

Hervada obtiene dos conclusiones preliminares fundamentales que se luego se verán ampliadas: 1) todos los hombres tienen igual dignidad; y, 2) la dignidad no admite grados ni de los hombres entre sí, ni en un mismo hombre respecto de su grado de madurez.

Según Hervada, la eminencia ontológica y objetiva de la que hemos hablado no se podría considerar enteramente absoluta ya que únicamente el Ser Subsistente (Dios creador) es enteramente digno. En este caso, el hombre participa del ser de Dios y por ésta razón sólo es persona de manera limita y finita con respecto a Él (ésta finitud hace que el hombre depende ontológicamente de Dios tanto en su ser como en su dominio personal; Dios no lo crea únicamente sino que lo mantiene existiendo como tal). La dignidad humana tiene que ver con los fines esenciales a los cuales tiende naturalmente el hombre; sin embargo, el ser humano no tiene dignidad únicamente en razón a la consecución de sus fines, sino también en razón de su eminencia, más allá del nivel de moralidad que pueda alcanzar. La dignidad humana es inherente al ser y tiende a lo bueno, a la consecución del bien, por ello hay cosas indignas, contrarias a la dignidad humana.

En resumen, podemos decir que, en atención a las características enunciadas acerca de la dignidad de la persona, el ser humano tiene más valor que el resto de las criaturas o seres de la existencia. La dignidad de la persona ni siquiera tiene punto de comparación con el resto de seres, ya que posee un valor por sí misma, independientemente de cualquier tipo

²⁷ A juicio del profesor Chávez Fernández, en Hervada este *quantum* de ser no es un mero hecho, sino riqueza ontológica, metafísica. Por lo que cree no es posible existir siendo humano y no ser portador de tal *quantum* de ser, como al parecer se ha sugerido como insuficiencia explicativa de la tesis hervadiana; cfr. Juan Cianciardo, “Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos”, en Pedro Rivas (ed.), *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, ob. cit., p. 142. En opinión de Chávez Fernández la noción hervadiana de dignidad si bien es dependiente de la riqueza ontológica del compuesto humano, lo es en tanto expresión de su participación trascendente en Dios. Quizá el lugar que en las *Lecciones propedéuticas* ocupa el tema de la dignidad humana —desarrollada como un rasgo ontológico más en medio de otros y separado del tema de la trascendencia en el derecho— abone en la confusión de no entender la dignidad humana como la manifestación —desde la perspectiva del respeto moral que exige— de la riqueza metafísica antropológica, riqueza que no es inmanente —no depende de ninguna cualidad humana en particular en potencia o en acto—, sino trascendente, al depender de la participación ontológica divina. Desde nuestra interpretación, también para Hervada la dignidad humana no es inmanente, sino trascendente, pues radica en última instancia en la teologalidad humana como participación y vocación de Dios; Cfr. José Chávez-Fernández P., “Persona humana y cosa justa natural en el diálogo multicultural”, en Daniel Herrera (comp.), *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y multiculturalismo*, Buenos Aires, Educa, 2008, pp. 389-390.

de valoración subjetiva; y, por otro lado, la persona puede ser más o menos digna – moralmente hablando- dependiendo de la consecución de los fines propios de su naturaleza.

“(…) la dignidad humana consiste en la eminencia o excelencia del ser humano, mediante una intensa participación en el más alto grado de ser, que lo constituye como un ser dotado de debitud y exigibilidad en relación a sí mismo y en relación a los demás hombres. En otras palabras, se trata de un ente cuyo orden del ser comprende el orden del deber ser” (Hervada, 2000)

En resumen, la dignidad de la persona es un concepto que a simple vista puede parecer distante del espectro jurídico; empero, hemos dejado en claro que es parte fundamental de la persona, y por ende parte fundamental del derecho. El concepto de Hervada nos permite definir los límites acerca de la dignidad de la persona y estructurar nuestra investigación a partir de su pensamiento. La comparación del concepto según Hervada con el concepto de dignidad contemplado dentro de la Constitución nos brindará nuevas apreciaciones aplicables al correcto análisis del derecho, y seguramente nos planteará nuevos cuestionamientos que enriquecerán el debate jurídico en nuestra sociedad.

CAPÍTULO DOS

EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

1.- La dignidad en la Constitución.

La Constitución de la República del Ecuador es una norma suprema de carácter estrictamente neo constitucional. El neo constitucionalismo se basa en la búsqueda constante de reflejar los derechos fundamentales de la persona, establecer un límite a los poderes tradicionales del Estado y colocar a la persona como el centro del ordenamiento jurídico. La Carta Magna hace referencia a la dignidad y la “vida digna” de la persona, razón por la cual surge el cuestionamiento acerca de cuál es el fundamento *iusnaturalista* en el que se basaron nuestros asambleístas constituyentes al momento de redactar la norma suprema que nos rige. Así mismo, es importante agregar que el “Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017” (PNBV), documento destinado a direccionar la generación de políticas públicas en relación a la consecución de los doce objetivos nacionales para alcanzar el buen vivir, menciona a la dignidad de la persona como uno de los pilares fundamentales del Estado. Si bien, nuestro estudio se concentrará en la Constitución, es importante hacer referencia al PNBV para comprender el desarrollo del concepto de la dignidad de la persona en nuestra legislación.

Una vez aprobada la nueva Constitución, el ex Tribunal Constitucional, basado en el Art. 27 del Régimen de Transición, asumió las funciones y atribuciones de la que sería la nueva

Corte Constitucional (CC); de esta manera se instauró una nueva forma de ejercer las funciones de interpretación de las normas constitucionales, el control y la administración de justicia a nivel constitucional. Una transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

El doctor Ramiro Ávila Santamaría, catedrático ecuatoriano involucrado con el mencionado proceso de cambio constitucional, explica la diferencia entre el antiguo Estado de Derecho y el nuevo Estado de Derechos dentro de su obra “El neo constitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008”:

“Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del estado, en relación al derecho, tendríamos tres modelos: el estado sobre el derecho (estado absoluto), el estado de derecho, el estado de derechos. En el estado absoluto, el derecho está sometido al poder; en el estado de derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que Luigi Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”. En el estado de derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.” (Ávila Santamaría, 2011)

A su vez, la Corte Constitucional, en sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, publicada en Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008 del 2 de diciembre de 2008, definió este nuevo orden constituido dentro de la corriente del neo constitucionalismo, de la siguiente manera:

“En términos estrictamente científicos, propios de la teoría de la interpretación constitucional, no se trata de cambios meramente lingüísticos. Esa primera mención constitucional, de declarar al Ecuador dentro del paradigma del neo constitucionalismo latinoamericano, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Rectamente entendido, el Estado Constitucional de Derechos implica una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su

interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia.” (Sentencia Interpretativa , 2008)

Al analizar detenidamente la sentencia de la Corte Constitucional, se puede observar el énfasis que se realiza en acentuar la revolución conceptual y doctrinaria que implica la adopción del neo constitucionalismo. El Estado Constitucional de Derechos implica una nueva formulación desde las bases hasta los objetivos más elevados del Derecho en su naturaleza y génesis; uno de los objetivos más altos es precisamente la persona y por lo tanto, su dignidad.

La Constitución se convierte en una norma jurídica que debe ser aplicada por todos los ciudadanos y jueces del país. Los derechos fundamentales pueden ser exigidos ante jueces ordinarios; es decir, la jurisdicción constitucional ya no radica únicamente en la Corte Constitucional. Al respecto, el catedrático ecuatoriano Henry Taylor Terán, apunta oportuna y acertadamente:

“En el constitucionalismo ecuatoriano los derechos fundamentales son justiciables ante los jueces ordinarios, de primer y segundo nivel, quienes ejercen el control concreto, en primera y segunda instancia, respectivamente. Todos los jueces ordinarios ejercen jurisdicción constitucional de dos formas: a) Al conocer de demandas presentadas por cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad en ejercicio de las garantías jurisdiccionales (Art. 86 de la Constitución); y, b) Al momento de suspender la tramitación de una causa por considerar que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 428 de la Constitución). Adicionalmente, al tener la Constitución un carácter normativo y por ende de aplicación directa y eficaz, le es imperativo al Juez ordinario en el ámbito especializado de su competencia, usar transversalmente la Constitución en la resolución de las causas puestas a su conocimiento.” (TAYLOR TERÁN, 2009)

Dentro de este nuevo orden jurídico, la Constitución debe ser utilizada por los jueces de forma transversal; esto quiere decir que, contrario a la práctica de aplicar la norma suprema únicamente en casos especiales y por organismos específicos, ésta se vuelve una herramienta fundamental al momento de juzgar y dictar sentencias. De todo esto se desprenden algunas funciones para los jueces en lo que concierne al control constitucional. La función que interesa principalmente a la presente investigación, radica en la aplicación de principios por sobre las reglas. Se trata de un aspecto preponderante del neo constitucionalismo, ya que la Constitución se convierte en un instrumento de aplicación directa y eficaz. Los principios dejan de ser simples enunciados para convertirse en normas de aplicación obligatoria, y la dignidad de la persona es precisamente uno de los conceptos contemplados dentro de estos principios.

La Corte Constitucional (CC), dentro de la misma sentencia interpretativa 001-08-SI-CC antes referida, define la aplicación directa de la Constitución y sus alcances, de la siguiente manera:

“Esta transformación progresiva de la Constitución hasta llegar a ser una norma, implica por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma. Lo anterior, como bien señala Ignacio de Otto, trae sustanciales secuelas frente a la interpretación de la Constitución; a saber:

- a) Habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico, conforme al texto constitucional;
- b) Habrán de examinarse, a la luz del texto constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conformes con el texto constitucional y con el llamado doctrinariamente bloque de constitucionalidad;
- c) En la aplicación concreta del Derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de extraer de ella la solución a cualquier litigio o problema jurídico; y solo si ésta no dice nada, se aplicarán las normas secundarias; y,

d) La condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas preconstitucionales (*ipso constitutione*) y general, previa petición de parte, para las normas infra constitucionales posteriores a la Constitución.

