

Carlos de Cores, Raúl Gamarra

El derecho humano fundamental al libre desarrollo de la personalidad

The fundamental human right to the free development of personality

SOMMARIO: Introducciòn – 1. Los derechos humanos fundamentales: de la individualidad a la fraternidad – 1.1. Breve historia de los derechos humanos fundamentales – 1.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos – 1.3. La persona y su dignidad – 1.4. Los Derechos Humanos y el concepto de Derecho – 1.5. El bloque de constitucionalidad. Los sistemas de Derechos Humanos entre el derecho interno y el derecho internacional – 1.6. El Estado Constitucional de Derecho – 1.7. Hacia el Constitucionalismo fraternal y la aplicación de la fraternidad en los derechos humanos – 2. El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad – 2.1. Libertad y dignidad – 2.2 El sintagma “derecho al libre desarrollo de la personalidad” – 2.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE) – 2.4. La jurisprudencia de los Tribunales Regionales – 2.5. La proyección social y económica del derecho al libre desarrollo de la personalidad – 2.6. Carácter complejo del desarrollo de la personalidad – 2.7. Desarrollo y arbitraje de las necesidades – 2.8. La construcción del Índice de Desarrollo Humano – 2.9. Los retos de la tecnología – 2.10. Nos encontramos ante el fin del humanismo y de la libertad? – Conclusion.

This article looks for defining and shaping the concept of free development of one’s personality as a fundamental human right.

In order to meet such goal, the starting point is the concept of fundamental human rights as defined in international instruments as the Universal Declaration of Human Rights issued by the General Assembly of the United Nations Organization in 1948. Afterwards, attention is paid to the effectiveness of such rights, affirming the historical need and opportunity to achieve standards of basic equality among all human beings without exclusions and the importance of obtaining wide consensus about the metrics of human development such as the Human Development Index

created by the United Nations Development Program, that should go far beyond economic parameters.

KEYWORDS: Fundamental Human Rights, Integral Human Development, Human Development Index

Introducciòn

El hilo conductor de este artículo es una breve reflexión sobre el libre desarrollo de la personalidad considerado como derecho humano fundamental; sobre su aparición como tipo normativo, sobre su contenido, sobre el proyecto político que el mismo sustenta, sobre los desafíos concretos que encuentra su efectiva realización y finalmente, sobre los retos que enfrenta en el futuro, planteados sobre todo por el vertiginoso desarrollo de la tecnología.

Ha sido escrito en cumplimiento de la promesa hecha (la libertad de prometer y la natural fuerza obligatoria de la promesa constituye una de las libertades fundamentales para el desarrollo de la personalidad) al colega Aldo Andrea Cassi, en oportunidad de la invitación para colaborar con la revista *Fundamental Rights. Rivista di studi storici giuridici antropologici*, nueva iniciativa editorial con un objeto específico: los derechos “fundamentales”, o “humanos”, “inviolables”, “non negociables”, o “naturales”, todas expresiones cuya variedad semántica constituye – él lo indica – una de las aristas del desafío.

Las responsabilidades que me ha impuesto recientemente el cargo que ocupo, limitan mucho mis posibilidades de investigación; sin embargo, me sentí inclinado a aceptar el trabajo. En primer lugar por el aprecio a Aldo Andrea Cassi y a los queridos y prestigiosos colegas de la Universidad de Brescia con los cuales hemos compartido durante décadas el trabajo académico: Alberto Sciumé, Fabio Addis, Antonio Saccoccio, Cristina Amato, Federica Paletti, Alan Sandonà, Elisabetta Fusar Poli y tantos otros; pero también porque entre las características de la nueva *Revista Fundamental Rights* estará la búsqueda de la intersección de investigaciones, competencias y metodologías no ortodoxas, superadoras de las matrices político-burocráticas que muchas veces nos impone la institucionalidad universitaria y el mundo académico, connotando, al decir de Aldo Andrea Cassi, interrelaciones epistemológicas propias de la historia, la filosofía, el derecho, la psicología, la medicina legal, orientadas a perspectivas abiertas, inspiradoras de nuevas líneas dotadas de capacidad de innovación y

creatividad, todos ellos aspectos de necesaria consideración en una visión global del conocimiento.

A partir de esa situación de mi experiencia concreta, en el instante heurístico que acompaña la puesta en marcha de toda investigación, en ese contexto de descubrimiento en el que aparecen en forma imprevista las ideas que deberán ser luego sistematizadas, controladas y verificadas por el investigador en el proceso científico, aparece la vinculación entre Economía Humana y Derecho al Desarrollo de la Personalidad, o Derecho al Desarrollo Humano *tout court*.

La Economía Humana – definía su inspirador, Louis Joseph Lebret O.P., «es la disciplina - a la vez del conocimiento y de la acción - del paso, para un pueblo determinado, y para los grupos que lo constituyen, desde una fase menos humana a una fase más humana, al ritmo más rápido posible, con el costo menos elevado posible, teniendo en cuenta la solidaridad entre los grupos y los pueblos. Y el desarrollo es precisamente la serie de esos pasos»¹.

El Centro Latinoamericano de Economía Humana, fundado en Montevideo en 1957 y devenido luego de 60 años en Universidad, definía así su núcleo fundacional:

«La Economía Humana ... define un ideal límite: un régimen económico que en su propio funcionamiento normal esté orientado a la satisfacción efectiva de las necesidades. De las necesidades totales de todos los hombres. A su conjunto íntegro y jerarquizado; no a simplificaciones deformantes, no a una abstracción monetaria».²

Y la visión de cómo lograrlo es también ilustrativa:

«Un vasto esfuerzo de realización debe ser montado, en el que, íntimamente ligados al trabajo científico, las fuerzas educativas y asistenciales, los movimientos obreros de la ciudad y del campo, las energías locales y municipales, las fuerzas políticas de amplia visión y los organismos nacionales e internacionales, fuercen, a todos los niveles la transformación hacia una Economía Humana».

Esta visión tiene su origen en la tradición intelectual del movimiento denominado “Economía y Humanismo”, y tiene por eje fundamental el desarrollo humano, como lo define la encíclica *Populorum Progressio*, del Papa Pablo VI, inspirada, entre otros, por el propio Lebret:

«14. El desarrollo no se reduce al simple crecimiento económico. Para ser auténtico, debe ser integral, es decir, promover a todos los hombres y a todo

¹ L. J. LEBRET, *Dinámica concreta del desarrollo*, Docencia, Buenos Aires, 2014, p. 32.

² A. LALANNE, *Ethos du Claeh*, en *Développement et civilisations*, n. 445, 2018, pp. 1 a 4, disponible en www.rieh.org.

el hombre. Con gran exactitud ha subrayado un eminente experto: “Nosotros no aceptamos la separación de la economía de lo humano, el desarrollo de las civilizaciones en que está inscrito. Lo que cuenta para nosotros es el hombre, cada hombre, cada agrupación de hombres, hasta la humanidad entera”»³.

Separar el concepto de desarrollo de la medida monetaria del Producto Bruto Interno - medida a la que el *mainstream* de la economía clásica ha reducido la idea de desarrollo - enriquecerla con muchas otras connotaciones, y observar cuidadosamente los resultados de las políticas públicas en cuanto a la eficacia en la aplicación efectiva de los derechos, es lo que se encuentra en el núcleo de la idea de Economía Humana y de desarrollo humano, concepto que dialoga fácilmente con el sintagma “derecho al libre desarrollo de la personalidad”, lo que lleva a intentar profundizar y explicitar las connotaciones de esa relación.

Los ejes de esta reflexión, han de pasar por integrar el concepto de desarrollo humano (contenido del derecho homónimo) con una pluralidad de dimensiones, y al mismo tiempo concebirlo como un resultado que se obtiene no en forma individual, sino llegando a determinados índices de desarrollo humano que se predicen respecto del conjunto de las poblaciones.

A partir de este *topos* original, más que explorar una parcela de la realidad mediante el instrumental de una disciplina del conocimiento, este trabajo, o más bien, ensayo, aun partiendo de un enfoque esencialmente jurídico, pretende abarcar en una mirada sintética, una visión integral de la realidad compleja, sin más pretensión que proponer una reflexión crítica.

Y ello puede revestir interés, porque no abunda la literatura específica sobre el tema. No existe una clara definición de libre desarrollo de la personalidad, ya que en el concepto personalidad confluyen factores tanto jurídicos como extrajurídicos, tanto psicológicos como éticos⁴. Múltiples disciplinas han profundizado en el tema del desarrollo de la personalidad: la Psicología, la Sociología, la Filosofía, la Economía; pero también el Derecho puede contribuir con su particular armamentario metodológico a una perspectiva que aspire a ser completa; de allí la inquietud por profundizar en el concepto de “derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

³ La cita corresponde precisamente a L.J. LEBRET O.P., *Dynamique concrete du developpement, Economie-Humanisme*, Paris, 1961, p. 28. Las ideas fundamentales contenidas en las encíclicas *Gaudium et Spes* y *Populorum Progressio* del PAPA PABLO VI, son continuadas en el magisterio de la Iglesia Católica hasta la reciente *Laudato Si* del PAPA FRANCISCO.

⁴ A. MARRADES PUIG, *Lucas y sombras del derecho a la maternidad: análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia España, 2002, p. 83.

Se ha sostenido que con el sintagma “derecho al libre desarrollo de la personalidad” se busca referir a normas que pretenden unificar los diversos medios de tutela que tienen como finalidad común de proteger integralmente a la persona humana. Puede decirse que el derecho al libre desarrollo de la personalidad busca proteger el diseño y estilo de vida de cada individuo, los caminos y decisiones autónomas que éste tome durante su existencia⁵. Como dice Remolina Vargas, «el libre desarrollo de la personalidad se ha convertido en un eslogan incuestionable en nuestra sociedad. Y no sin razón. La libertad es una característica constitutiva del ser humano. Y es el fundamento de su dignidad. El hombre es libre por naturaleza. Y ha de asumir autónomamente la construcción de su vida y su destino. Es libre para realizar plenamente su humanidad»⁶.