La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional, es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional.” (Sentencia Interpretativa , 2008)

Es fundamental hacer énfasis en la determinación que realiza la CC, al mencionar que todos los ciudadanos y operadores jurídicos deberán tomar el texto de la Constitución es su totalidad como una premisa decisiva, igual que cualquier otra norma. Se entendería entonces que la norma constitucional se convierte en una herramienta completamente válida para el ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la misma Constitución.

De esta manera, se desprende que el neo constitucionalismo busca situar a la persona como fin último del derecho, priorizando los principios fundamentales²⁸ del derecho antes que la normativa estrictamente positiva. El Dr. Alfonso Santiago, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Bs As, afirma:

“La Constitución, su contenido, sus principios y valores y su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión

²⁸ Ver LUIGI FERRAJOLI, *Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales*, p. 65, Trotta, España, 2001. En el paradigma del Estado Liberal, la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada fuente suprema e ilimitada del derecho. En el paradigma garantista no solamente se programan las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además, se diseña sus contenidos sustanciales y se los vincula normativamente con los principios de justicia derivados de los derechos fundamentales inscriptos en las Constituciones definidas como un sistema de reglas formales y sustanciales, y que, en su naturaleza de pacto fundante, están dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil. En este contexto señala que: “La esencia del constitucionalismo y del garantismo” lo que denomina democracia sustancial, “ reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscripta y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de la libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer” (Ver Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en Christian Curtis –Compilador- Desde otra mirada, p. 257, Eudeba, Argentina 2001.

jurídica, de la Teoría General del Derecho del Neo constitucionalismo. Hay una profunda re materialización del derecho. Adquiere importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo de su perfección formal. Hay un intento de “remoralizar” el derecho.” (Santiago, 2008)

“Para finalizar, podemos señalar que tanto desde el derecho constitucional, como desde la filosofía del derecho habrá que seguir de cerca la evolución de esta nueva corriente del neo constitucionalismo para realizar una lúcida tarea de discernimiento que potencie sus posibilidades a favor del aseguramiento de la dignidad de la persona humana y esté atento para neutralizar sus riesgos y amenazas.” (Santiago, 2008)

Se puede apreciar claramente la intención del neo constitucionalismo de acercarse más a la persona como centro del derecho. La Constitución de la República del Ecuador determina que todas las normas del ordenamiento jurídico tienen la obligación de ser promulgadas y adecuadas, formal y materialmente, con el objetivo de garantizar la dignidad del ser humano. Ávila Santamaría lo menciona claramente en su obra al utilizar la norma constitucional referida:

“La Constitución de 2008 tiene una norma que establece la finalidad del poder legislativo y el contenido de las normas: La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para **garantizar la dignidad del ser humano** o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. (Énfasis añadido) (Ávila Santamaría, 2011).

El catedrático guayaquileño Alfonso Zambrano Pasquel²⁹, ampliamente reconocido por su aporte al derecho constitucional ecuatoriano, realiza un análisis del neo constitucionalismo

²⁹ Profesor de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, es autor de treinta libros.

en el Ecuador dentro de su obra “*Estado Constitucional de Derechos y Neo Constitucionalismo*”. El autor considera que la concepción del *Estado garantista* es característica del *Estado constitucional de derechos*, construyéndose sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, y al asumir el rol del *garantismo*, vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos debidamente constituidos. En un Estado constitucional de derechos, el Derecho crea un sistema de garantías que la constitución pre ordena para el amparo y respeto de los derechos fundamentales. Esta es una vertiente del nuevo Constitucionalismo reconocido como neo constitucionalismo.

Zambrano Pasquel agrega que este nuevo enfoque significa un cambio del paradigma, un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de principios antes que de normas de derecho positivo. El modelo garantista que es propio de la Constitución del 2008 proclama la invalidez de un derecho ilegítimo ante los derechos constitucionales de las personas. Para el valor constitucional de una norma se atiende no a su forma sino a su contenido, relacionándola con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento constitucional. La vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva a que se deba recurrir a un juicio complejo de carácter jurídico antes que moral o político³⁰.

1.1. La dignidad de la persona como principio para el ejercicio de los derechos.

El profesor Alfonso Zambrano Pasquel señala que el Capítulo Primero del Título II de la Constitución, referente a los Derechos, reconoce que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. La Constitución prevé que en materia de derechos y garantías constitucionales las servidoras y servidores públicos, administrativos y los operadores de justicia, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, como

³⁰ Ver JORGE ZAVALA EGAS. *Apuntes sobre neo constitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*. 2009, p. 20-21.

señala el texto constitucional. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, siendo además el Estado responsable por una inadecuada administración de justicia.

Dentro de su texto "*Principios constitucionales: Manifestación positiva de los principios generales del derecho. (Sistema jurídico colombiano: En parte natural y en parte positivo)*", la doctora colombiana Claudia Helena Forero Forero, iusnaturalista experta en derecho constitucional, realiza un importante análisis de los principios generales del derecho a nivel constitucional. Forero afirma que la duda que surge con respecto a los principios generales de derecho, es si éstos son sólo criterios auxiliares o se trata más bien del origen del resto del ordenamiento jurídico.

Conviene establecer, al menos brevemente, lo que significa la palabra "principio". Hernán Valencia Restrepo³¹ refiere el origen etimológico de "principio" a la palabra *principium*, que significa "cabeza de una serie o primer singular de un todo plural", porque provendría de *princeps*, *principis*, príncipe, como titular o cabeza de una magistratura. Según esta acepción, los principios del derecho son cabeza de todo ordenamiento o las primeras normas del conjunto de las mismas. Y así, los principios en derecho serían normas fundamentales del sistema normativo, punto de donde surgen de modo permanente las demás normas de sistema jurídico.

Valencia Restrepo, sostiene que los principios generales de derecho son verdaderas normas³²: "fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que preceptúan o regulan cómo y con qué debe crearse,

³¹ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1993. p.192.

³² Al respecto, Norberto Bobbio dice: "En mi opinión los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales (...) Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras (...) Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso" BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1987. p.239-240.

interpretarse e integrarse el ordenamiento" (Valencia Restrepo, 1993), que poseen una naturaleza filosófica y también jurídica.

La aplicación directa de los principios que surgen del neo constitucionalismo tiene incluso proyección en las prácticas jurisprudenciales, como dice el Profesor Miguel Carbonell de la Universidad Nacional Autónoma de México y con estudios superiores en la Complutense de Madrid:

“En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro homine*, etcétera. Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener”. (Universidad Autónoma de México)

El trabajo de interpretación de los jueces requiere un ejercicio intelectual sumamente profundo. La aplicación de los principios fundamentales como norma directa implica un cambio radical en el sistema del ejercicio de justicia; un cambio que demandará la inclusión de métodos de interpretación antes desatendidos.

El preámbulo de una Constitución puede definirse como una declaración solemne de los propósitos del constituyente que expresa los valores, principios y necesidades de un pueblo o de una nación, el cual será el ordenamiento superior que le servirá de programación de su futuro. Se trata de un enunciado previo a las formulaciones de reglas y normativas numeradas de la constitución y la exposición de fines y principios permanentes de una población con organización y conciencia políticas.

El preámbulo de la derogada Constitución de 1998 no hacía referencia alguna a la dignidad de la persona, lo cual demuestra claramente la intención de la nueva Constitución de enfocarse en nueva corriente e ideología. Por su parte, la nueva Constitución de la República del Ecuador, en su preámbulo, hace mención a la dignidad de las personas al decir: “Decidimos construir (...) Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;” (Constitución de la República del Ecuador). Es imposible dejar de hacer énfasis en las palabras plasmadas en la Carta Magna: *Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas*. Es decir, a breves rasgos, se entendería que el Estado ecuatoriano y sus ciudadanos no sólo reconocen la dignidad de la persona, sino que además la conciben a niveles multidimensionales. Dicho esto, resulta imposible dejar de preguntarse ¿Cuál es el concepto de dignidad de la persona para el Estado? ¿Cuáles son esas dimensiones a las que hace referencia? El neo constitucionalismo es el llamado a responder estas preguntas o, en su defecto, incrementar los cuestionamientos. La dignidad humana se podría considerar como fundamento del ordenamiento jurídico del Ecuador.

Dentro del contexto de la aplicación de los principios fundamentales, la Constitución como norma suprema, reconoce la importancia de la dignidad de la persona al establecer expresamente:

“**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)”

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y

nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.” (Constitución de la República del Ecuador)

Al momento de analizar el citado artículo, queda expuesto que los derechos y garantías establecidas dentro de las normas constitucionales no podrán excluir los derechos que nacen de la dignidad de la persona. La dignidad de la persona se entiende como un bien inclusive mayor que los derechos y garantías contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. La persona es más importante que el ordenamiento jurídico, la persona no es únicamente las normas que la reconocen y en este sentido, el derecho constitucional debe estar orientado a proteger y garantizar su dignidad. En este contexto, se podría señalar que todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

La normativa legal del Estado es expedida por el órgano competente. En este caso, el órgano encargado de legislar en el Ecuador es la Asamblea Nacional. La Constitución hace referencia a la obligación que tiene la Asamblea, y todo órgano con potestad normativa, de direccionar toda su normativa hacia la dignidad de la persona. El texto constitucional es sumamente claro y contundente al manifestar:

“**Art. 84.-** La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador)

De esta manera se entiende que la dignidad de la persona es un principio rector del ordenamiento jurídico. La Asamblea Nacional, como órgano legislativo con potestad de expedir normativa, tiene la obligación de adaptarla, tanto formal como materialmente, hacia el fin de garantizar la dignidad de la persona, como un derecho previsto en la Constitución. La dignidad se constituye así como un principio fundamental que sirve de base y directriz para las leyes y demás normas jurídicas.

La ley no puede ignorar a la persona y su realidad, su credibilidad radica en el acercamiento que tiene con su vida, con sus necesidades y con su dignidad. Es por ésta razón que no resulta sorprendente escuchar a tanta gente colocarse en contra de las normas, tal y como le dice el jurista Alberto Binder en su escrito *“Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”*:

“No es fácil creer en la ley en América Latina. No es fácil hacerlo cuando ella convive tranquila –y a veces sin inmutarse siquiera– con situaciones de desigualdad, exclusión y pobreza que poco tienen que ver con la igualdad, la libertad y la dignidad de los seres humanos y menos aún con la generalidad de la ley”. (Binder, 2004)

Binder reconoce que la norma jurídica se ha vuelto ajena a la realidad de la personas, llegando a desconocer la desigualdad, la pobreza y la exclusión que existe dentro de la sociedad y que van en demérito de la dignidad de los seres humanos. La norma en general se ha desapegado de la persona y por ésta razón resulta imperativo dar un giro radical hacia el reconocimiento de su verdadera importancia.

El catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de León-España, magister Juan Antonio García Amado, realiza una interesante crítica del neo constitucionalismo y plantea profundos cuestionamientos a la nueva corriente del derecho que rige en la actualidad. Según García Amado, estamos en presencia de una teoría que aún no ha logrado alcanzar un pleno desarrollo ó plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia. La falta de precisión y delimitación de sus conceptos se encuentra impregnada en numerosos escritos teóricos y sentencias, pero admite que puede que esa misma falta de precisión y definición clara, de rigor analítico y empeño fundamentado en sus propios gestores y cultivadores, sea una de las razones del éxito del neo constitucionalismo. Su vaga e imprecisa tesis de partida, transforma a ésta corriente en una teoría superficialmente atractiva y aparentemente novedosa.

Desde la perspectiva de García Amado, los cometidos principales del neo constitucionalismo son: reforzar la influencia política de la presunta ciencia jurídico-constitucional e impulsar un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes

constitucionales, poniendo en jaque el principio democrático y la soberanía popular y desdoblado las propias constituciones, al hacer que ciertos derechos “materializados” y fuertemente vinculados a valores morales sustanciales imperen absolutamente sobre los derechos constitucionales de tipo político, participativo y procedimental, con la consecuencia de que acaba por promoverse un nuevo soberano que no es otro que la judicatura, y en especial la jurisdicción constitucional, en alianza con la doctrina.

En este sentido, se debe destacar que el llamado de atención de García Amado invita a analizar si la “materialización” del concepto de dignidad de la persona dentro de la Constitución responde a una doctrina real y concreta, o simplemente se trata de un nuevo poder del Estado, dentro del cual cada neo constitucionalista tendrá su propia opinión e interpretación del derecho, tal y como lo dice en su texto *“Sobre el neo constitucionalismo y su precursores”*:

“Todos sacerdotes de un único credo, la Constitución como sistema objetivo de valores, pero pluralidad de iglesias, de dogmas incompatibles y de teologías, y cada cual llevando el agua a su molino, pero diciendo que no es el molino suyo, sino la Constitución objetiva.” (García Amado, 2007)

Es para nada descartable la postura adoptada por el doctor Juan Antonio García Amado, al hacer énfasis en sus profundas dudas sobre el origen y sustento doctrinario del neo constitucionalismo. Dicho esto, resulta totalmente válido el cuestionamiento del origen doctrinal de los principios plasmados en el texto constitucional, así como del manejo judicial de los mismos.

1.2. Relación del trabajo con la dignidad de la persona.

Uno de los comportamientos dignificantes que merece mayor atención, es el trabajo. Dentro de su obra *“Ética para políticos y juristas”*, el doctor Jaime Baquero De La Calle, reconocido catedrático ecuatoriano iusnaturalista afirma que, en primera instancia, el trabajo debe ser entendido como un deber de todo ser humano en condiciones de llevar a

cabo una tarea honesta y provechosa. La edificación de la sociedad, tomando en cuenta que el ser humano no sólo existe sino que también coexiste, es responsabilidad de todos; así cada individuo cumple su misión realizando el quehacer cotidiano que le está encomendado.

Baquero De La Calle señala que todas las funciones son importantes ya que el orden social es una realidad orgánica, y como todo organismo, multifuncional, si faltase alguna de sus funciones se produciría desorganización. En este mismo sentido, el desorden se produciría, también, si todos pretendiesen realizar la misma actividad puesto que se provocaría una descompensación general. Todas las funciones o trabajos de la sociedad son importantes y de igual manera dignificantes, y es precisamente por ésta razón que la norma constitucional se debe preocupar de proteger la dignidad del trabajador en general. Todos los trabajos humanamente bien realizados son dignos, no solamente aquellos que requieren título universitario.

El 13 de octubre de 1921, Gandhi presentó un verdadero manifiesto, oponiéndose no sólo a la explotación de los colonizadores ingleses, sino también al abuso que significaba el impedimento del libre ejercicio laboral:

“La India es una casa en llamas (...). La India muere de hambre porque no tiene trabajo que le permita hallar el alimento necesario (...). La India está cada vez más extenuada. La sangre ya no circula por sus miembros. Si no la reparamos, caerá hecha trizas (...). Para un pueblo hambriento y desocupado, la única forma bajo la cual Dios puede osar aparecerse, es el trabajo y la promesa de comida, en pago del trabajo”.³³ (Baquero, 2009)

El derecho de todo ser humano a trabajar y ganarse el sustento propio es una exigencia comprensible y natural; entender el trabajo, no solamente como un deber sino también como un derecho, condición fundamental de plenitud, radicada en la esencia misma del ser humano.

³³ Cfr. Baquero De La Calle. Tomado de ROMAIN ROLLAND. Gandhi, Políglota. Barcelona. 1984. P.93.

En este contexto, es prudente citar el artículo treinta y tres de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece:

“Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”. (Constitución de la República del Ecuador)

Es claro que la Constitución reconoce el trabajo no sólo como un deber (obligación), sino también como un derecho. Además regula las remuneraciones justas y el derecho de la persona a elegir libremente su ocupación; sin embargo, el rasgo que destacamos mayormente dentro de la presente investigación, es el énfasis del trabajo como una fuente de la realización personal. Al respecto, Baquero De La Calle sostiene que el trabajo posee un profundo sentido de trascendencia³⁴, ontológicamente vinculado con la dignidad de la persona. Trascender es salir de uno mismo, mirar más allá de unos resultados inmediatos como pueden ser el pago del sueldo o la renovación del contrato de trabajo. “Trasciende el que tiene capacidad de darse cuenta de que su trabajo no termina con la jornada laboral (...): hay unas implicación mucho más profundas detrás de la tarea bien realizada”. (Baquero, 2009)

La naturaleza dignificante del trabajo no se agota en la vocación del servicio que acompaña. La tarea de individuo genera una mejoría personal reflejada en la madurez y satisfacción. Baquero De La Calle afirma que el ejercicio diario y constante de cualquier oficio pone en juego innumerables elementos que dignifican a la persona. El trabajador procura realizar su tarea con puntualidad, sabe obedecer a sus superiores y mandar debidamente a sus inferiores, vive la lealtad en el desarrollo de su empresa, conserva el silencio de oficio en materias delicadas, y al mismo tiempo ejercita la sinceridad cuando se le pide rendir cuentas, es honesto, etc. La persona que ha sabido comportarse de esta

³⁴ El hombre, a diferencia de cualquier otro ser viviente, tiene necesidades que no se limitan solamente al tener, porque su naturaleza y su vocación están en relación inseparable con el Trascendente. La persona (...) emprende la aventura de la transformación de las cosas mediante su trabajo para satisfacer necesidades y carencias ante todo materiales, pero lo hace siguiendo un impulso que la empuja siempre más profundamente a sus innegables exigencias interiores. Compendio de Doctrina Social de la Iglesia. Cit., N. 679; *Gaudium et spes*, No .35, ASS 58 (1966) 1053. Baquero De La Calle amplia diciendo: “Una de las revolucionarias dimensiones trascendentales del trabajo, que ha sido propuesta en las últimas décadas, es aquella de raíz eminentemente cristológica –y por tanto, supera nuestro objeto de estudio- que define al diario laborar como camino de santidad y encuentro con Dios”. Cfr., por ejemplo, www.escrivaworks.org.

forma, durante un tiempo determinado, ha crecido como ser humano se ha dignificado y ha sido causa directa de la dignificación de otros. Es lógico entonces que el Estado pretenda garantizar el pleno respeto a la dignidad de la persona que trabaja, puesto que se encuentra realizando una actividad que se dirige directamente hacia su misma dignificación. Aquella persona que no trabaja, siendo apta para hacerlo, atenta contra su dignidad.

Es obligación de los políticos y juristas del Ecuador velar por la eficiente garantía del respeto a la dignidad de la persona y su trabajo; es una necesidad tanto de la persona como de la sociedad. En este punto de nuestra investigación, resulta oportuno citar a Baquero De La Calle:

“Políticos y juristas están llamados, por un lado, a trabajar de la mejor manera posible; y por otro, a convertirse en garantes fieles del trabajo digno y del acceso de los individuos competentes a mejores puestos de trabajo –idoneidad que tiene su raíz en el desenvolvimiento de las propias aptitudes- a través del justo desarrollo del bien común. (...). Además de la necesaria formación intelectual del político jurista, es imprescindible la preparación dentro de los parámetros éticos y deontológicos.” (Baquero, 2009)

La formación de los asambleístas y juristas no puede enfocarse única y exclusivamente en su parte intelectual. Recordemos que las normas jurídicas deben responder a la realidad de la sociedad, y ésta realidad no puede ser reconocida sin tomar en cuenta también sus valores éticos y deontológicos.