Sin embargo, la cuestión genera inmediatamente complejidades, porque hay distintas concepciones de la libertad. El mismo Remolina Vargas sostiene: «Soy libre cuando soy capaz de obrar guiado no por mis gustos o inclinaciones sensibles, sino de acuerdo con la “recta razón”, es decir, guiado por los principios éticos que me indican el horizonte de una auténtica humanidad». De modo que aparece en el horizonte un parámetro que califica la libertad. La cuestión es que esos parámetros difieren de cultura en cultura, lo que genera una posible actitud escéptica.

No obstante, la tesis fundamental de este artículo es que aparecen amplios consensos, en torno a definiciones derivadas del derecho constitucional comparado y el derecho internacional de los derechos humanos, así como de ideas de economistas que piensan en qué falta para que sea posible superar la situación actual en la que una enorme parte de la humanidad carece de lo indispensable para una subsistencia razonable, es decir, ve limitado el libre desarrollo de su personalidad.

La reflexión sobre el significado de la expresión “derecho humano fundamental al libre desarrollo de la personalidad” partirá entonces de una explicación sintética del concepto de derechos humanos; continuará observando el proceso ocurrido desde su consagración en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; constatará el estado de la discusión a partir de la toma de conciencia de la situación de desigualdad e inequidad

⁵ K. J. VILLALOBOS BADILLA, *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, Tesis de Licenciatura en Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2012. viii y 360, p. 67, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>, p. 1.

⁶ G. REMOLINA VARGAS, S.J., *El libre desarrollo de la personalidad*, en *Revista Hoy en la Javeriana*, junio de 2019, año 58, n. 1348, p. 25, disponible en https://issuu.com/pujaveriana/docs/hoy_en_la_javeriana_junio_2019_web.

observable a nivel global, que priva en los hechos a miles de millones de seres humanos de derechos considerados fundamentales, proponiendo la recuperación del valor “fraternidad”, integrante del tríptico de la Revolución Francesa tan conocido como postergado; hará una referencia a los retos que en ese sentido presenta la revolución tecnológica que inunda a toda la humanidad, para concluir sosteniendo la importancia del concepto de libre desarrollo de la personalidad como línea conductora de un camino hacia una sociedad más justa.

Consciente de mis propias limitaciones en un tema que convocaba fundamentalmente el derecho constitucional y los derechos humanos, invité a compartir el trabajo a mi amigo Raúl Gamarra, que ha dedicado décadas a profundizar la temática objeto del estudio. Le agradezco enormemente haber aceptado y contribuido al aparato crítico y a la utilidad de este trabajo. A él le corresponde la autoría exclusiva del capítulo I.

1. Los derechos humanos fundamentales: de la individualidad a la fraternidad

1.1. Breve historia de los derechos humanos fundamentales ⁷

El esfuerzo del hombre por la afirmación de los derechos fundamentales, ya no solo en el campo doctrinario sino en el campo institucional, se puede alcanzar siguiendo el recorrido histórico de la sucesiva consagración jurídica de una serie de principios y de derechos fundamentales que concluyen en esas formulaciones de alta técnica que son las declaraciones de los Derechos del Hombre y textos semejantes⁸.

⁷ Seguimos en la terminología a C. J. SANTAGATI, *Manual de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2012, p. 59, quien destaca que «utilizamos la expresión derechos fundamentales para referirnos a aquellos Derechos Humanos que han sido reconocidos por los ordenamientos jurídicos, esto es, en cuanto Derechos Humanos positivizados, que gozan además, al menos en principio de un sistema de garantías reconocidos por las normas jurídicas».

En el lenguaje corriente en América Latina se usa hoy en forma casi unánime el término Derechos Humanos, reservándose el término Derechos Fundamentales en ámbitos jurídicos como un lenguaje más técnico. Pero en el pasado no fue tan así, véase A. BARBAGELATA, *La Democracia*, Montevideo, 1983, p. 27, quien nos da un concepto de derechos fundamentales y derechos humanos al expresar: «el modo como la democracia concibe al hombre lleva a reconocer a todos los miembros de la familia humana, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, la tenencia y goce de ciertos derechos fundamentales a los que por su entrañable radicación y relevancia y con independencia de las arduas y no agotadas contiendas acerca de su naturaleza, se les da universalmente el nombre de derechos humanos».

⁸ A. BARBAGELATA, *Derechos Fundamentales*, 1975, Montevideo, p. 49. Destaca el autor que el punto de transición entre el antiguo sistema de derechos fundamentales, y las modernas

No puede dejar de expresarse aquí que la primera que se dirige a todos los hombres es la denominada “Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789. Desde esa fecha, las Constituciones francesas mantienen también esa vocación universal, que no tenían los documentos americanos de 1776⁹.

En el siglo XX, luego de la Primera Guerra Mundial, se produce la incorporación de los textos referidos a los derechos fundamentales en varias constituciones nacionales, las cuales suelen seguir una depurada técnica fruto de la intervención en la elaboración de eminentes juristas de Derecho Público, como Preuss o Kelsen¹⁰. Todas estas formulaciones de los derechos fundamentales fueron manifestaciones particulares de los Estados.

Después de la Segunda Guerra Mundial y constituida la Organización de las Naciones Unidas, se pensó en la necesidad de hallar una fórmula que permitiera una mayor protección de los derechos fundamentales. Kant había intuido –destaca Barbagelata– que el problema de los derechos del hombre quedaba sin solución si no se le consideraba desde el punto de vista internacional; de allí la idea y finalmente también la consagración de una Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue adoptada por unanimidad por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948¹¹.

1.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

En opinión de Aquini, es probable que, de cualquier manera, aun cuando no hubiera habido dos conflictos mundiales en el siglo XX y sobre todo la aberración nazi, la humanidad se hubiera orientado a definir los principios comunes inherentes a la dignidad de la persona humana; pero sin duda los acontecimientos históricos le dieron un impulso decisivo para llegar, en menos de tres años, a la redacción de la Declaración Universal de los

declaraciones de los derechos humanos se encuentra claramente en el siglo XVIII, con la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración Francesa de 1789, como la propia declaración de la Constitución de Massachusetts de 1780. C. J. SANTAGATI, *Manual de Derechos Humanos*, cit., p. 56, donde el autor señala la importancia que tuvieron en la historia de los Derechos Fundamentales los teólogos y juristas de la Escuela Española (siglos XVI y XVII), pues realizaron un esfuerzo de adaptación creativo del iusnaturalismo medieval a los problemas de modernidad y prestaron una contribución decisiva a la afirmación de los Derechos Humanos; entre ellos cabe destacar a Francisco Suárez, Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas, Fernando Vázquez de Menchaca y otros.

⁹ A. BARBAGELATA, *Derechos Fundamentales*, cit., p.57.

¹⁰ *Ibidem*, p. 59.

¹¹ *Ibidem*, p. 69.

Derechos Humanos¹². La carta de la ONU, aprobada en junio de 1945, preveía entre sus fines y principios en el art. 1, «el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión».¹³

Señala Aquini que la Declaración se diferencia de las anteriores cartas de derechos del siglo XVIII en tres aspectos fundamentales.

a) La universalidad. Los Estados que aprueban la declaración lo hacen dentro de la ONU, organización de vocación universal y la centralidad le es dada a la dignidad humana superior al Estado, se refiere a la familia humana universal evocada en el Preámbulo de la Declaración.

b) La autonomía del individuo ante la autoridad. Si bien este concepto ya se encontraba presente en las anteriores Cartas, en la Declaración se amplía en dos sentidos. Por una parte, el art. 28 subraya la necesidad de «un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos». Pero además, el art. 29, viene a colación del argumento del presente trabajo, dado que subraya que «toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad». Se aprecia una referencia expresa al libre desarrollo de la personalidad, y se evidencia – aclara Aquini – que el libre desarrollo de la personalidad es individual, pero también como miembro de instituciones intermedias y más en general como miembro de la familia humana.

c) Un tercer elemento novedoso de la Declaración es la definición de los derechos económicos y sociales, considerados como uno de los pilares de la Declaración, cuyo carácter es completamente nuevo en el plano internacional y cuya fuerza no es nada inferior a la de los otros derechos¹⁴. Esta dimensión se revelará indispensable a la hora de elaborar el concepto de derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.

¹² M. AQUINI, *Fraternidad y Derechos Humanos*, en A.M. BAGGIO (cur.), *El principio olvidado: la fraternidad*, Buenos Aires, 2006, traducción Honorio Rey, p. 271. Agrega el autor que el proceso de redacción iniciado por el Consejo Económico Social de la ONU, el 16 de febrero de 1946, se concluyó con la aprobación definitiva por parte de la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

¹³ M. AQUINI, *Fraternidad y Derechos Humanos*, cit., p. 271.

¹⁴ R. V. CASSIN, *La déclaration universelle et la mise en oeuvre de l'homme*, en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Paris, XXXI (1951). Cassin participó en primera persona en la redacción de la Declaración como miembro del Comité de Redacción, eminente jurista francés de gran labor en la restauración de Francia luego de finalizada la Gran Guerra, recibió años después el Premio Nobel de la Paz.

1.3. La persona y su dignidad

La dignidad de la persona ocupa un rango preferencial en materia de derechos de la persona cuando la ciencia del derecho constitucional elabora un listado de conceptos sobre su protección, y de gran importancia tanto por las doctrinas que postulan su carácter de principio general básico del ordenamiento jurídico, hasta quienes le confieren una jerarquía incluso superior a la vida humana (por entender que la dignidad impone como condición la vida digna), el arco de derechos recibe una muy fuerte irradiación axiológica al deparar recepción a la dignidad de la persona, baste esto para dejar tendido el puente hacia los derechos humanos con el vasto arsenal normativo que a la fecha ofrece el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Tal vez esta circunstancia de que solamente en sociedad el ser humano es capaz de vivir su vida individual permita comprender lo valioso que resulta destacar la dignidad de la persona, porque es esta dignidad la que al insertarse en la convivencia confiere realce al protagonismo participativo del hombre, y a toda la red de derechos que se enclavan en la organización política. *Dignidad, sociabilidad y convivencia* componen la trilogía desde la que el mundo político y jurídico recibe encuadre y finalismo¹⁵.

«Lo propio del Estado Constitucional de Derecho – expresa Delpiazzo – que impregna todo el ordenamiento jurídico, es el reconocimiento de la primacía de la persona humana, derivada de su eminente dignidad, de la que se desprenden todos y cada uno de los derechos fundamentales desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse...»¹⁶. Es que la dignidad humana es intangible y de máximo valor no por imperio de disposición alguna sino por el origen y naturaleza del hombre, impregnando por tanto, todas las ramas del

¹⁵ G. BIDART CAMPOS, *Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional*, cit., pp. 76 - 78.

¹⁶ C. DELPIAZZO, *Dignidad humana y calidad del Estado de Derecho en Estudios de Derecho – Generación 1970*, Montevideo, 2018, p. 44. Alberto Ramón Real había destacado que en el art. 72 de la Constitución de Uruguay que establece «la enumeración de los derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la persona humana...», inherentes son aquellos derechos inseparables de dicha personalidad, de los que se goza por el solo hecho de ser hombres, en A. R. REAL, *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1965, p.24.

Derecho¹⁷ e incidiendo en la recta jurisprudencia sobre los derechos humanos¹⁸.

Desde hace unos cuantos años y bajo importantes desarrollos doctrinarios de varios autores – entre los que se destaca el aporte del filósofo francés Jaques Maritain¹⁹ – se logró instalar definitivamente en los ambientes académicos y del pensamiento católico, el concepto de dignidad de la persona humana. Esa centralidad de la persona y su dignidad aparecerán con fuerza en varios documentos de la Doctrina Social de la Iglesia²⁰, lográndose su posterior expansión y universalización en todo el desarrollo del Constitucionalismo moderno y de los derechos humanos.

Destaca el gran constitucionalista argentino Germán Bidart Campos que hay varios documentos de la Iglesia que toman como centro el ser humano y su dignidad de persona, y eso se traslada al derecho constitucional. Ciertamente, la dignidad personal como pauta fundamental puede ser y es postulada y defendida como categoría del derecho constitucional también por quienes no

¹⁷ M. BLENGIO VALDES, *El derecho al reconocimiento de la dignidad humana*, Montevideo, 2007, p. 55 y ss.. En igual sentido: N. SAGÜES, *Dignidad de la persona e ideología constitucional*, en *Revista de Derecho Constitucional y Político*, Tomo XII, n. 72, Montevideo, 1996, p. 679 y ss.; H. NOGUEIRA ALCALÀ, *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*, en *Revista Ius et Praxis*, año 9, n. 1, 2003, Universidad de Talca, Chile, donde expresa que: «la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos, tal dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos».

¹⁸ M. BRITO, *La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo*, en *Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo*, Montevideo, 2012, p. 165 y ss. En relación a la funcionalidad de la dignidad humana la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que se identifican tres lineamientos: i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido como valor. ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y iii) la dignidad humana como derecho fundamental autónomo (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-239/16, 16/05/2016, punto 2.4, párrafo 6).

¹⁹ J. MARITAIN, *Para una filosofía de la persona Humana*, Buenos Aires, 1984, p. 159. El libro recoge conferencias realizadas por el autor en el Curso de Cultura Católica de Buenos Aires, en agosto y setiembre de 1936. En su gran producción de 55 libros Maritain trató muchísimas veces el tema de la centralidad de la persona y su dignidad siendo muy clara su influencia en el ambiente académico, véase por todos S. MOYN, *Jacques Maritain: los orígenes de los Derechos Humanos y el pensamiento político cristiano*, en *Los Derechos Humanos y el diálogo intercultural: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, génesis, evolución y nuevos derechos*, Coordinadores Luigi Bonanate – Roberto Papini, Buenos Aires, 2010, pp. 97-124.

²⁰ C. J. SANTAGATI, *Manual de Derechos Humanos*, cit. p. 55, destaca que «la doctrina cristiana al afirmar que todos los hombres tienen una misma dignidad esencial... que los iguala como hermanos asignándoles por esto los mismos derechos sin distinción alguna», lo que ha sido reflejado en varios documentos sociales de la Iglesia.

la adosan a una creencia religiosa, y quienes, desde cualquier fuente filosófica, ética o cultural, comparten la antropología humanista²¹.

1.4. Los Derechos Humanos y el concepto de Derecho

Por derechos humanos se entiende a aquellos derechos subjetivos que tienen su título – o fundamento o justificación – en las notas esenciales del modo de ser del hombre, se poseen lo establezca o no la legislación positiva y aún contra de ella. Ello supone la necesidad de la existencia de al menos un principio suprapositivo en el que se fundarían esos derechos²².

Agrega Bidart Campos que «todo hombre, todos los hombres, tienen naturaleza, su naturaleza humana común que a todos los hace ser persona. Y personas con dignidad que, por inherencia de esa misma naturaleza, a su fin, a su innata predisposición y necesidad de convivir y de organizar políticamente ese ayuntamiento comunitario, están investidas de derechos fundamentales, los famosos derechos humanos de hoy²³.

Se ha destacado también que los derechos humanos son preexistentes a las leyes positivas porque el hombre los tiene por su dignidad de persona o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana, que deben ser reconocidos por las leyes que no los otorgan o conceden²⁴. Los derechos humanos son inherentes a la persona humana o a la dignidad de la persona humana, anteriores a todas las normas por el solo hecho de ser seres humanos y no dependen de la nacionalidad, ni del territorio, ni pueden ser limitados o desconocidos con invocaciones a la soberanía estatal o al poder estatal²⁵.

²¹ G. BIDART CAMPOS, *Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2003, p.75.

²² C. I. MASSINI, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1994, p. 88.

²³ G. BIDART CAMPOS, *La interpretación del Sistema de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1994, pp. 25 y 31 donde agrega el autor que esos derechos son relativos –y no absolutos– quiere decir “los míos” (los de cada uno) tienen que coordinarse solidariamente con los iguales de “los otros” (de cada uno), principio constitucional que se refiere al uso de la función social de los derechos.

²⁴ J. HERVADA, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho*, comunicación presentada al X Congreso de Filosofía *Los Derechos Humanos* celebrado del 18-23 de octubre de 1981 en Florida EEUU y publicado en *Persona y Derecho*, IX (1982), pp. 243-256. En igual sentido, véase también D. A. HERRERA, *La persona y el fundamento de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2012, p. 310.

²⁵ E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M. RISSO FERRAND, *Introducción al Derecho*, Montevideo, 2007, p. 130.

En igual sentido A. SEN, *La idea de justicia*, Madrid, 2010, p. 387, donde destaca también que esos derechos deben ser respetados por los otros, y cuestiona a una corriente de escépticos que ven la retórica de los derechos humanos como palabrería, rechazo que destaca no es nuevo, citando a JEREMY BENTHAM que en su libro *Anarchical fallacies* escrito en 1791-179, proponía un rechazo absoluto de las reivindicaciones de los derechos de las revoluciones americana y francesa expresando “los derechos del hombre” como “disparates”.

Coincidimos con Hervada en sostener la realidad de los derechos humanos, esto es, su existencia objetiva, por lo que corresponde a la filosofía del derecho dar una noción de derecho que se acomode a esa realidad y no la inversa²⁶.

1.5. El bloque de constitucionalidad. Los sistemas de Derechos Humanos entre el derecho interno y el derecho internacional

Como ha destacado muy bien Risso Ferrand, «debe mencionarse un cambio profundo, seguramente impensado hace unos pocos años en que los derechos humanos se constituyen en el centro del ordenamiento jurídico, en la médula del sistema. Toda cuestión que se plantee debe, necesariamente, partir del análisis de los derechos humanos y, a su vez, los derechos humanos serán los compañeros de ruta del Juez o del intérprete en general, y deberán ser puerto de llegada para que el razonamiento sea válido»²⁷.

La sede de consagración de estos derechos abarca tanto el Derecho Constitucional interno de los Estados, como el Derecho Internacional.

En efecto, se ha hecho evidente en los últimos tiempos la formación de mecanismos internacionales institucionalizados y permanentes, y su evolución en los últimos setenta años marca un hito de singulares características en las relaciones internacionales. Entre ellas, y en el marco tanto de la ONU, como en las organizaciones internacionales regionales asume relevancia el sistema o los sistemas cuyos fines tienden a la protección internacional de los derechos humanos²⁸.

En América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un “bloque” de los derechos humanos, integrado por los derechos asegurados explícitamente en los textos constitucionales nacionales, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana.

Arribar a este concepto ha sido un proceso largo y complejo, en el que fue básico el aporte del gran Maestro argentino Germán Bidart Campos, y los

²⁶ J. HERVADA, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 256.

²⁷ E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M. RISSO FERRAND, *Introducción al Derecho*, cit., p.135.

²⁸ G. BIDART CAMPOS, S. ALBANESE, *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Buenos Aires, 1998, pp. 13-15. Allí el autor recuerda que uno de los propósitos de la creación de las Naciones Unidas ha consistido en mantener la paz y la seguridad internacionales, y para ello se impone, entre otras obligaciones, el respeto a los derechos humanos. Similares disposiciones en las cartas constitutivas regionales.

constitucionalistas chilenos, José Luis Cea Egaña y Humberto Nogueira Alcalá. También en Argentina han sido significativos los aportes de Agustín Gordillo en cuanto ningún Estado puede fundar un derecho interno, así sea constitucional, para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de cualesquiera otras garantías, derechos y libertades públicas mínimos de cada individuo en su propio país. «El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento por lo menos en el plano interno»²⁹.