No podemos cerrar este apartado de nuestra investigación sin mencionar, al menos brevemente, un artículo de la Constitución que resulta por demás interesante. El artículo trescientos veinte y nueve de la Carta Magna vincula a los jóvenes con el trabajo y habla del respeto a su dignidad al momento de utilizar criterios de selección:

“Art. 329.- Las jóvenes y los jóvenes tendrán el derecho de ser sujetos activos en la producción, así como en las labores de auto sustento, cuidado familiar e iniciativas comunitarias. Se impulsarán condiciones y oportunidades con este fin. (...) Los procesos de selección, contratación y promoción laboral se basarán en requisitos de

habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades. **Se prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad e integridad de las personas**” (Énfasis añadido) (Constitución de la República del Ecuador)

El citado artículo constitucional está orientado a prohibir cualquier tipo de discriminación dentro del proceso de selección laboral que afecte a la dignidad de las personas. En el caso específico, se trata de la dignidad de los jóvenes que, lógicamente, son personas. Al basar los procesos de selección, contratación y promoción laboral en criterios de habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades, se intenta reconocer el nivel de dignificación de la persona. Podemos decir que prácticamente sin quererlo, la Constitución reconoce que existen distintos niveles de dignificación de las personas, y que cada uno debería ser premiado en virtud de su grado de trascendencia.

Así mismo, conviene agregar que el “Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017” (PNBV), documento orientado a guiar la generación de políticas públicas en relación a la consecución de los doce objetivos nacionales para alcanzar el buen vivir, recoge la importancia del trabajo digno en su objetivo número nueve³⁵:

“La Constitución establece de manera explícita que el régimen de desarrollo debe basarse en la generación de trabajo digno y estable, el mismo que debe desarrollarse en función del ejercicio de los derechos de los trabajadores (art. 276). Lo anterior exige que los esfuerzos de política pública, además de impulsar las actividades económicas que generen trabajo, garanticen remuneraciones justas, ambientes de trabajo saludables, estabilidad laboral y la total falta de discriminación. Una sociedad que busque la justicia y la dignidad como principios fundamentales no solamente debe ser evaluada por la cantidad de trabajo que genera, sino también por el grado de cumplimiento de las garantías que se establezcan y las condiciones y cualidades en las que se efectúe. Asimismo, debe garantizar un principio de igualdad en las oportunidades al trabajo y debe buscar erradicar de la manera más enfática cualquier figura que precarice la condición laboral y la dignidad humana”. (Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017)

³⁵ El Plan Nacional del Buen Vivir realiza un extenso análisis técnico del trabajo en su objetivo número nueve Disponible en: www.buenvivir.gob.ec

El PNBV reitera la importancia de la dignidad como principio fundamental de la sociedad y enfatiza en la erradicación de cualquier figura que puede menoscabar la dignidad humana. La dignidad de la persona se vuelve un eje central en la elaboración de políticas públicas; es decir, en teoría, cada una de las decisiones del Estado tiene no sólo la obligación de garantizar el derecho al trabajo, sino también la de garantizar el pleno respeto de la dignidad de la persona.

1.3. La dignidad de los niños, niñas y adolescentes.

Uno de los grupos de atención prioritaria reconocido por la Constitución, es el que contiene a las niñas, niños y adolescentes³⁶. Según el doctor Ramiro Ávila Santamaría, el texto constitucional reconoce los denominados “derechos de protección”³⁷, y es precisamente dentro de ésta clasificación de derechos donde se encuentran ubicados aquellos correspondientes a las niñas, niños y adolescentes. Se trata de un grupo considerado como “vulnerable” al que se busca proteger a través de garantías constitucionales. El artículo cuarenta y cinco de la Carta Magna, basado en la dignidad como principio fundamental, determina:

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad (...).

³⁶ La utilización del género masculino y femenino a lo largo del texto constitucional ha sido ridiculizada por algunas personas, lingüistas y por supuesto juristas, por considerar que el texto es cargado, difícil de leer, redundante y porque el Código Civil establece que cuando aparezca la palabra en masculino se entenderá todo el género humano. En este sentido, Ramiro Ávila Santamaría apunta: “El lenguaje crea realidades. Visibilizar desde el texto el género femenino implica reconocer jurídicamente la existencia de más de la mitad de habitantes de este país”. Ref. *“El Neo Constitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008”*. Pg. 98. Quito-Ecuador.

³⁷ Ávila Santamaría afirma: “Los movimientos que luchan por la protección, como los garantistas o los movimientos de derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen todo un cúmulo de derechos denominados precisamente de protección. Los movimientos que luchan por la representación tienen un capítulo completo sobre derechos de participación, que no se restringe a los derechos políticos. Los movimientos antiglobalización también tienen principios, como los establecidos en el capítulo sobre las relaciones internacionales, para fundamentar su lucha. Los movimientos “libertarios” e incluso los neoliberales tienen todo un capítulo sobre las libertades, que reconocen las conquistas tradicionales del movimiento liberal del siglo XVIII. Todo movimiento, insistimos, que encuentre en las relaciones sociales y políticas formas de violación a sus derechos como individuos, colectividades, pueblos o nacionalidades, tienen los “artificios” para revertir su realidad y emanciparse”. Ref. *“El Neo Constitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008”*. Pg. 98. Quito-Ecuador.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; **al respeto de su libertad y dignidad**; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. (Énfasis añadido)
(Constitución de la República del Ecuador)

La Constitución señala que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al respeto de su libertad y su dignidad. Sin necesidad de polemizar ni debatir la consideración de las niñas, niños y adolescentes como un grupo de atención prioritaria, se podría decir que resulta al menos redundante el hecho de establecer que éstos tienen derecho al respeto de su dignidad. Es decir, la dignidad de la persona no se basa en su edad. El niño, el adolescente y el anciano poseen su dignidad intrínseca en iguales condiciones, independientemente de su nivel o calidad de dignificación. Si la Constitución pretende consagrar la dignidad de la persona como principio fundamental, parecería innecesario, e incluso exagerado, repetirlo constantemente dentro de cada uno de sus capítulos. Los derechos otorgados especialmente a los grupos de atención prioritaria deben estar destinados precisamente a garantizar el respeto a la dignidad de la persona, sin importar el grupo vulnerable al que pertenezca o no.

1.4. La dignidad de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Al hablar de la dignidad con respecto a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, la Constitución realiza otra especificación bastante interesante dentro de su artículo cincuenta y cuatro:

“**Art. 57.-** Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos,

convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...)

21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna”. (Constitución de la República del Ecuador)

La Constitución del Ecuador posee una evidente inclinación hacia el reconocimiento e inclusión de la plurinacionalidad en su marco conceptual. El neo constitucionalismo busca reconocer y vincular a las nacionalidades y pueblos históricamente olvidados por la sociedad y el sistema jurídico. La citada norma constitucional se refiere específicamente a la dignidad de las culturas, tradiciones, historias y aspiraciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Más allá de la estricta redacción del texto constitucional, es difícil concebir la idea de que la cultura, las tradiciones, las historias y las aspiraciones de los pueblos sean dignificables. Es decir ¿cómo se puede determinar la dignidad de las historias o de las aspiraciones de un pueblo? Además conviene decir que en el caso de que fuese posible dignificar conceptos tan abstractos como las aspiraciones, sería incorrecto segmentarlas y dividir las según las nacionalidades. La persona no es una creación humana como sí lo son las nacionalidades, y por ésta razón es que su dignidad es parte de su naturaleza y no de proviene de una norma jurídica. Cada nacionalidad, pueblo, comuna y comunidad está conformada por personas; personas dignas por naturaleza que antes de autodenominarse pueblos, se reconocen precisamente como personas.

Ávila Santamaría menciona el tema de la plurinacionalidad en su pensamiento neo constitucionalista y cita un ejemplo de su construcción:

“La construcción de la plurinacionalidad es mucho más compleja que mirar un cuadro o apreciar la naturaleza: requiere apertura y liberación de prejuicios, paciencia (tiempo), esfuerzo (aprender otra lengua), conocimiento, curiosidad, conciencia de incompletitud. En alguna ocasión en un foro público, una lideresa

indígena me hacía el justo reclamo de que yo no hacía esfuerzo alguno por comprender su cultura si es que no hablo kichwa”. (Ávila Santamaría, 2011).

A través del pensamiento del autor se podría desprender que la dignificación de la plurinacionalidad que propone el neo constitucionalismo, radica en la capacidad de la socialidad de las personas. La búsqueda de una apertura hacia las personas antes ignoradas incrementa la dignidad de la persona y se puede apreciar en cada interacción social entre los pueblos. En todo caso, la presente investigación no pretende interpretar de manera extensiva el pensamiento del neo constitucionalismo, en todo en cuanto se puede decir, la Constitución reconoce un concepto de dignidad que podría dividirse según el número de pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades del país; la palabra “dignidad” tomada un poco a la ligera.

1.5. El respeto a la dignidad por parte de las F.F.A.A y la Policía.

El artículo ciento cincuenta y ocho de la Constitución del Ecuador se refiere a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Ambas instituciones de protección están concebidas para defender los derechos de los ciudadanos. El texto constitucional reza:

“**Art. 158.-** Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos. (...)”

Las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, y respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico”. (Constitución de la República del Ecuador)

La norma constitucional es clara al decir que las servidoras y servidores de las dos instituciones deben proteger los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, y además deberán respetar la dignidad de las personas; sin embargo, más allá de su

redacción, éste artículo no pretende posicionar a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional como instituciones destinadas a la protección de la dignidad de las personas, sino más bien limitar sus acciones al respeto de la misma. La historia del Ecuador ha sido testigo de algunos percances y atentados contra la dignidad de la persona dentro de los cuales las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional han sido sus principales protagonistas. Por citar un ejemplo, la polémica desaparición de los hermanos Restrepo³⁸ en manos de la Policía. De esta manera, la norma constitucional busca limitar este tipo de escándalos al mencionar expresamente “respetarán la dignidad y los derechos de las personas”.