En Europa, Häberle ha destacado que «el Estado constitucional se transforma al igual que lo hace hoy comúnmente el Derecho Internacional. El Derecho Constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el internacional, sino lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el Derecho internacional no termina allí donde empieza el Derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de Derecho son tan intensas que solo pueden producir su *complementariedad* respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de *Derecho común de cooperación*. El Estado *social cooperativo* no conoce la alternativa del llamado *primado* del Derecho Internacional ni tampoco la del Derecho interno de cada Estado, sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del Derecho internacional y de las de los ordenamientos constitucionales internos hasta el extremo de que parte del Derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, de un todo común inescindible...»³⁰.

1.6. El Estado Constitucional de Derecho

Es importante finalmente tener clara la evolución que en los últimos años ha sufrido todo el tema del Estado de Derecho y su mutación a un Estado Constitucional, lo que ha significado un verdadero cambio de paradigma³¹. En efecto, se pasa del Estado de Derecho legislativo, en que la ley era el centro del sistema jurídico regido por el denominado principio de legalidad, a una nueva concepción del derecho con la exaltación del Estado Constitucional de Derecho.

Con la expresión “Estado Constitucional” nos referimos al que se propone para las sociedades pluralistas actuales, esto es, las sociedades dotadas de

²⁹E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M. RISSO FERRAND, *Introducción al Derecho*, cit., p. 134.

³⁰P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución*, p. 263.

³¹G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 2007, p. 34.

pluralidad de valores y principios obligados a la necesaria coexistencia de los contenidos³².

Como ha destacado acertadamente Bandieri³³, lo que hace posible esta coexistencia es el “Estado Constitucional de Derecho”, en donde se produce una doble sujeción del “derecho bajo el derecho” (en feliz expresión de Ferrajoli), sujeción en la forma y en la sustancia. En la forma, por ajustarse a los modos de producción del derecho y a las esferas de competencia de cada órgano; en la sustancia, por la validación constante de cada producto jurídico por su escrutinio frente a los derechos humanos de estructura abierta, resultante de constituciones y convenciones.

El derecho supremo, que sujeta todo lo jurídico, es la Constitución... pero ya no se trata de la Constitución que preside cada ordenamiento nacional, sino una constitución cosmopolita que culmina en la creación de una “esfera pública mundial”³⁴, proveedora de principios y valores, que ponen en acto derechos humanos en constante expansión. La Constitución es ahora una constitución global, cosmopolita, un derecho del individuo cosmopolita recogido en convenciones y en declaraciones regionales o universales, y extendido interpretativamente por tribunales supremos³⁵.

1.7. Hacia el Constitucionalismo fraternal y la aplicación de la fraternidad en los derechos humanos

El Estado Constitucional de Derecho ha significado a nuestro juicio un avance sustancial con relación al Estado de Derecho legalista y sobre todo en la búsqueda de una mayor protección de las personas y de la justicia en la solución de los juicios. En casos de conflicto – no cabe ninguna duda – que la figura del juez ha tenido un justo realce pues tiene mayores herramientas para impartir justicia. En efecto, no cuenta solamente con la ley sino que ahora puede buscar la solución al caso planteado en todo el ordenamiento jurídico. Su mirada desde la Constitución³⁶ que incluye los principios generales del

³² *Ibidem*, p. 13.

³³ L. M. BANDIERI, *Entorno a las ideas del Constitucionalismo en el siglo XXI*, artículo repartido en Seminario de Público I a cargo del Prof. Bandieri en el Doctorado en Ciencias Jurídicas en la UCA (Buenos Aires) en julio 2014, y disponible en internet.

³⁴ L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, 2004, p.149.

³⁵ L. M. BANDIERI, *Entorno a las ideas del Constitucionalismo*, cit.. En el mismo sentido G. TEUBNER, *Global law without a stat*, Dartmouth, 1997, y ID., *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, São Paulo, 2016.

³⁶ M. RISSO FERRAND, *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, 2ª edición, FCU, 2011, p. 19, donde destaca que “la interpretación del ordenamiento es desde la Constitución y desde los derechos humanos”.

derecho y con la impronta de los derechos humanos, y así aplicar la justicia para el caso concreto motivo del juicio.

Pero como muy bien destaca Bandieri «el problema es que el Estado Constitucional no se demuestra a la altura de sus promesas: hambre, persecuciones, guerras civiles y estados de excepción generalizados, operaciones genocidas e insensibles daños colaterales, crimen organizado en trata de armas y de personas y narcotráfico, etc. no han sido alcanzados por el empeño neoconstitucionalista...el núcleo del dolor humano sin respuesta jurídica válida»³⁷.

Como ha dicho Enrique Iglesias, lo cierto es que la humanidad se ha mostrado incapaz de eliminar la pobreza extrema que aún pervive en cientos de millones de ciudadanos. Sobre todo, se acentuó la desigualdad y la exclusión, lo que constituye hoy un motivo de seria y generalizada preocupación en todo el mundo, en países desarrollados y en vías de desarrollo³⁸. Durante el año 2020, la pandemia de la COVID 19 ha dejado al descubierto demasiadas iniquidades acumuladas en la sociedad global. Ello sugiere la necesidad de dar un paso más desde los derechos humanos y avanzar en la aplicación de uno de los principios base del desarrollo de nuestra sociedad pero que ha sido claramente dejado de lado: la fraternidad.

En efecto, del tríptico de la Revolución Francesa: Libertad, Igualdad y Fraternidad, este último valor, exaltado en tiempos iniciales, cayó en desuso como categoría universal³⁹ y solo recientemente se ha empezado a redescubrir, en la búsqueda de valores comunes que den sustento a este nuevo paradigma que tiene su centro en la protección de la persona y de su dignidad en esta sociedad pluralista del siglo XXI.

También la Declaración Universal de los Derechos Humanos se presenta como una transposición al plano universal de los tres principios de libertad, igualdad y fraternidad. Según Renée Cassin, como se ha expresado co redactor del documento de 1948 y luego Premio Nobel de la Paz, en la Declaración Universal se tenían que incorporar los siguientes principios: 1) la unidad de la raza o de la familia humana; 2) la idea de que todo ser humano

³⁷ L. M. BANDIERI, *Entorno a las ideas del Constitucionalismo*, cit.

³⁸ E. IGLESIAS, en L. AROKIASAMY et al., *Caminos de Economía Humana, Prefacio a la edición en español*, Montevideo, 2016.

³⁹ A. M. BAGGIO, *El principio olvidado: la fraternidad – En la Política y el Derecho*, Buenos Aires, 2006, p. 26. Á. PUYOL, *Libertad, igualdad y Fraternidad?*, en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, Suplemento nº 7, 2018, p. 5, disponible por internet.

tiene derecho a ser tratado como cualquier otro ser humano; 3) el concepto de solidaridad o fraternidad entre los hombres⁴⁰.

Pero la fraternidad no sólo aparece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino en varios documentos constitucionales contemporáneos, especialmente en la francesa y la brasileña. Y la solidaridad en la italiana y española, entre otras, por eso no es exagerado sostener que está naciendo un nuevo paradigma el del Constitucionalismo Fraternal⁴¹ y que la fraternidad puede ser vista también como un principio general aplicable a los derechos humanos⁴².

Ahora bien: la fraternidad no se presenta únicamente como enunciación de un concepto, sino como un principio activo, un motor del comportamiento, del accionar de los hombres, con una connotación esencialmente moral pero con una vocación de aplicación real y concreta. De aquí que deba ser considerado – según Aquini – en estrecha relación, por un lado, con el Preámbulo, en las partes donde apela a la idea de la familia humana y sitúa a la declaración como ideal común que deben alcanzar todos los pueblos y las naciones, y por otra parte, con el ya citado art. 29, que introduce la idea de deberes de cada uno para con la comunidad. En el art. 29 encontramos, además el eco de la visión social inspirada por el cristianismo: «Cuanto más se considera a los derechos como universales, más se tiene el deber de respetarlos... porque es un bien para toda la persona humana»⁴³.

2. El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.

2.1. Libertad y dignidad

Sentadas las bases mínimas de conceptualización de los derechos humanos fundamentales, podemos proceder a describir y caracterizar, como una de sus especies, el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Como punto de partida, puede asumirse sin duda alguna, que el concepto de libre desarrollo de la personalidad se funda inmediatamente en el concepto de dignidad humana. Dignidad y libertad humanas constituyen una dupla

⁴⁰ Documento de ONU E/CN4/AC1/SR.2, p. 2, referido por M. AQUINI, *Fraternidad y Derechos Humanos*, cit., p. 276.

⁴¹ C. A. ALCANTARA MACHADO, *A garantía constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*, tesis doctoral defendida en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo, 2014, publicada en internet sitio <https://tede2.pucsp.br/handle/6436>

⁴² L. CHOCONTÁ SOLANO, *El principio de la fraternidad en el correlato de los Derechos Humanos y el Estado social de derecho: hacia la construcción del estado de la cuestión del principio de la fraternidad en el derecho*, en *Derecho y Realidad*, XXIV (2014), p. 82, disponible en: <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n24.2014.4524>

⁴³ M. AQUINI, *Fraternidad y Derechos Humanos*, cit., pp. 276-277.

inescindible. Es común ver en textos de rango constitucional, desde hace más de doscientos años, la idea de que la persona humana es portadora de una especial dignidad, que conlleva el derecho de desarrollar o poner en acto su capacidad o potencialidad creadora.

No es posible realizar aquí un relevamiento exhaustivo de los instrumentos internacionales y constitucionales que aluden al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Como antecedente podemos mencionar la Declaración de Derechos de Virginia, cuyo primer artículo establece que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el goce de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad; así como el párrafo segundo de la declaración de Independencia de Estados Unidos:

«Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...».