1.6. La vida “digna”.

Además de la utilización del concepto de dignidad de la persona, la Constitución del Ecuador hace referencia a un concepto ligado denominado vida “digna”. Son varios los artículos que recogen éste concepto derivado de la dignidad de la persona, a saber:

“**Art. 30.-** Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica.”
(Constitución de la República del Ecuador)

“**Art. 37.-** El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: (...)”

7. El acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento”. (Constitución de la República del Ecuador)

“**Art. 39.-** El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y

³⁸ La desaparición de Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo es un caso sin resolver y se ha convertido en el referente de cientos de denuncias de violaciones a los Derechos Humanos que se suscitan en el país. Ver más en: <http://www.telegrafo.com.ec/justicia/item/25-anos-de-impunidad-y-pesar-cumple-caso-de-hermanos-restrepo.html>

recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público. (...)

El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento”. (Constitución de la República del Ecuador)

“**Art. 42.-** Se prohíbe todo desplazamiento arbitrario. Las personas que hayan sido desplazadas tendrán derecho a recibir protección y asistencia humanitaria emergente de las autoridades, que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios. (...)

Todas las personas y grupos desplazados tienen derecho a retornar a su lugar de origen de forma voluntaria, segura y digna”. (Constitución de la República del Ecuador)

“**Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: (...)

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”. (Constitución de la República del Ecuador)

Si tomamos de manera textual el artículo sesenta y seis, la vida “digna” consiste, básicamente, en garantizar el correcto acceso a la salud, alimentación, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso, cultura física, vestido y seguridad social. En este caso, si la persona no puede acceder a alguno de estos servicios, su vida se podría volver indigna. En los citados artículos, la Constitución demuestra claramente su idea de que la dignificación de la persona no depende de su acercamiento al bien o a la trascendencia, sino al hecho de ser persona.

En resumen, es destacable el hecho de que el neo constitucionalismo considere a la dignidad de la persona como uno de sus principios fundamentales. El reconocimiento de su

verdadera importancia significa un paso por demás acertado en la búsqueda de una Constitución más inclinada hacia la persona por sobre la norma. Aceptar que la dignidad es inherente a la persona, y que es deber del Estado protegerla, implica un compromiso global para los ciudadanos como base de la sociedad. En este sentido, es imposible dejar de mencionar que, ya sea de manera intencional o fortuita, el concepto de dignidad de la persona de Hervada coincide en algún punto con el concepto de dignidad de la Constitución; sin embargo, es igual de importante agregar que no existe mayor precisión dentro de la definición del concepto de dignidad utilizado dentro del texto constitucional, lo cual evidencia ciertas contradicciones que dificultan el ejercicio de precisar cuál es exactamente la base doctrinaria del concepto de la dignidad de la persona que recoge la Magna Carta.

CAPÍTULO TRES

RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA SEGÚN EL DR. XAVIER HERVADA Y EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR.

En este punto de la investigación, cabe recordar que se ha establecido como objetivo primordial del presente proyecto el de establecer el tipo de relación que existe entre el concepto de dignidad de la persona según el doctor Hervada y el concepto de dignidad que utiliza la Constitución del Ecuador. En este sentido, el presente capítulo se enfocará en determinar la relación existente entre ambos conceptos, además de determinar las diferencias conceptuales que, según nuestro punto de vista, los distancian y diferencian sustancialmente.

1.- ¿Existe relación entre el concepto de dignidad de la persona según el Dr. Xavier Hervada y el concepto de dignidad de la Constitución del Ecuador?

Para responder el cuestionamiento planteado, se debe comenzar citando a Hervada, quien es sumamente claro dentro de su principal obra "*Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*", al decir:

“De la persona se predica la dignidad –es un ser digno- y así es frecuente hablar de la dignidad de la persona humana, de la cual se suele deducir ciertos derechos y la injusticia de ciertos modos de trato: malos tratos, tratos inhumanos y degradantes, etc. Es, pues, necesario analizar ahora qué significa la dignidad de la persona, sobre todo porque, a la vez que se habla con profusión de la dignidad de la persona, no se

suele indicar en qué consiste: parece suponerse que es algo de todos sabido, pero esto –basta leer la literatura al respecto para comprobarlo- dista de la verdad. Más bien se trata de un término cuya significación precisa es poco conocida”. (Hervada, 2000)

1.1. Aspectos absoluto y relativo de la dignidad de la persona.

El maestro español enfatiza enérgicamente en el error común que se comete al pensar que la dignidad de la persona es un concepto simplista que puede ser utilizado o vulgarizado a la ligera. Agrega también la dificultad que existe para determinar el significado específico de dignidad de la persona, reafirmando que se trata de un aspecto fundamental de la persona humana que no puede dejar de ser tomado en cuenta al momento de establecer el marco jurídico de la sociedad.

Así mismo, se recalca el hecho de que de la dignidad de la persona se deducen ciertos derechos, motivo por el cual se podría entender que la norma constitucional decide tomar a la dignidad como uno de sus principios fundamentales. En otras palabras: si la dignidad de la persona genera ciertos derechos, el Estado tiene la obligación de normarlos y reglamentarlos, caso contrario, quedaría fuera del ordenamiento jurídico y por lo tanto, no existiría.

El concepto de dignidad de la persona utilizado por el neo constitucionalismo dentro de la Constitución del Ecuador es de carácter general, abstracto y difuso, razón por la cual se puede decir que coincide en algunos aspectos con el concepto desarrollado ampliamente por Hervada.

El maestro español maneja un concepto iusnaturalista que engloba en cierta medida el concepto neo constitucional; sin embargo, es importante destacar que dicha relación se agota en ciertos puntos conforme se va desarrollando el pensamiento hervadiano. La relación existe de manera fortuita y en consecuencia se encuentran también matices que demuestran las diferencias sustanciales existentes entre ambos conceptos.

Para Hervada, la dignidad de la persona no podría ser considerada única y exclusivamente en su sentido absoluto ni tampoco en su sentido relativo. El maestro hace mención a dos modos de entender la dignidad: a) Una corriente, entiende la dignidad del hombre como algo absoluto e inmanente. La dignidad vendría determinada fundamentalmente por la autonomía normativa y moral de conciencia –de la que dimanaría el deber de modo inmanente, sin vinculación divina-, lo que supondría el carácter absoluto de la razón y con ella del individuo humano. Citando a Hervada, la dignidad vendría a ser la “absoluta inmanente inminencia del ser humano, con la consiguiente libertad y dominio de sí absolutos, de lo cual derivarían los derechos y las libertades –también absolutos- inherentes a tal dignidad. El hombre es su propia ley”. (Hervada, 2000)

b) Una segunda corriente ha entendido la dignidad como algo relativo, determinado por los fines del hombre. La dignidad tendría su fundamento en los fines de la persona más que en su propio ser, en este contexto el hombre se haría digno por su llamada a los fines y en especial, por su cumplimiento, esto es, por la eminencia y grandeza de los fines. En este sentido, el hombre sería digno en razón de su vida virtuosa, mas allá de la dignidad de todo ser humano por su vocación a los fines. “La dignidad sería fuente de deberes (la obligación de tender a los fines) y los derechos se tendrían en función de éstos”. (Hervada, 2000)

Para Hervada ninguna de las dos corrientes es correcta. La primera se enfoca únicamente en el carácter absoluto de la dignidad, apoyándola en la autonomía y la libertad entendidas de modo inmanente y desvinculado, lo cual indicaría que el hombre no es un ser creado. Hervada enfatiza en la idea de la creación del hombre al decir:

“Todo cuanto es y tiene el hombre es una participación creada del Ser subsistente, por lo que la dignidad humana no es inmanente sino trascendente, participación – imagen y semejanza- de la dignidad propia del Ser subsistente. La dignidad humana no procede de la desvinculación y la independencia, sino de la participación”. (Hervada, 2000)

Así mismo, tampoco se considera aceptable la segunda corriente ya que hace de la dignidad de la persona algo exterior y relativo; es decir, no se sitúa en el ser del hombre, sino en el logro más perfecto de sus fines. Con ello se altera el sentido obvio de la dignidad

de la persona humana, que al hacer referencia a derechos, libertades y modos de trato inherentes a ella desde una dimensión ontológica, ha de proceder de la naturaleza humana.

Hervada sostiene que la dignidad tiene una serie de sinónimos: excelencia, eminencia, grandeza y superioridad. Por todos ellos se puede decir que la dignidad del ser humano posee una excelencia o eminencia ontológicas y una superioridad en el ser. También se puede observar a través de estos sinónimos que la dignidad tiene una dimensión relacional que comprende precisamente una relación respecto de otros seres.

“Cuando decimos de algo que es excelente, eminente o superior –incluso cuando le predicamos la grandeza-, estos apelativos tienen una cierta dimensión de relatividad (de comparación), pues evocan la idea de sobresalir respecto del común de los seres de su clase. En este sentido, sin duda la dignidad se predica de la persona humana con cierta dimensión relativa –en relación con lo demás seres terrestres-, pues quiere decir que el hombre posee una calidad de perfección del ser, una eminencia o excelencia ontológicas, que lo sitúan, como decíamos anteriormente, en *otro orden del ser*. No es un animal de la especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente.” (Hervada, 2000)

Para Hervada el ser humano, y en consecuencia su desarrollo vital (su vida), no es un sinsentido o absurdo. El hombre es un ser digno, está dotado de dignidad, también porque su ser y su vida tienen sentido, una plenitud a la cual se dirige por constitución ontológica. El denominado “sentido” no es otra cosa sino los fines, o la finalidad.³⁹ Al respecto, Hervada agrega:

“Los fines, al dar sentido al ser humano y ser causa de plenitud existencial, son factores de dignidad del ser humano, pero factores intrínsecos (aunque no totalizantes), por lo que la dignidad, también por razón de los fines, es algo absoluto que pertenece a la esencia, en la que radica el principio de finalidad. Como los fines son principios operativos, los derechos y los deberes inherentes a la dignidad humana se conforman en función de los fines, pero sin agotar la dignidad humana, porque el ser del hombre no tiene valor o razón de bien sólo por la

³⁹ El maestro Hervada trata el tema de la finalidad en su obra “Cuatro lecciones de derecho natural”.

operación –a cuyo orden pertenecen los fines- ni por el servicio que presta, sino que antes es ser: la operación sigue al ser y el principio de operación es constitutivo intrínseco del ser, pero no es todo el ser, ni lo que es en su más profunda radicalidad.” (Hervada, 2000)

Tal y como lo hemos mencionado, la dignidad humana tiene que ver con los fines esenciales a los cuales tiende naturalmente el hombre; sin embargo, el ser humano no tiene dignidad únicamente en razón a la consecución de sus fines, sino también en razón de su eminencia, más allá del nivel de moralidad que pueda alcanzar.

La idea de que la dignidad de la persona radica en los fines de la persona carecería de sustento ya que los fines son factores de dignidad del ser humano, pero no agotan su dignidad, que tiene un fundamento más profundo: la eminencia constitutiva del ser, de la que los fines son sólo la dimensión operativa. Hervada concluye al decir que la relación de los fines con la dignidad humana se deduce de que de ella dimanen, como expresión suya, tanto derechos como deberes. “Todos ellos –derechos y deberes- son reflejos y expresión de la dignidad humana.” (Hervada, 2000)

En este mismo contexto, es de vital importancia precisar el discurso de Hervada acerca del aspecto absoluto de la dignidad de la persona para evitar confusiones o erróneas interpretaciones de su pensamiento. La dignidad es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana; es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana.

Herrera Pardo realiza una importante acotación acerca del pensamiento hervadiano en lo que respecta a la naturaleza humana:

“En opinión del autor español, se predica de la persona la subjetividad, y sus manifestaciones, entre ellas, la manifestación jurídica. Esto significa que todas las notas que se tienen en virtud de la naturaleza humana, como, por ejemplo, la dignidad, no existen en abstracto, en “el mundo de las ideas” sino que están radicadas en individuos concretos. La dignidad y demás notas que proceden de la naturaleza humana ciertamente se predicen en razón de que el sujeto tenga una

determinada naturaleza (en este caso, la naturaleza espiritual), pero no hay que perder de vista que de quien se predicán es del individuo y no de la naturaleza.” (Herrera, 2010)

Así se puede comprender con mayor amplitud que para el pensamiento hervadiano no se podría considerar únicamente a la naturaleza humana como la fuente principal o principio general para la generación de derechos sin tomar en cuenta que la dignidad, proveniente de la naturaleza humana, se predica del individuo, más no de la naturaleza. Esta aclaración es fundamental ya que de no entenderla correctamente, se podría interpretar que la naturaleza humana es superior inclusive a la misma persona, lo cual resulta desacertado dentro de la idea del maestro español.

Herrera amplía al afirmar:

“De la naturaleza se predica, por el contrario, aquello que es común a toda la especie humana y que, por ende, no depende de la singularidad y la individuación. La naturaleza, en efecto, es ese núcleo básico, esa configuración ontológica fundamental y primerísima, que permite la adscripción de los individuos a la especie, o lo que es lo mismo, la predicación de humanidad respecto de ellos. Y lo que es propio de la naturaleza, es la aptitud de causar ciertas consecuencias y derechos comunes en cabeza de todos y cada uno de los seres humanos.” (Herrera, 2010)

Según Herrera Pardo, es importante señalar que las personas concretas (en sentido ontológico) lo son en virtud de su alta participación en el ser, lo cual es común a toda la especie. En este sentido, se puede decir que la condición de persona, se tiene en virtud de la naturaleza. Más aún, se puede decir que la naturaleza humana consiste en la condición de ser persona (aunque no en modo absoluto sino según cierto grado de participación en el acto de ser persona humana).

En virtud de ello, se ha de decir que la naturaleza humana, lo que tienen en común todos los hombres, no solamente es en su disposición hacia una índole de conocimiento que supera la mera experiencia o su capacidad de ejecutar actos libres y voluntarios, sino también el hecho de ser, cada uno, un ser singularísimo, de una individualidad eminente (eso sí, capaz de comunicación), irrepetible, insustituible.

La naturaleza común de todos los hombres consiste también, según lo dicho, en ser un universo en sí mismo, un misterio inconmensurable, un ser con historia y vocación⁴⁰. Todos los hombres, en definitiva, tienen en común el hecho de ser únicos. Esta inefable unicidad, por otra parte, se manifestará en la concepción hervadiana de la incomunicabilidad del hombre.

Por otro lado, Hervada afirma que el término “dignidad” se encuentra vinculado directamente con la idea de superioridad o grandeza. En otras palabras, si el ser alcanza mayor perfección, mayor podrá ser también su dignidad (no ontológica); empero, al ser la dignidad predicable de toda persona, resulta inapelable su aspecto de absoluto, más allá de cualquier tipo de valoración subjetiva.

“Al decir que la dignidad humana es algo absoluto se quiere afirmar que no es relativa, esto es, que no existe sólo en relación a los fines, ni tampoco se limita al aspectos de superioridad respecto de los demás seres de nuestro universo. Es una condición propia e inherente del ser humano: la eminencia o excelencia ontológica, que le otorga su dimensión espiritual o racional. Pero absoluto no significa aquí inmanente y desvinculado y, por tanto, ilimitado. El hombre tiene el ser por participación, es una participación creada del Ser Subsistente. Por lo tanto el hombre es digno absolutamente pero por participación”. (Hervada, 2000)

En tal sentido, se podría decir que la dignidad no configura al ser humano como un ser desvinculado, con derechos ilimitados y deberes autónomamente surgidos (ser su propia ley), sino como un ser que, reglado por normas inherentes a su ser, son derechos concretados y precisados por la naturaleza humana, que a su vez delimita el acto de ser de

⁴⁰Sobre la unicidad, irrepitibilidad y el valor individual de cada hombre, ha escrito Hervada, esta vez, desde una perspectiva teológica (en la que se asienta, ha de recordarse, su producción como canonista): “Dios ama, con amor supremo e indescriptible a todas las almas. Nadie viene a la existencia por el mero juego de circunstancias o leyes biológicas, aunque Dios se valga de ellas para traer a los hombres a la existencia. Cada hombre existe por una decisión divina que lo elige para gozar eternamente de su Amor en la gloria eterna. El hombre puede frustrar ese designio divino por el pecado, pero desde antes de la Creación ha sido objeto del amor divino y ha sido elegido —llamado— para desempeñar un papel, único, irrepitible e intransferible en la historia y desarrollo de la humanidad y, después, gozar del Amor divino en la visión beatífica; gloria eterna que es una relación personal de Amor con Dios uno y trino y, en lo que al Hijo se refiere, con su Santísima Humanidad. Es un misterio que no conocemos, pero es claro que esa unión eterna de Amor pasa por Cristo, Dios y Hombre, y por lo tanto es también unión con Cristo como Hombre” (Javier HERVADA, *Lectura breve de la llamada ‘Sigueme’ a la luz de la teoría fundamental del derecho canónico*, 2003, versión on-line disponible en <http://www.javier.hervada.org/sigueme.pdf>, pág.8 (consulta 12 de marzo de 2011). En un sentido más iusfilosófico y referido a la dimensión económica del ser humano, ver. José Alpiniano GARCÍA MUÑOZ, *Derecho y Economía según Santo Tomás de Aquino*, Tesis Doctoral en Filosofía, defendida el 11 de noviembre de 2011 pág. 195-203.

cada persona. En conclusión, el pensamiento del maestro español Hervada considera a la dignidad de la persona tanto en su aspecto absoluto como relativo.

Una vez que se han precisado los aspectos absoluto y relativo de la dignidad de la persona según Hervada, conviene determinar su relación con el concepto de la Constitución del Ecuador. Tal y como se ha mencionado a lo largo de la investigación, el concepto constitucional de dignidad resulta un tanto impreciso; sin embargo, analizando la utilización del concepto en la Carta Magna como uno de sus principios fundamentales, generador de derechos y obligaciones, se podría desprender que se entiende a la dignidad de la persona como inmanente, esto quiere decir que no se toma en cuenta la participación ni la trascendencia de las cuales habla Hervada.

La Constitución no hace mención alguna a un Ser Subsistente o ente superior; toma a la dignidad de la persona únicamente en su estricta relación con la generación de derechos y su respectivo reconocimiento legal, en otras palabras, la dignidad de la persona le es inherente porque así lo requiere el ordenamiento jurídico. El pensamiento de Hervada amplía este concepto a un nivel trascendental y metafísico: la dignidad de la persona sí genera derechos y deberes pero deviene de la participación del Ser Subsistente.

Adicionalmente, cabe mencionar que la Constitución no hace referencia respecto de la dimensión relativa del concepto de dignidad de la persona. En este punto, el concepto de Hervada demuestra una mayor profundidad jurídico-filosófica antes expuesta, mientras que el concepto constitucional más bien decide apegarse a la definición absolutista determinada fundamentalmente por la autonomía moral de conciencia, sin vinculación divina, lo que supondría el carácter absoluto de la razón y con ella del individuo humano, que se convierte en su propia ley.

En este sentido, cabe traer a colación un breve ejemplo de política pública nacional que refleja la concepción de dignidad a nivel constitucional: El Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), ha implementado un programa destinado a la erradicación de

la mendicidad y el trabajo infantil denominado “Da Dignidad”⁴¹. El programa consiste, básicamente, en la aplicación de cuatro puntos: 1) No utilizar mano de obra infantil. 2) No comprar productos que vendan niños, niñas y adolescentes (NNA). 3) No entregar "caridad" a NNA, adultos mayores y personas con discapacidad que se encuentren en calles y carreteras del país. 4) Canalizar las donaciones a través de los puntos “Da Dignidad”.