La misma idea puede encontrarse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: en el Considerando 1 se reconoce que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad (Declaración Universal de Derechos Humanos. Preámbulo, Considerando 1) » y que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y en el artículo 1, se establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros ⁴⁴. Entre las declaraciones regionales puede mencionarse a la americana: «Toda persona tiene derecho (...) al reconocimiento de su dignidad»⁴⁵ y la africana:

⁴⁴ *Declaración Universal de Derechos Humanos* de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

⁴⁵ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre 1969. Artículo 11.1.

«Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal»⁴⁶.

2.2 El sintagma “derecho al libre desarrollo de la personalidad”

En realidad, la expresión exacta aparece en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, artículo 2.1: «Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad (*die freie Entfaltung der Persönlichkeit*) siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral». Hay una relación que parece repetirse, entre la mención del derecho a la dignidad, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La norma alemana está precedida de otra que establece: «Art. 1.1: —La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público». Por su parte la Constitución Española Art. 10.1, también dispone: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

La locución “libre desarrollo de la personalidad” se encuentra reconocida como tal por distintos campos del conocimiento científico y humanístico e incluida en varios textos legislativos, sobre todo constitucionales. Así Colombia con la Constitución de 1991, artículo 16: «Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico». El significado de esta norma ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que sostuvo que «la esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público⁴⁷ capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia»⁴⁸.

⁴⁶ *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno, 27 de julio 1981, Artículo 5.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, sentencia T-594/93, 15 de diciembre 1993.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-642/98, noviembre 5 de 1998.

Varias constituciones contemporáneas también contienen la expresión exacta: en África: República Centroafricana 2010, Etiopía 1995, Costa de Marfil del 2000, Senegal del 2001 y República Democrática del Congo del 2006. En América Latina: Ecuador 1998 y 2008, Venezuela 1999, Paraguay 1992 (libre expresión), República Dominicana 2010; En Europa, entre otras, Ucrania 2004.

Villalobos intenta una definición: derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones. Según Villalobos la definición aparece incompleta⁴⁹ y seguramente lo es, no sólo porque en derecho toda definición es incompleta, sino porque es infinita la gama de situaciones en que se puede expresar la potencialidad de la persona humana.

A sugerir y proponer algunas de esas situaciones, aspirando a generalizaciones siempre que sea posible, es que se dedica el resto de este trabajo.

2.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE)

Como es lógico, es en Alemania - país donde el sintagma fue utilizado por primera vez en la constitución federal de 1948 - donde existe una jurisprudencia más abundante. En la sistematización de Jürgen Schwabe⁵⁰, aparecen sentencias que enfocan distintos aspectos de este derecho⁵¹.

⁴⁹ K. VILLALOBOS, cit., p. 64.

⁵⁰ Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 56 y ss.

⁵¹ Sentencia BVerfGE 6, 32 denominado “caso Elfes”.

Según este pronunciamiento, este derecho tiene por objeto la libertad de acción humana en el sentido más amplio («die menschliche Handlungsfreiheit in weitestem Sinne»). El hombre no puede desarrollar su naturaleza (Wesensanlage) como persona espiritual-moral (geistlich-sittlich) sin la libertad de acción (Handlungsfreiheit). En este caso se trataba de la libertad de viajar, que se deriva de la libertad general de actuación (allgemeine Handlungsfreiheit) consagrada en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental y está garantizada dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

Sentencia BVerfGE 34, 238

En esta resolución se sostiene que el derecho fundamental consagrado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege también posiciones jurídicas indispensables para el desarrollo de la personalidad. A éstas pertenecen, aunque con ciertas limitaciones, tanto el derecho a la propia imagen, como el derecho de expresarse. Por consiguiente, toda persona puede –en principio– determinar en forma autónoma e independiente quién puede grabar su voz, así como determinar si –y ante quién– puede ésta ser reproducida nuevamente. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que en aquellos casos, donde un interés preponderante de

2.4. La jurisprudencia de los Tribunales Regionales

Una rápida compulsa muestra que no existen sentencias que hagan referencia expresa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sí es posible encontrar unas pocas referencias en los expedientes tramitados ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁵²

la colectividad así lo exija, el interés –en sí mismo digno de protección– del acusado a que en un proceso penal no se exhiba una grabación secreta, deba pasar a un segundo plano.

Sentencia BVerfGE 99, 185.

Según esta sentencia, se admite que el derecho general de la personalidad (Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental) protege también al individuo de ser señalado erróneamente como miembro de una asociación o grupo, cuando dicha adscripción sea relevante para la personalidad y su imagen pública.

Sentencia BVerfGE 101, 361

Este caso, referido a Carolina de Mónaco, lauda que la esfera privada, protegida por el derecho de la personalidad consagrado en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no se limita al ámbito doméstico. El individuo debe tener la posibilidad de moverse libremente en otros lugares –distinguidos de manera clara y separados–, sin ser molestado con fotografías de carácter periodístico.

Sentencia BVerfGE 7, 198

En esta sentencia, conocida como caso Lüth 1958, el tribunal Constitucional Federal Alemán afirma que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores (*objektive Wertordnung*) y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulso BVerfGE 35, 382, 18 de julio, 1973.

En este pronunciamiento se reconoce que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad corresponde en calidad de derecho humano también a todos los extranjeros.

⁵² En la petición de decisión prejudicial (Asunto C-511/19) relativa a un conflicto suscitado en Grecia, se afirma que «la intervención del legislador, que estableció la reserva laboral sobre la base del criterio horizontal de la proximidad a la obtención por parte del trabajador de una pensión de vejez completa de la entidad aseguradora de que se trata, no vulnera los principios constitucionales fundamentales consagrados en los artículos 2 (protección de la dignidad humana), 4 (igualdad de los ciudadanos) y 5 (libre desarrollo de la personalidad) de la Constitución».

Entre las conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón presentadas el 6 de octubre de 2015 en los asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14, generados en un conflicto ocurrido en Alemania, se hace referencia a que «el derecho fundamental a la libertad de circulación guarda una clara conexión con el libre desarrollo de la personalidad, (41) en las circunstancias de nuestros días, donde la movilidad constituye uno de los elementos fundamentales que permiten la realización de los objetivos profesionales y personales de los individuos que viven en las sociedades dinámicas de los Estados miembros de la Unión».

En los asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, relativos a un caso generado en España (caso Gueye c. Salmerón Sánchez), se plantea la cuestión de si «el deber de los Estados de reconocimiento de los derechos e intereses legítimos de la víctima obliga a tomar en cuenta su opinión cuando las consecuencias penales del proceso pueden comprometer de forma

2.5. La proyección social y económica del derecho al libre desarrollo de la personalidad

Una mirada panorámica sobre la temática abordada por la jurisprudencia que ha hecho referencia al “derecho al libre desarrollo de la personalidad”, pone en evidencia la heterogeneidad de las situaciones. Ello atenta contra la construcción de notas que identifiquen la idea esencial.

Parece, sin embargo, que el concepto de libre desarrollo de la personalidad puede encontrar una consistencia en torno a los ámbitos social y económico.

El pasaje de la libertad como concepto abstracto, a la libertad como concepto concreto y real, sintetiza la historia de las luchas sociales de los siglos XIX y XX. Puede ser que se predique la libertad de todo ser humano por el solo hecho de ser tal; pero si existen seres humanos que no pueden alcanzar los mínimos materiales necesarios, esa libertad es ilusoria.

Como ha expresado magistralmente Barbagelata cada persona tiene el derecho a realizarse lo que es congruente con su eminente “dignidad”. Y la aceptación de esa eminente dignidad del ser humano, posee una dinámica intrínseca que desborda la acepción limitada de su estricto sentido originario, hasta hacer de él, no solo razón suficiente de la integridad física, de la indemnidad psicológica y de la incolumnidad ética del hombre, así como de la mayor parte de las libertades, sino hontanar permanente de justicia y, en especial, de justicia social⁵³.

Y la consideración de esta dimensión de justicia social nos hace percibir en forma inmediata y evidente que al costado de un mundo opulento, democrático y participativo, interrelacionado, – hasta el punto de que la técnica humana ha adquirido capacidad para crear un sistema de comunicación audiovisual instantánea alrededor del planeta, para alterar el curso de la evolución natural, inmiscuyéndose en las dinámicas más íntimas de la materia y de la energía, para transportarse en forma cada vez más rápida y barata, para crear una inteligencia artificial y abrir la posibilidad de un superhombre, parte humano y parte robot – nos encontramos con notables

nuclear y directa el desarrollo de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la vida privada y familiar? »

Por último, el caso Adidas, relativo a una cuestión suscitada en Suecia, contiene conclusiones del abogado general presentadas el 10 de junio de 1999, en el sentido de que “el respeto de la vida privada, en el marco del derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, constituye un principio general del Derecho comunitario y está reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

⁵³ A. BARBAGELATA, *La Democracia*, FCU, Montevideo, 1983 p.28.

situaciones de privaciones, miseria y opresión de enormes cantidades de seres humanos, así como daños irreversibles al ambiente.

Ciertamente, el reconocimiento de la dimensión de libertad asociada a la dignidad humana determina que sea aceptable la existencia de desigualdades entre las personas. Pero muchas de esas desigualdades no se fundan en dimensiones razonables, como el talento, el esfuerzo o la asunción de riesgos. Constituyen por ello flagrantes injusticias⁵⁴ respecto de la cual es menester investigar.

El hambre y la desnutrición (que se asocian con sistemas autoritarios, no con democracias políticas), el tener que enfrentar una muerte prematura, por razón de morbilidades o de violencia; la falta de saneamiento y agua potable; las restricciones a la salud básica; a la educación básica; a un empleo remunerado; a la seguridad social; la desigualdad entre mujeres y hombres; y la ausencia de libertades públicas, comprometen concretamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁵⁵.