Más allá de la buena intención que implica la búsqueda de la erradicación de la mendicidad y el trabajo infantil, y sin ánimo de cuestionar los métodos implementados por el Estado para lograr tan loable objetivo, es importante hacer énfasis en la incorrecta utilización del término “Da Dignidad”. Cuando una persona decide no usar mano de obra infantil, no comprar productos a niños, niñas y adolescentes, no entregar caridad y realizar donaciones, realmente no está dando dignidad a la persona, a lo sumo la está reconociendo y respetando.

Es oportuno recordar que la dignidad de la persona le es dada/otorgada por la alta participación en el acto de ser por esencia a través de la naturaleza humana: *omne quod est per participationem, causatur ab eo quod est per essentiam* (Aquinae, *Summa Theologiae* I, q. 65, a. 1). Dicho esto se debe apuntar que técnica, filosófica y jurídicamente ningún hombre puede efectivamente “darle” dignidad a otro. Así que el programa gubernamental “Da Dignidad” en realidad podría considerarse como un reconocimiento a la obligación de respetar la dignidad de las demás personas quienes, a pesar de sus condiciones de pobreza, no tienen menos dignidad que ninguna otra persona. A simple vista, podría parecer un simple error gramatical; sin embargo, éste tipo de “errores” sirven para reflejar el concepto de dignidad de la persona plasmado en la Constitución y utilizado por el aparato administrativo al momento de formular políticas públicas.

En resumen, la normativa constitucional vigente guía su significación de dignidad dejando de lado su participación en el Ser cuya esencia es precisamente su acto de ser. Esto quiere decir que en algún punto, la norma jurídica podría transgredir la dignidad de la persona en caso de ser incorrectamente promulgada o interpretada. Si la norma jurídica no entiende a

⁴¹ La información acerca del Programa “Da Dignidad” se encuentra disponible en el Blog Oficial implementado por el Ministerio de Inclusión Económica y Social del Gobierno de la República del Ecuador (MIES). Disponible en: <http://dadignidad.blogspot.com/>. Último Acceso en: 18/12/2013.

la persona como un ser trascendental el derecho es susceptible de sufrir alteraciones que pueden afectar a su dignidad y pueden encontrarse propósitos “superiores” a la misma, como los revolucionarios por citar un ejemplo.

1.2. Derechos y deberes inherentes a la dignidad.

Hervada considera que junto con la idea de eminencia o excelencia, la dignidad comporta la de mérito/merecimiento y de comportamiento adecuado. Si alguien es digno, de modo implícito se dice que merece un trato adecuado de respeto y honor, y que existen comportamientos adecuados e inadecuados a él. En este mismo sentido, el “trato o comportamiento indigno” se refieren directamente a la adecuación o inadecuación a lo que merece ser.

“De acuerdo con esto, se habla de dignidad de la persona humana, porque con ello se expresa una idea común: la persona humana merece un trato adecuado a su estatuto ontológico y hay comportamientos conformes (dignos) y disconformes (indignos) con ese estatuto ontológico. Esto no puede significar otra cosa, sino que la naturaleza humana se constituye en *regla* de comportamiento –propio y ajeno- y en *título* de lo debido al hombre (derechos y deberes inherentes a la dignidad de la persona humana). Lo conforme con la naturaleza es digno; lo disconforme es indigno. Lo cual nos indica que la persona contiene en sí una regla objetiva de los actos propios (ética o moral) y de los actos ajenos respecto de ella (derecho natural o no positivo). De este modo, la dignidad de la persona humana se constituye en regla de comportamiento, regla o norma que tiene su fundamento y origen en la naturaleza humana y por ello es objetiva.” (Hervada, 2000)

Las palabras de Hervada permiten afirmar que el comportamiento de las personas se vería delimitado por la naturaleza humana como una regla, y dicho comportamiento no hace referencia únicamente al comportamiento de la persona consigo misma sino también con las demás personas. De esta manera, se configuran aquellos derechos y deberes que son debidos al hombre.

En otras palabras, la persona humana se convierte en titular de sus derechos y deberes, y posee además un comportamiento debido con respecto a su naturaleza. Si aquello actuado conforme con la naturaleza es siempre digno entonces podríamos decir que la norma jurídica no es más que la positivación y formalización de unos derechos previamente reconocibles.

Es decir, todo acto que vaya en contra de la dignidad de la persona afecta su naturaleza y va en contra de sus derechos, que no existen precisamente por ser reconocidos por el Estado en su Constitución, sino porque su misma naturaleza así lo determina.

“La consecuencia más notoria de esta distinción entre el *quién* del que se predicán los atributos derivados de la condición humana y el *porqué* de esta atribución, se halla en la concepción hervadiana de los derechos naturales, radicados en cabeza de cada persona pero en virtud de un título o condición común y universal. Lo anterior se puede enunciar también en términos de distinción entre *titular* y *título*.” (Herrera, 2010)

El reconocimiento de los derechos de las personas que derivan de su dignidad sin necesidad de norma escrita, implica la aceptación, valorización y reconocimiento del derecho natural o no positivo. El derecho natural encuentra sus mayores detractores en aquellos positivistas que afirman que las normas, derechos y deberes inherentes a la dignidad de la persona humana tienden a ser subjetivamente arbitrarios.

Los positivistas extremos aseguran que la falta de norma expresa anularía la objetividad de la interpretación del ordenamiento jurídico y la interpretación de los jueces al momento de dictar justicia; sin embargo, es fundamental recalcar que al hablar de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, no podemos olvidar que ella contiene en sí una regla objetiva de los actos propios y ajenos; la dignidad se constituye en regla de comportamiento, norma que se ve fundamentada y originada en la naturaleza humana, lo cual la vuelve completamente objetiva.

Es sumamente importante aclarar que la objetividad de aquellos derechos y deberes inherentes a la dignidad de la persona humana no puede ser reducida únicamente al aspecto

ético y moral. Cuando Hervada afirma que la persona contiene en sí misma una regla o norma objetiva de los actos propios –ética y moral- hace referencia al hecho de que la persona se debe a un comportamiento conforme a su naturaleza ante sí misma en primera instancia. Luego, debido a aquella socialidad propia de la naturaleza humana, esa misma norma objetiva se aplica respecto de los actos ajenos, dejando de lado lo ético y moral para pasar a lo exigible ante la otra persona, el derecho natural.

En este punto se encuentra una interesante similitud entre el concepto de dignidad de la persona según Hervada y el concepto utilizado en la Constitución del Ecuador. Más allá del debate entre el derecho natural y el derecho positivo, resulta destacable la pretensión de la Constitución de reconocer a la dignidad de la persona como generadora de derechos y obligaciones.

La ponencia de Hervada que afirma que existen derechos y deberes inherentes a la persona humana se encuentra plasmada en la norma constitucional, tal vez no de manera expresa pero sí de manera implícita. Como se observará a continuación, no es necesario que la norma jurídica exprese exactamente las mismas palabras que Hervada para que englobe su idea.

La Constitución del Ecuador establece de manera expresa que el ejercicio de los derechos se regirá por ⁴²ciertos principios. Uno de esos principios determina que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

De esta forma, la norma constitucional defiende la idea de que la dignidad de la persona se entiende como un bien jurídico tan importante que no puede ser afectado por ningún otro derecho o garantía establecidos dentro de la Constitución. Además, hace especial énfasis en la idea de que de la dignidad de la persona se derivan derechos, tal y como lo afirma Hervada.

⁴² El artículo número once (11) de la Constitución de la República del Ecuador determina los principios para el ejercicio de los derechos.

Resultaría por demás aventurado arriesgarse a decir que aquella norma constitucional que afirma que la dignidad de la persona es fuente de derechos y obligaciones ha sido fundamentada específicamente en el pensamiento hervadiano. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que ambos conceptos convergen en este aspecto, lo cual es sumamente positivo para el Derecho en el Ecuador ya que constituye el reconocimiento a la verdadera importancia de la persona y la consagración jurídica de su dignidad como fuente de derechos y obligaciones exigibles.

Tanto el concepto de dignidad de la persona según Hervada como el concepto de dignidad de la Constitución defienden la idea de que de la dignidad derivan derechos y obligaciones. En este caso en concreto, la norma constitucional se encarga de darle un carácter positivo a una idea que encuentra su fuente en el derecho natural, ya que la dignidad de la persona responde a la naturaleza humana y por lo tanto, es anterior al derecho considerado únicamente en su aspecto positivo.

En este punto de la investigación, conviene recordar que el modelo garantista, que es propio de la Constitución, proclama la invalidez de toda norma que se contraponga a los derechos constitucionales de las personas. Para el valor constitucional de dicha norma, se atiende no a su forma sino a su contenido, relacionándola con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento constitucional.

La vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva a que se deba recurrir a un juicio complejo de carácter jurídico antes que moral o político. Dentro de aquellos niveles superiores del ordenamiento constitucional radica precisamente la dignidad de la persona humana como generadora de derechos y deberes. No se trata de aspectos éticos, morales o políticos, sino de un análisis estrictamente jurídico dentro del cual se debe tomar en cuenta no sólo a la norma constitucional escrita sino también al derecho natural.

A su vez, la Constitución del Ecuador prescribe que la ⁴³Asamblea Nacional, y en general, todo órgano que posea potestad de carácter administrativo tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la

⁴³ Ver artículo número ochenta y cuatro (84) de la Constitución de la República del Ecuador.

Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano.

La Constitución busca que el órgano legislativo genere normativa que permita garantizar la dignidad de la persona. Es importante hacer énfasis en que no se ordena únicamente la expedición y adaptación de la normativa en el aspecto formal sino también en el material. Lo cual significa que la dignidad se considera como un principio rector del ordenamiento jurídico nacional.

Es digna de destacar la referida norma de la Constitución ya que prioriza la dignidad de la persona como un valor fundamental al momento de legislar. En cierta medida, esta disposición constitucional coincide con el pensamiento hervadiano. El maestro español asegura que la ley no puede hacer caso omiso a la persona, su dignidad y su realidad, razón por la cual el ordenamiento jurídico debe responder directamente a la naturaleza de la persona.