Evidentemente, en la base de este planteo está la concepción de los derechos sociales y económicos, pero el derecho al libre desarrollo de la personalidad va más allá, ya que las carencias de esos derechos se miran en relación con el desarrollo de las capacidades de las personas, y éstas poseen multitud de dimensiones de las cuales la económica es una, pero no la única. O sea, no como el derecho a recibir prestaciones, sino como el derecho a tener las necesarias oportunidades. Así, las oportunidades sociales de educación y salud (intervención del Estado, políticas públicas de desarrollo) se complementan con la libertad política⁵⁶. Intervienen el Estado, el mercado, el sistema jurídico, los partidos políticos, los medios de comunicación, los grupos de presión y los foros de debate, entre otros⁵⁷. Esto supone una concepción del individuo como agente activo del cambio y no como receptor pasivo de prestaciones⁵⁸ y que la promoción del desarrollo (motor) consiste en que los propios individuos superen los obstáculos que se oponen a su libertad (libre agencia).

⁵⁴ Pnud, Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI Panorama general Informe sobre Desarrollo Humano 2019, 2019 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. 1 UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos.

⁵⁵ A. SEN, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, 2000, p. 31.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁸ *Ibid.*

2.6. Carácter complejo del desarrollo de la personalidad

Tradicionalmente, la desigualdad se midió solamente en términos de renta, y se plasmó en un indicador económico promedial, el Producto Bruto Interno. En ese sentido, la desigualdad era concebida como una desigualdad de renta económica, y el desarrollo como el proceso por el cual se reduce la brecha entre los ingresos de los diferentes segmentos en que se divide la población en estudio. La conquista de la libertad tenía en ese contexto un contenido meramente económico: la mejora del ingreso de las personas determinaría en forma lineal un aumento de su libertad y por tanto un desarrollo.

Sin embargo, este indicador, aun cuando es útil para marcar la enorme desigualdad recién apuntada, es insuficiente y aun inadecuado en un camino en el que la categoría central es “el libre desarrollo de la personalidad humana”, o el desarrollo humano *tout court*. Primero porque el promedio oculta siempre la desigualdad de los extremos. Y segundo – y fundamental, a los efectos de este estudio – porque es muy discutible que la libertad humana se pueda medir correctamente por el ingreso económico. En consecuencia, la lucha contra la desigualdad pasa por encontrar y definir las distintas dimensiones de los umbrales mínimos de desigualdad que deben ser erradicadas. Y esas dimensiones no se reducen a la desigualdad de ingresos, que tradicionalmente midió el PBI, sino que, en concreto, se resumen en desigualdades en el libre desarrollo de la personalidad.

Es el conjunto de esas dimensiones lo que debe ser focalizado a la hora de intentar definir el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido resulta pertinente traer a colación el planteo de Amartya Sen⁵⁹. Este economista ganador del Premio Nobel ha ayudado a construir un índice de desarrollo humano más rico y articulado, y – subrayando la importancia intrínseca de la libertad del hombre como objetivo sublime del desarrollo – ha dado un paso importantísimo para encontrar una definición del desarrollo como la eliminación de algunos tipos de falta de libertad.

Amartya Sen percibió claramente que el indicador de la renta per cápita, tomado como dato exclusivo, no es correcto para medir el desarrollo humano. Es muy elocuente su razonamiento en torno a lo que él llama «la libertad concreta de sobrevivir y no sucumbir a una muerte prematura ...», observando que «... en Bangladesh, los hombres tienen más probabilidades de vivir más de cuarenta años que los afroamericanos del distrito de Harlem situado en la próspera ciudad de Nueva York. Y todo esto a pesar de que los

⁵⁹A. SEN, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000, p. 15 y ss.

afroamericanos que viven en Estados Unidos son mucho más ricos que las personas de los grupos del Tercer Mundo con las que estamos comparándolos»⁶⁰.

Evidentemente hay una relación entre la renta y los logros, entre los bienes y nuestras capacidades, entre nuestra riqueza económica y nuestra capacidad de vivir como queríamos⁶¹. Pero el fin no es tener ingresos altos, sino “vivir mucho” (es decir, no morir en la flor de la vida) y “vivir bien” mientras se esté vivo (y no vivir una vida de miseria y de privación de libertad)⁶².

2.7. Desarrollo y arbitraje de las necesidades

Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, ya afirmaba que la riqueza no es un bien, sino un medio para conseguir algún otro fin. La riqueza ayuda a conseguir libertades fundamentales pero no es el único medio. Es una relación de carácter limitado y eventual.

Una concepción satisfactoria del desarrollo humano en general, y por tanto, del libre desarrollo de la personalidad, debe pues ir mucho más allá de la acumulación de riqueza y del crecimiento del producto nacional bruto o del ingreso personal u otras variables relacionadas con la renta, sobre esta intuición, Amartya Sen lleva adelante un trabajo de determinación de los indicadores que integran el desarrollo humano, concebido en una perspectiva coherente con la que refiere a la “calidad de vida”⁶³, concluyendo que el problema de la libertad humana (y en consecuencia, el libre desarrollo de su personalidad) consiste en el problema de la expansión o retracción de las capacidades o potencialidades, en función de objetivos “que se tiene razones para desear”, y el desarrollo consiste en la «libertad para conseguir la vida real que podemos tener razones para valorar»⁶⁴.

Esta definición sugiere dos aspectos relevantes: Primero, que se trata de la vida real de las personas, y no de abstracciones. Segundo, que se trata de desarrollo de capacidades para obtener no cualquier bien, sino aquellos “que podemos tener razones para valorar”. No se trata del capricho individual, sino de libertades específicas en torno a las cuales se ha logrado un consenso en cuanto a su fundamento racional.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 41.

⁶¹ *Ibidem*, p. 29.

⁶² *Ibidem*, p. 30.

⁶³ *Ibidem*, cit., p. 42.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 97.

Lebret expresa la misma idea: «El desarrollo debe apuntar no sólo al mayor bienestar humano de todas las capas sociales, sino también al *ser más humano*, al *valer más*. El aumento de bienestar puede interpretarse como un simple aumento de confort: el “ser más”, noción metafísica, implica la realización óptima de las potencialidades humanas. En otros términos, el desarrollo debe tener por fin la satisfacción de la necesidad *arbitrada*»⁶⁵.

Como señalamos más arriba, la cuestión es el “arbitraje” de las necesidades, la porción de la importancia que – en el caso de un individuo determinado – se asigna a la satisfacción de cada necesidad. La misma cuestión se plantea a nivel social, ya que en cualquier organización es necesario fijar prioridades a la hora de la satisfacción de necesidades con medios escasos, y no existe un único método para hacerlo.

En una visión paternalista, será una autoridad central la que determine qué necesidades son importantes, y cuáles secundarias. Pero, en nuestra opinión, una visión paternalista no es consistente con el concepto de libertad humana, y en consiguiente, tampoco con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es bastante más adecuada la perspectiva democrática, en la que existe discusión pública sobre los valores usados, y procedimientos que tienden a elegir las prioridades en función del éxito de la discusión, es decir, del peso de las razones y argumentaciones⁶⁶.

En esta visión, la propia libertad económica y la actividad humana tendiente a obtener ingresos adquieren una luz especial⁶⁷. Sen concluye, con Adam Smith, en que la libertad para realizar intercambios y transacciones constituye en sí misma parte de las libertades básicas⁶⁸. Por lo tanto, la libertad de mercado constituye uno de los aspectos del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.

Se sostiene el papel positivo de los mercados en el proceso de desarrollo, «porque tenemos buenas razones para comprar y vender, para intercambiar y para tratar de llevar una vida que pueda florecer gracias a las transacciones. Negar esa libertad en general sería en sí mismo un gran fracaso para la sociedad»⁶⁹. Es la libertad de contratar, de prometer y aceptar promesa, esa capacidad desarrolla al hombre, lo hace más humano. Hablamos de la libertad de contratar, de negociar, de regatear, que forma parte de la cultura de las

⁶⁵ L. J. LEBRET, *Dinámica concreta del desarrollo*, cit., p. 80.

⁶⁶ A. SEN, cit., p. 49.

⁶⁷ *Ibidem*, cit., p. 22.

⁶⁸ *Ibidem*, cit., p. 23.

⁶⁹ *Ibidem*, cit., p. 143.

civilizaciones y hace del mercado una de las instituciones básicas de la sociedad organizada⁷⁰.

Pero, como todas las necesidades, es necesario el arbitraje, el razonamiento, el análisis de los resultados, y ahí surge el problema de la persistente exclusión de algunos segmentos de los beneficios de la sociedad de mercado⁷¹. Ello justifica una oposición al libertarianismo, que contradice por principio toda intervención de la sociedad organizada en los mercados. Aun según Adam Smith el mercado requiere de algunas restricciones⁷². Es de subrayar este aspecto de la visión de Amartya Sen: la libertad procedimental es inaceptable, en la medida en que prescinde de considerar los resultados del proceso.

2.8. La construcción del Índice de Desarrollo Humano

Estos desarrollos no han quedado en la abstracción de la teoría, sino que son lo que hay conducido a la construcción del Índice de Desarrollo Humano que elabora el PNUD, en el cual tuvo relevante actuación el economista Mahoub

⁷⁰ En nuestro trabajo *La teoría general del contrato a la luz de la historia*, puede verse el análisis de la historia de la teoría del contrato, y la conclusión en el sentido de que son los autores jesuitas de la llamada segunda escolástica, agrupados en torno a la llamada “Escuela de Salamanca”, quienes por primera vez, en el siglo XVII, generaron un pensamiento con aptitud de proporcionar una explicación al florecimiento del principio de la libertad contractual (*libertas contractuum*, expresión que corresponde al jesuita Leonardo Lessio).