De esta manera, la relación entre el concepto de dignidad de la persona de la Constitución con el concepto hervadiano encuentra un nuevo punto de conexión: la importancia de la persona y su dignidad para el orden jurídico pueden verse fortalecidas a través de la promulgación de normativa más precisa que permita garantizar la dignidad de las personas y su respectivo respeto.

Finalmente, es prudente decir que la dignidad de la persona es un concepto estrictamente ligado al ámbito jurídico ya que es parte fundamental de la persona, razón de ser del derecho como tal. Es preciso citar al mismo Hervada, quien cierra el tema de la dignidad de la persona al decir:

“Todo lo dicho nos pone de manifiesto que la dignidad de la persona humana no es lenguaje vacío, ni un valor o estimación relativa, sino una dimensión objetiva propia del estatuto ontológico del hombre.” (Hervada, 2000)

En este punto, vale la pena citar nuevamente a la Constitución, que en su preámbulo reza: “Decidimos construir (...) Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad

de las personas y las colectividades;” A simple vista resultaría aventurado asegurarlo, pero sería más que resaltable que una de esas diversas dimensiones a las que hace mención la Carta Magna fuera aquella dimensión objetiva propia del estatuto ontológico del hombre de la que habla Hervada. Para que la dignidad de la persona sea tomada como el fundamento jurídico real que constituye y no sea utilizada simplemente para embellecer discursos.

Colocar a la dignidad de la persona como un principio constitucional y su vez, plasmarlo en las directrices estatales, como el Plan Nacional del Buen Vivir, es una acción más que destacable del Estado; sin embargo, es de suma importancia que se supere lo escrito para poder dar ese tan crucial paso del ser al deber ser.

La dignidad de la persona no debería necesitar de tanto “refuerzo” legal para ser tomada en cuenta dentro del ordenamiento jurídico de una sociedad, pero si se ha decidido positivar tan importante aspecto de la persona entonces se ha de procurar hacerlo de forma que se respete a la persona y jamás se la deje en función de la norma, pues esto podría significar un verdadero retroceso para el derecho.

En este mismo sentido, cabe mencionar que la positivización del derecho natural permite y viabiliza su aplicación dentro del ordenamiento jurídico; transformando la norma natural en un derecho exigible, por ejemplo, dentro de un proceso judicial. Dentro de su obra *“Introducción Crítica al Derecho Natural”*, Hervada reconoce dos pasos fundamentales hacia la positivización del derecho natural:

1. Positivación o toma de conciencia histórica de un derecho natural. Por ejemplo, cuando la humanidad se da cuenta de la igualdad entre hombres y mujeres, o de la necesidad de abolir la esclavitud.
2. Formalización o “tecnificación” necesaria para que el derecho reconocido no se quede a nivel doctrinal: esto se da a través de los procesos de estudio, debate y promulgación y publicación de los derechos en la norma jurídica positiva.

De esta manera, el maestro español reconoce el valor del derecho positivo al permitir que las normas del derecho natural se vean correctamente reflejadas dentro del ordenamiento jurídico.

2.- Relación entre el concepto de dignidad de la persona según Hervada y el concepto de dignidad de la Constitución.

Finalmente cabe dejar en claro, a modo de resumen, cuál es la relación existente entre en el concepto de dignidad de la persona según el maestro Javier Hervada y el concepto de dignidad de la Constitución del Ecuador. Dos conceptos que se confunden en la línea más primitiva de su pensamiento pero que van distinguiéndose el uno del otro a medida que se va desarrollando.

Ha quedado claro que el pensamiento de Hervada recoge la dignidad de la persona a nivel filosófico jurídico, tomando en cuenta el estatuto ontológico de la persona a nivel trascendental. Por su parte, el neo constitucionalismo se enfoca en colocar a la dignidad de la persona como uno de sus principios fundamentales al brindarle el carácter positivista de legalidad, sin tomar en cuenta la participación en el acto de ser de la que habla el maestro español.

En primer lugar, resulta evidente que ambos conceptos responden a corrientes separadas, razón por la cual las similitudes encontradas pueden ser categorizadas como fortuitas o accidentales; sin embargo, es digno de destacar que para las dos corrientes la dignidad de la persona se encuentra investida de una importancia jurídica que amerita su inclusión y protección dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Para ambas corrientes, la dignidad de la persona es, en parte, un concepto absoluto. Pero es importante recalcar que para el neo constitucionalismo plasmado en la Constitución del Ecuador ese aspecto absoluto responde únicamente a la naturaleza humana de la persona y para el pensamiento hervadiano responde además, a la existencia del Ser Subsistente. Para Hervada la naturaleza humana es fuente de las normas de comportamiento de la persona y se reconoce por la participación del ser en el Ser Subsistente.

Adicionalmente, tal y como ha quedado explicado con anterioridad, el pensamiento hervadiano también considera el aspecto relativo del concepto de dignidad de la persona; tema que no es tomado en cuenta dentro del concepto plasmado en la Constitución del Ecuador.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- Conclusiones.

Una vez analizado lo principal de la obra del doctor Javier Hervada Xiberta, podemos concluir que la dignidad es un concepto filosófico-jurídico que configura a la persona como un individuo reglado por normas inherentes a su ser, con derechos reglados y delimitados por su mismo ser, por su naturaleza, que tiene una ordenación a la relación con los demás y a sus fines naturales. El derecho, como una materia vinculada directamente con el hombre, no puede hacer caso omiso a la naturaleza de la persona.

El ordenamiento jurídico debe estar orientado a garantizar el respeto a la dignidad de la persona como uno de sus principios fundamentales. Así mismo, urge que exista una verdadera concientización del concepto de dignidad de la persona, comprendiéndola en su espectro no únicamente jurídico y estrictamente legal, sino en su ámbito filosófico y antropológico.

Por otro lado, el concepto de dignidad de la persona según la Constitución del Ecuador se enfoca en la dignidad en su aspecto absoluto, considerándolo como un principio que se reconoce a nivel constitucional debido a los derechos y obligaciones que de él devienen. El hombre podría configurar aquellos derechos generados por su dignidad hasta el punto de ser su propia ley.

La relación entre ambos conceptos de dignidad encuentra similitudes fortuitas en su línea base de pensamiento; sin embargo, conforme se va desarrollando el pensamiento de cada una de las corrientes, se puede encontrar diferencias sustanciales que las separan y nos

permiten decir que el pensamiento de Hervada es más profundo y completo en su consideración de dignidad de la persona

2.- Recomendaciones.

Dentro de la misma línea de la presente investigación, se recomienda realizar una profunda investigación analítica acerca de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional a partir de la promulgación de la nueva Constitución de la República del Ecuador, que permita determinar de qué manera se están aplicando el principios fundamentales de la dignidad de la persona al momento de impartir justicia a nivel constitucional.

Así mismo, sería prudente realizar un análisis de la Constitución del Ecuador con énfasis en la importancia del derecho natural como una materia fundamental para el ejercicio del derecho.

Por su parte, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades y en su calidad de máxima instancia de interpretación de la Constitución, podría manifestar, a través de un pronunciamiento oficial, su definición de la dignidad de la persona humana utilizada en la Carta Magna. De esta forma podrían surgir posibles reformas o aclaraciones necesarias para el ejercicio del Derecho en nuestro país.

De igual manera, se recomienda el fortalecimiento del iusnaturalismo dentro de la formación de los estudiantes de Jurisprudencia, así como también la correcta preparación de los maestros en la materia en cuestión. La Universidad, a través de su facultad, debería procurar darle al derecho natural la importancia que merece dentro de su malla curricular para formar futuros profesionales del derecho capaces de cuestionar aquella normativa o acto administrativo que vaya en contra de la persona y su dignidad.

Finalmente, se recomienda la utilización de la obra del doctor Javier Hervada Xiberta como uno de los autores principales dentro de la cátedra Filosofía del Derecho dentro de la carrera de derecho.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alberto, B. (2004). Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. *Justicia Penal y Estado de Derecho*.
- Amado, J. G. (2007). Sobre el neo constitucionalismo y sus precursores . *Teoría del Derecho y Proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial* .
- Baquero, D. J. (2009). *Ética para políticos y juristas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Carbonell Sánchez, M. (2010) *El nuevo constitucionalismo en América Latina. Corte Constitucional: Quito, Ecuador*.
- Chávez, J. (2010). *La condición de persona como fundamento del dercho en la iusfilosofía de Javier Hervada*. Chía, Colombia.: Dikaion.
- Duarte Cuadros, R. (2011) *Perspectivas de la filosofía del derecho y las teorías jurídicas contemporáneas*. Bogotá: Universidad Libre.
- Escrivá Ibars, J. (2008) *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte I*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- González Pérez, J. (1986) *La dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Civitas.
- Herrera, C. (2010). *Derecho y Filosofía*. Bogotá: Dikaion.
- Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Hervada, J. (1999). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Piura: Ediciones Universidad de Piura.
- Hoyos M, I. (2005). *De la dignidad y los derechos humanos*. Bogotá: Temis.
- Pollma, A. (2008) *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de la actualidad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Restrepo, H. V. (1993). *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*. Santafé de Bogotá: Temis.
- Santamaría, R. Á. (2011). *El Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución 2008*. (Primera ed.). (A. A. Martínez, Ed.) Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Santiago, D. A. (2008). Neo Constitucionalismo. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* , 26.

- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES). (2013). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*.
- Sentencia Interpretativa , 001-08-SI-CC (Corte Constitucional 2 de diciembre de 2008).
- Unamuno, M. (1967) *La dignidad humana*. Madrid: Escasa Calpa, colección austral.
- Zavala Egas, J. (2010) *Derecho constitucional, neo constitucionalismo y argumentación jurídica*. Quito: Edilex.