La cuestión de la libertad del hombre y de su relación con la gracia de Dios es un problema que agita a Europa en el siglo XVI. Esta polémica se encuentra en el corazón de la división religiosa que atraviesa la cristiandad y que opone las fuerzas de la Reforma protestante y de la Contrarreforma católica. Y así como es posible que la centralidad de ese problema haya inspirado a los autores de la Escuela nordeuropea del Derecho Natural para formular una idea del contrato basada en el libre consentimiento, es obvio que lo mismo debe haber ocurrido en la experiencia de los autores de la Contrarreforma católica, y en especial, de los jesuitas, que experimentaron con particular proximidad el cisma tridentino.

Desde el punto de vista de la teoría del contrato, la consecuencia necesaria de estas teorías culmina en un impactante respeto a la libertad de las partes. Esta ubicación del libre consentimiento en el centro de la teoría del contrato puede sintetizarse en el razonamiento que pone en evidencia la influencia de este humanismo teológico en la obra del jesuita Pedro de Oñate: «... no es potestad de ningún Juez o Príncipe, ni del Rey, ni del Papa poder obligar por contrato sin el consentimiento. Podrá cualquiera de ellos, y con mayor razón Dios, obligar a lo mismo a lo que se obligan los contrayentes; pero la obligación por contrato no existirá sin el consentimiento de los contrayentes; porque el contrato requiere esencialmente la intención de obligarse».

El contrato es pues concebido, en la forma más radical, como libre consentimiento. Ni el Rey ni el Papa tienen poder para sustituir el libre consentimiento del hombre. Pueden obligar a sus súbditos, pero no por contrato. Habrán de acudir a otra fuente de las obligaciones, porque ciertamente el contrato no es la única; pero no podrán legitimarse invocando el consentimiento de sus súbditos. V. C. DE CORES, *La teoría general del contrato a la luz de la historia*, Montevideo, 2018, p. 369.

⁷¹ A. SEN, cit., p. 24.

⁷² *Ibidem*, p. 157.

ul Haq (Pakistán), lo que demuestra que puede haber un parámetro objetivo (o al menos intersubjetivo, consensuado, “arbitrado”) del derecho al libre desarrollo humano, más allá de índice numérico de la renta. O en otras palabras, que la definición de las libertades básicas que permiten el desarrollo humano – o sea, la fijación del perímetro del derecho al libre desarrollo de la personalidad – no es una cuestión imposible de acordar y definir, como sostienen los procedimentalistas.

Por cierto se trata de un modelo complejo. El bienestar depende de muchas circunstancias contingentes que deberían estar en el modelo. Según Sen hay cinco fuentes de heterogeneidad: la diversidad personal; la diversidad relacionada con el medio ambiente; las diferencias del clima social; las variantes en las perspectivas relacionales y la distribución dentro de la familia. Pero en todo caso, queda claro que el espacio correcto no es el de la utilidad, ni el de los bienes primarios, sino el de las libertades fundamentales – las capacidades – de los individuos para elegir la vida que tenemos razones para valorar.

Es por este andarivel que debería transitar la construcción del concepto de derecho al libre desarrollo de la personalidad.

2.9. Los retos de la tecnología

A las dificultades señaladas, que convierten en extremadamente complejo la fijación y determinación del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se agregan otras vinculadas con el exponencial desarrollo de la tecnología.

Ciertamente, sobre la libertad como atributo humano existe una amplísima literatura. Restringiendo la mirada a la cultura occidental, la distinción hecha por la teología mediante la figura del libre albedrío definía una libertad moral del ser humano, una capacidad natural para autodeterminar libremente sus acciones acorde con la razón y a su propia e individual voluntad. La cuestión de la relación entre la libertad del hombre y el ordenamiento impuesto por Dios, es el tema que sacudirá a la Europa del Renacimiento promoviendo los conflictos de religión que determinaron la Reforma y la Contrarreforma⁷³. El

⁷³ Como sostiene Amartya Sen, en América Latina y Europa existe una clara tendencia a suponer, aunque sólo sea implícitamente, que la primacía de la libertad política y de la democracia es una característica fundamental y antigua de la cultura occidental, que no se encuentra con facilidad en Asia. Pero estos valores se encuentran en escritos asiáticos. Es necesario asumir una gran diversidad de sistemas de valores asiáticos, y a su vez una cantidad de interpretaciones (algunas autoritarias) de escritos clásicos (confucianismo, budismo), A. SEN, cit., p. 284.

proceso posterior de secularización que ha vivido la sociedad contemporánea no ha hecho más que consolidar el carácter central del hombre y de la libertad. Por eso el término “humanismo” es tan ampliamente utilizado.

Sin embargo, lo cierto es que la posibilidad del hombre de intervenir en la estructura esencial de la materia mediante el desarrollo exponencial de la ciencia y de la técnica en la biología y en la informática ha puesto en jaque esa visión central.

Mediante la nanotecnología, el hombre es capaz de ingresar en las capas más profundas de la materia, y alterar el curso de la evolución de las especies, anteriormente sólo regidas por la ley natural. Ello significa que ha creado máquinas que pueden ver donde los ojos humanos no pueden ver, y operar donde sus manos no pueden llegar ni manipular. El mundo nanométrico se mueve en magnitudes equivalentes a la billonésima parte de un metro, que es aproximadamente 10 veces el tamaño de un átomo individual⁷⁴.

Ello determina que pueda alterar los procesos moleculares, atómicos y genéticos que hasta ahora se modificaron solamente en virtud de la evolución natural.

A ello se agrega el enorme desarrollo de la informática. Sobre el simple fenómeno de que la electricidad fluye de un polo positivo a un polo negativo, y mediante los arreglos, combinaciones y permutaciones infinitas de sus representaciones mediante ceros y unos, es posible almacenar información, procesarla y trasmitirla precisamente a la velocidad de la luz, lo que da origen a la telemática y en la actualidad a Internet.

Ya puede narrarse una historia de Internet. Internet nace, esencialmente, como una red descentralizada. Su arquitectura se inspira en el diseño de la red de comunicaciones de las fuerzas armadas de Estados Unidos durante la guerra fría, conocida como “Arpanet”, pensada para sustituir el sistema centralizado de comunicaciones – vulnerable a un ataque al centro de control que inutilizaría todo el sistema – por un diseño de red en el que cada uno de los nodos almacena toda la información, de modo que si uno de ellos es atacado, la información está guardada en los demás. Internet, como la conocemos, es construida en la década de 1990 a partir de esta idea, como un protocolo informático (*http: hyper text transfer protocol*, *html: hyper text mark language*) que permite a cada uno de los servidores, computadoras personales, teléfonos inteligentes, etc. conectarse con la red y obtener y difundir la información en formato digital.

⁷⁴ I. PORTO BORJES, et al., *Responsabilidade civil e nanotecnologias*, Sao Paulo, 2004. Véase también M. DE CARVALHO GOES, W. ENGELMAN, *Direito das Nanotecnologías e o meio Ambiente do trabalho*, Porto Alegre, 2015.

En el curso de esta evolución tecnológica, se hace posible a los usuarios no solamente consultar información, sino subir contenidos a la red social, del cual un ejemplo típico es la “*Wikipedia*”. Se comprende que los creadores de Internet, llamados “*hackers*”,⁷⁵ tenían en mente la constitución de una red libertaria y colaborativa, un “*cyberespacio*” donde el individuo encontraría una mejor realización personal que en el seno de los Estados⁷⁶, ya que la realidad virtual escapa al imperio de las normas jurídicas tradicionales (códigos en el sentido jurídico), quedando sometida solamente a reglas técnicas (códigos en el sentido informático)⁷⁷.

Esta red de contactos y comunicaciones sociales nace inicialmente, además, contraria a la lógica de la onerosidad, ya que se supone que todos los sujetos son pares y desarrollan entre sí un comportamiento colaborativo, compartiendo libremente la información (*peer production and sharing*)⁷⁸. Se ha definido precisamente a la economía colaborativa como una modalidad de intercambios generalmente ocasionales de bienes y servicios entre particulares – de regla no profesionales ni comerciantes, aunque esta circunstancia no es excluyente – facilitados por medios tecnológicos como una página web o una aplicación en teléfonos móviles, que pueden darse de forma gratuita u onerosa.⁷⁹ Nació como una reacción al consumismo y una apuesta por el uso sustentable de los recursos.⁸⁰ La economía colaborativa, refiere a «modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante

⁷⁵ Según *Wikipedia*, pesar de que en la acepción común, el término “*hacker*” alude a la piratería informática, su significado original refiere a los “expertos entusiastas que consideran que poner la información al alcance de todos constituye un extraordinario bien”.

⁷⁶ J. P. BAROLW, (s/f): *A declaration of the Independence of Cyberspace*. Disponible en <https://www.eff.org/es/cyberspace-independence>.

⁷⁷ L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, 2006, especialmente véase capítulo 1, “*Code is law*”. No obstante, esta visión refractaria a la posibilidad de una regulación del *cyberespacio* por las normas jurídicas da paso a la idea de que es necesaria una disciplina, de la que se discute la forma de producción y el contenido. Ver en este sentido J. R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, en *Texas Law Review*, Volume 76, Number 3, 1998.

⁷⁸ Y. BENKLER, *The wealth of networks. How social production transforms markets and freedom*, New Haven & London, 2006, p. 59 y ss.

⁷⁹ C. DE CORES DAMIANI, *El impacto de la denominada economía colaborativa en el régimen jurídico de la responsabilidad civil*, en *Revista El Derecho*, viernes 16 de diciembre 2016, Buenos Aires.

⁸⁰ C. LIMA MARQUES, *A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo*, en *Revista de Direito do Consumidor*, CXI (2017), p. 247 - 268.

plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares»⁸¹.

Sin embargo, Internet evolucionó desde una primera etapa, inicial, en la que funcionó meramente como vía de comunicación, hacia una segunda generación, en la cual los internautas aprendimos que esa forma de comunicación había generado un nuevo ambiente llamado virtual constituido por “bits”, en diálogo con el ambiente real constituido por “átomos”⁸².

A su vez, en la segunda generación podría identificarse dos fases. En la primera, la interacción entre los proveedores y consumidores por medio de Internet fue más anárquica y descentralizada; en la etapa siguiente, en cambio, asistimos al ingreso al mercado de enormes empresas que explotan – mediante modelos de negocio innovadores ⁸³ - plataformas digitales inteligentes, a través de las cuales se canaliza ya una parte enorme pero además creciente de las relaciones de consumo.

La disrupción provocada en la economía por la tecnología de la información y de las comunicaciones no implica meramente la aparición de un nuevo intermediario, ni se agota en la obsolescencia del diseño anterior del mercado. Es el desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA) lo que ha permitido a las plataformas, que desempeñan un rol cada vez más protagónico en la intermediación entre la oferta y la demanda de bienes y servicios, descubrir y explotar un recurso completamente nuevo: los datos personales.

No existe una definición establecida y unánimemente aceptada de la IA: es un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la informática cognitiva (*cognitive computing*: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior —humano—), el aprendizaje automático (*machine learning*: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada (*augmented intelligence*: colaboración entre humanos y máquinas) o la robótica con IA (IA integrada en robots). Sin embargo, el objetivo fundamental de la investigación y el desarrollo en materia de IA es la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir. En términos generales, se puede distinguir entre IA débil (*narrow AI*) e IA fuerte (*general AI*). La IA débil es capaz de realizar

⁸¹ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una agenda europea para la economía colaborativa*, Bruselas, 2.6.2016, COM (2016) 356 final.

⁸² N. NIGROPONTE, *El mundo digital*, Barcelona, 1995.

⁸³ T. RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *The Legal Autonomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU*, en *The Italian Law Journal*, I (2017), p. 155.

tareas específicas. La IA fuerte es capaz de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano⁸⁴. Lo que caracteriza a las “máquinas inteligentes” es su aptitud para sustituir al hombre en aquellas actividades en las cuales en el pasado la intervención humana era considerada indispensable, por implicar el empleo de facultades sensoriales, cognitivas e intelectuales⁸⁵.

En el aspecto que nos interesa, ocurre que mediante la inteligencia artificial, las plataformas pueden recopilar inmensa cantidad de datos personales (*big data*) de proveedores y consumidores, ordenarlos, analizarlos y negociar con ellos sobre la base de un algoritmo y series estadísticas de datos tomadas de la observación de la realidad, de modo que la propia máquina incorpora esa información y la utiliza para sus decisiones (*machine learning*). El empleo de la inteligencia artificial presenta sobre la decisión humana directa una ventaja que consiste en su capacidad de tomar en cuenta más información que la que permiten los sentidos y la mente humanas, y emplear menos tiempo, ya que el cálculo computacional sobrepasa las sinapsis del cerebro humano. En esencia esto es lo que la máquina puede aportar: obtener resultados óptimos en relación con cierto objetivo⁸⁶, o sea, resolver problemas con más información en menos tiempo: en el caso que nos ocupa, encontrar la oferta que más se adapta – en calidad y precio - a las necesidades del usuario; pero además, elaborar series estadísticas y analizar los datos para sacar conclusiones.

Tanto empresas como consumidores están afines a utilizar las plataformas porque mejoran las posibilidades de negocio de las primeras y permiten a los segundos encontrar la oferta que mejor satisface sus necesidades, expectativas y preferencias. Pero en ese pasaje por la plataforma, todos van dejando un rastro de información que se recopila, se analiza, se ordena y se hace disponible como valor en el mercado.

2.10. Nos encontramos ante el fin del humanismo y de la libertad?

En un inquietante análisis, el historiador Yuvel Nohah Arari predice en este contexto el fin del “humanismo”, entendido como “libre desarrollo de la personalidad humana”, en aras de una nueva religión, el “dataísmo”, que

⁸⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad (Dictamen de iniciativa), (2017/C 288/01).

⁸⁵ F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali*, en U. RUFFOLO (cur.), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, p. 121 y ss. Véase también W. ENGELMANN, C. WITTMAN, (curr.) *Direitos Humanos e Novas Tecnologías*, Jundiaí, 2015.

⁸⁶ G. GITTI, *Robotic transactional decisions*, en *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 2, diciembre de 2018, p. 619-630.

concibe a los organismos vivos (desde los más simples hasta los más complejos como el hombre) como algoritmos bioquímicos.

El desarrollo de la informática hizo que se piense en una teoría única global que une todas las disciplinas científicas en torno al flujo de datos, por lo que todo queda reducido al procesamiento de datos, desde la biología hasta la economía.⁸⁷

En esta visión la libertad humana es simplemente una quimera. Las personas tienen imágenes y deseos pero ello es simple producto de algoritmos bioquímicos.

Sostiene Harari que el humanismo se basa en sentimientos que son determinados por sustancias bioquímicas e impulsos eléctricos del cerebro. Cuando escuchamos nuestros sentimientos, seguimos un algoritmo que la evolución ha desarrollado durante millones de años y que ha superado las más duras pruebas de calidad de la selección natural⁸⁸. El nuevo sistema de procesamiento de datos (internet of things) sustituirá al *homo sapiens*. Los nuevos algoritmos de gran complejidad, como el algoritmo de búsqueda de Google, son desarrollados por equipos enormes, y nadie lo entiende en su totalidad. Por otra parte, las máquinas inteligentes desarrollarán capacidad de aprendizaje autónomo, de allí los problemas que plantea la robótica, con la posibilidad de que dominen al hombre.

Conclusión

El mérito indudable del sólido trabajo de Harari es poner en la mesa la cuestión de la libertad humana, y sobre todo que el llamado derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, como todo planteo humanista, está en grave peligro.

La humanidad, en lugar de estar caminando hacia un planeta sustentable, en el cual se respete el derecho de todo ser humano a vivir la vida que es razonable vivir, entendiendo por razonable algo en que existe un consenso general, o sea, en lugar de entender el desarrollo como un proceso de expansión de las libertades fundamentales de los individuos, como compromiso trascendental con las posibilidades de libertad⁸⁹, se enfrenta ante la posibilidad cierta de un proceso de concentración de la riqueza, de la información y del conocimiento en manos de una minoría opulenta, que podría constituir una casta de superhumanos.

⁸⁷ Y. N. HARARI, *Homo Deus*, Montevideo, 2018, p. 400 y ss.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 425.

⁸⁹ A. SEN, *cit.*, p. 356.

En su libro *The age of Surveillance Capitalism*, Shoshana Zuboff sostiene que nos encontramos ante una mutación del capitalismo signado por la concentración de riqueza, conocimiento y poder que no tiene precedentes en la historia de la humanidad⁹⁰. Un pequeño número de organizaciones, que Rosen llamó con acierto *superstars*⁹¹, concentra información y poder suficiente para incidir en la conducta de millones de personas, que aceptan pasivamente entregar a estos centros de inteligencia artificial sus datos personales a cambio de los medios para estar interconectados en un mundo digital.

Sin embargo, la bondad ética nunca puede ni podrá quedar reducida a la tecnología, por el contrario, se ubica fuera de ella, la juzga, mira los resultados, la somete a crítica, la compara con otros posibles. Y no hace falta mucho para observar que la tecnología sin humanidad no puede producir buenos resultados.

El hombre ha llegado a acordar sobre el carácter fundamental de un ramillete de libertades, a partir de las cuales podrá desarrollar su capacidad, caminar hacia su perfección. Y la premisa es que el hombre es administrador responsable, no dueño.

Un desarrollo desenfrenado de la tecnología y una falta de desarrollo humano puede ser el resultado, y el hombre es libre de aspirar a uno u otro resultado.

No es una aventura de la que se pueda adelantar el fin. Lo que se puede afirmar es que no se trata de un proceso ciego, y que el hombre es libre de recorrer uno u otro camino. Transitar un proceso de concentración cada vez mayor de tecnología e información, o controlarlo y llevar a cabo políticas públicas que contribuyan a un desarrollo humano como desarrollo de las capacidades y aspiración a una vida que se tenga buenas razones para preferir.

La opción es del hombre. No está predeterminada una u otra. Se puede renunciar a un camino de concentración, del mismo modo que se renunció a la proliferación del poderío nuclear con fines bélicos. En una tensión cada vez más frágil pero que siempre dependerá de la libertad inteligente y responsable.

Hace casi un siglo, el fundador de Economía Humana, Louis Joseph Lebert O.P., enfrentó un reto concreto, similar en sus características al que venimos de describir. Él abordó el problema de las pesquerías marítimas francesas, que

⁹⁰ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, London, 2019.

⁹¹ S. ROSEN, *The Economics of Superstars*, en *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 5., Dec. 1981, pp. 845-858.

se encontraban amenazadas por el problema de la mecanización. La sustitución de los medios pesqueros artesanales por nuevos medios mecánicos, la posibilidad de pescar con grandes barcos, de utilizar amplias redes, de obtener condiciones de frío para la conservación del pescado, de trasladarlo con facilidad a distancias nunca imaginadas, podía conducir a una desvalorización del pescado de calidad, a una regresión humana de los implicados en ese sector de producción, a un daño al proceso de reproducción de las especies marinas.

El centro de estudios de Economía Humana nació precisamente del sentimiento de que era posible dirigir una evolución técnica y económica en un sentido favorable a los hombres, si se empezaba por estudiar la realidad compleja que se debe dominar, si se elaboraba una doctrina y si se creaban las fuerzas colectivas deseosas de aplicarla⁹². Y la evidencia muestra que fue posible lograr un aprovechamiento del desarrollo tecnológico y una conversión eficiente en desarrollo humano.

Tal vez hoy día el desafío no sea tan distinto.

⁹² L. J. LEBRET, *Dinámica concreta del desarrollo*, Buenos Aires, 2014, p. 10.